



Commission Université-Palais
Université de Liège

DROITS FONDAMENTAUX EN MOUVEMENT – QUESTIONS CHOISIES D'ACTUALITÉ

Sous la coordination de
Sébastien van Drooghenbroeck
professeur aux F.U.S.L.

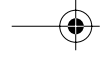
et
Patrick Wautelet
professeur ordinaire à l'U.Lg.

L'ouvrage contient les contributions de
Antoine Bailleux
Emmanuelle Bribosia
Geoffrey Ninane
Caroline van Schoubroeck
François Tulkens



ANTHEMIS





3

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

Antoine BAILLEUX

Professeur aux F.U.S.L.

et

Emmanuelle BRIBOSIA

Professeur à l'U.L.B.

Membre de l'Institut d'études européennes¹



SOMMAIRE

Introduction	74
SECTION 1	
La genèse et le statut de la Charte des droits fondamentaux	75
SECTION 2	
Le contenu de la Charte des droits fondamentaux de l'UE	79
SECTION 3	
Le champ d'application de la Charte des droits fondamentaux de l'UE	103
SECTION 4	
La Charte face aux autres systèmes de garantie des droits fondamentaux	120

-
1. Plusieurs parties de la présente contribution s'inspirent largement – en le réactualisant – d'un article antérieur d'A. BAILLEUX et S. VAN DROOGHENBROECK, « La Charte des droits fondamentaux – Invocabilité, interprétation, application et relations avec la C.E.D.H. », in N. DE SADELEER, H. DUMONT (dir.), *Le traité de Lisbonne – Incidences pour le praticien*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 249-323.





Introduction

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a été saluée à de multiples reprises comme couronnant un processus de reconnaissance croissante de l'importance des droits fondamentaux au sein de l'ordre juridique de la Communauté européenne d'abord et de l'Union européenne ensuite². Il est clair que le chemin parcouru depuis l'adoption du traité de Rome de 1957 qui ne contenait que quelques références ponctuelles à des droits et libertés est imposant et que la Charte constitue assurément un jalon non négligeable dans cette évolution³.

Pour rappel, le projet d'adoption d'un catalogue de droits et libertés spécifique à l'Union européenne a été lancé par la présidence allemande de l'Union européenne (UE), en 1999 « afin d'ancrer leur importance exceptionnelle et leur portée de manière visible pour les citoyens de l'Union »⁴. Il ne s'agissait nullement alors de créer de toutes pièces un catalogue « idéal » de protection de ces droits mais bien plutôt de procéder à une codification de l'« acquis » dans ce domaine résultant du droit primaire, du droit dérivé et des principes généraux du droit tels que dégagés par la jurisprudence de la Cour de justice dans les précédentes décennies de la construction européenne⁵. Dans ce contexte, les rédacteurs de la Charte avaient pour mission de « rendre visible l'invisible », selon l'expression consacrée de Jean-Paul Jacqué⁶.

Si la rédaction du texte de la Charte a été relativement rapide dans le cadre de la Convention instaurée à cet effet, une nouvelle décennie et un parcours quelque peu chaotique furent nécessaires avant qu'un statut juridiquement contraignant lui soit reconnu formellement dans le traité sur l'Union européenne, à l'occasion de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009. Les trois années écoulées depuis la reconnaissance de ce nouveau statut à la Charte des droits fondamentaux sont l'occa-

2. J.Y. CARLIER et O. DE SCHUTTER (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2002 ; E. BRIBOSIA, « Quelle Charte des droits fondamentaux pour l'Union européenne ? », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (dir.) *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2000, pp. 19-53.
3. *Ibid.*
4. Conseil européen de Cologne, 4 juin 1999.
5. O. DE SCHUTTER, « Les droits fondamentaux dans l'Union européenne : une typologie de l'acquis », in E. BRIBOSIA et L. HENNEBEL (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 315-350 ; E. BRIBOSIA, « La Charte des droits fondamentaux de l'UE : un exemple de codification au plan européen », *Revue de droit de l'Université Libre de Bruxelles*, 2003-2, *Actualité de la codification. Droit belge et européen*, pp. 231-258.
6. « La démarche initiée par le Conseil européen de Cologne », *R.U.D.H.*, 2000, p. 3.





sion d'un premier bilan sur son impact en matière de protection des droits fondamentaux ainsi que, le cas échéant, sa valeur ajoutée et l'opportunité pour les praticiens de la mobiliser.

Dans cette contribution, nous aborderons successivement la genèse et le statut (section 1), le contenu (section 2), le champ d'application (section 3) ainsi que l'articulation de cette source avec les autres systèmes de garantie dans l'espace européen de protection des droits fondamentaux (section 4).

3

SECTION 1

La genèse et le statut de la Charte des droits fondamentaux

Avant de rappeler les principales étapes du parcours chaotique de la Charte, le caractère novateur de son processus d'élaboration mérite d'être souligné car, pour la première fois dans le cadre de la construction européenne, l'on avait décidé de confier la rédaction d'un texte de cette importance à une enceinte dont la composition reflétait les différentes sources de légitimité nationales et européennes. Les travaux de cette assemblée, présidée par R. Herzog, qui s'était rebaptisée « Convention », ont duré une année et ont été caractérisés par des efforts de publicité et de transparence inédits en comparaison avec les conférences intergouvernementales classiques.

À l'issue de ce processus, la Charte a été adoptée au consensus et proclamée solennellement à Nice le 7 décembre 2000 par le Parlement européen, le Conseil de l'Union européenne et la Commission européenne. Elle a été publiée peu de temps après dans la partie « C » du Journal officiel des Communautés européennes⁷ qui a pour objet de réunir les informations et communications, c'est-à-dire les textes non contraignants. Lors de cette proclamation, il a été décidé, faute d'accord entre les États membres à ce sujet, de ne pas trancher la question de son statut⁸. Tout semblait avoir été particulièrement cadencé afin d'éviter tout impact trop important de l'adoption d'un tel catalogue de droits fondamentaux propre à l'UE et de permettre aux États membres de garder la maîtrise du processus⁹. Il n'a toutefois guère

7. *J.O.C.E.*, n° C 364, 18 décembre 2000, pp. 1-22.

8. Pour un exposé des différentes positions exprimées quant au statut de la Charte avant sa proclamation à Nice, voy. notamment : E. BRIBOSIA et O. DE SCHUTTER, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *J.T.*, 2001, pp. 281-293 ; spéc. pp. 282-283 ; B. DE WITTE, « The legal status of the Charter : vital question or non-issue ? », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2001, pp. 81-89.

9. E. BRIBOSIA et O. DE SCHUTTER, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 282.



fallu attendre longtemps avant que cette question de son statut soit formellement réouverte, à l'occasion du Sommet de Laeken de décembre 2001, où elle a été inscrite à l'ordre du jour de la Convention sur l'avenir de l'Union, au même titre que la question de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme¹⁰. Les travaux de cette seconde Convention ont, de manière étonnamment consensuelle, débouché sur une proposition d'intégration de la Charte dans son intégralité dans la Partie II du projet de traité établissant une constitution pour l'Europe¹¹. Cette proposition avait même reçu l'aval de la conférence intergouvernementale moyennant toutefois certaines adaptations des dispositions finales de la Charte afin de répondre aux inquiétudes du Royaume-Uni soucieux d'éviter tout impact de la Charte sur la répartition des compétences entre l'UE et les États membres et d'encadrer strictement la reconnaissance des droits et principes sociaux, réunis dans le titre IV de la Charte, intitulé « solidarité »¹². Toutefois l'histoire est connue, cette piste s'est finalement heurtée à l'échec du processus de ratification du traité constitutionnel.

Il fallut donc attendre le traité de Lisbonne pour que le statut de la Charte soit définitivement clarifié¹³. La solution retenue a partiellement fait les frais de l'échec du traité constitutionnel et de la nécessité d'abandonner les attributs constitutionnels afin d'obtenir un consensus entre États membres. Ainsi, en vertu du traité de Lisbonne, la Charte n'est plus intégrée en tant que telle dans le texte des traités mais se voit néanmoins conférer la même valeur juridique que le droit primaire, par une référence insérée au paragraphe premier de l'article 6 du traité sur l'Union européenne. La différence est somme toute plus symbolique que juridique¹⁴. La Charte se voit conférer le statut de

10. Déclaration sur l'avenir de l'Union à inscrire à l'Acte final de la Conférence, Annexe IV du traité de Nice, Texte provisoire agréé par la Conférence intergouvernementale sur la réforme institutionnelle, 12 décembre 2000, SN 533/00.

11. E. BRIBOSIA, « La future Constitution de Rome : point culminant de la constitutionnalisation des droits fondamentaux dans l'Union européenne », in *La Grande Europe*, P. MAGNETTE (ed.), Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2004, pp. 201-221 ; E. BRIBOSIA, « Les droits fondamentaux dans la Constitution de l'Union européenne », in *Commentaire de la Constitution de l'Union européenne*, E. BRIBOSIA et M. DONY (dir.), Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2005, p. 115-137.

12. E. BRIBOSIA, « Le traité de Lisbonne : un pas supplémentaire dans le processus de constitutionnalisation des droits fondamentaux », in *L'Union européenne : la fin d'une crise ?*, P. MAGNETTE et A. WEYEMBERGH (dir.), Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2008, pp. 185-200.

13. *Ibid.*

14. La charte à laquelle il est fait référence à l'article 6, § 1^{er}, du traité sur l'Union européenne (TUE) a été une nouvelle fois solennellement proclamée et signée par les Présidents de la Commission européenne, du Parlement et du Conseil, le 12 décembre 2007. Elle est publiée dans cette version légèrement amendée dans la série « C » du Journal officiel de l'UE (*J.O.U.E.*, C n° 303/1, 14 décembre 2007) et remplace la version de 2000, depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne.



droit primaire et est, par conséquent, placée au sommet de la hiérarchie des normes. Cela a pour effet que les droits, libertés et principes qui y sont énoncés doivent non seulement être respectés et promus par les institutions et organes de l'Union mais également par les États membres, lorsqu'ils agissent dans le champ d'application du droit de l'Union¹⁵. Les citoyens peuvent, dans certaines conditions, invoquer ces droits à l'appui de recours juridictionnels devant les juridictions nationales ou de l'Union pour se plaindre de la violation de la Charte par une décision, une directive ou un règlement européen ou encore par un État membre qui met en œuvre l'un de ces instruments. Outre la disparition de la Charte du texte même des traités, les mal dénommés « opt out » obtenus à des stades divers des négociations-ratifications du traité de Lisbonne par le Royaume-Uni, la Pologne et la République tchèque ont constitué un autre prix à payer pour la reconnaissance de cette valeur contraignante à la Charte¹⁶.

Au plan juridique toujours, l'effet potentiellement « révolutionnaire » du traité de Lisbonne doit être nuancé. En effet, avant même que son statut contraignant ne soit formellement consacré, la Charte a produit de nombreux effets juridiques. Ainsi, la Commission européenne l'a d'emblée utilisée afin de mesurer systématiquement la conformité de ses propositions législatives avec les droits fondamentaux¹⁷. Le Parlement européen, dans son rôle de co-législateur, vérifiait également la conformité des propositions législatives à la Charte (article 34 de son règlement intérieur)¹⁸. Il n'a d'ailleurs pas hésité à intenter un recours en annulation à l'encontre de la directive 2003/86/CE « regroupement familial » au motif que certaines de ses dispositions ne respectaient pas le droit de toute personne au respect de sa vie familiale (article 7 de la Charte) et l'interdiction de discrimination fondée sur l'âge (article 21 de la Charte). Si la Cour de justice a rejeté le recours, dans un arrêt du 27 juin 2006, elle y a également effectué sa première référence expresse à la Charte dans les motifs de son jugement¹⁹. Elle

15. Voy. *infra*, 3. « Champ d'application ».

16. *Ibid.*

17. Voy. Communication de la Commission « Le respect de la Charte des droits fondamentaux dans les propositions législatives de la Commission. Méthodologie pour un contrôle systématique et rigoureux, COM(2005) 172 final, 27 avril 2005.

18. À ce sujet, voy. entre autres, Cl. LADENBURGER, « FIDE 2012 – Session on Protection of Fundamental Rights Post-Lisbon – The Interaction between the Charter of Fundamental Rights, the European Convention of Human Rights and National Constitutions – Institutional Report », disponible sur <http://www.fide2012.eu>, pp. 8-11.

19. C-540/03, *Parlement c. Conseil*, 27 juin 2006, pt. 38. Plus récemment, la Cour de justice s'est référée à l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux, pour affirmer que le droit de mener une action collective doit être reconnu – quoique moyennant des limites – en tant que droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux du droit CE (C-341/05, *Laval*, 18 décembre 2007, pt. 91).



avait été précédée dans cette voie par le Tribunal de première instance, par la Cour européenne des droits de l'homme et par plusieurs juridictions nationales ²⁰.

Quoi qu'il en soit, la clarification du caractère juridiquement contraignant de la Charte est venue renforcer la sécurité juridique et a engendré une augmentation des références à cet instrument ²¹. À dater de l'arrêt *Küçükdeveci* du 19 janvier 2010, la Cour de justice double toute référence à un droit de la Charte de l'affirmation, devenue classique, selon laquelle la Charte bénéficie désormais de la même valeur juridique que les traités, en vertu de l'article 6, § 1^{er}, du traité sur l'Union européenne, tel que modifié par le traité de Lisbonne ²². Cette référence à la valeur juridique de la Charte post-Lisbonne, dans l'affaire *Küçükdeveci*, est d'autant plus remarquable que le traité de Lisbonne était inapplicable *ratione temporis* aux faits de l'affaire. De surcroît, le statut de « droit fondamental », consacré de manière indubitable par l'insertion dans la Charte de droits auparavant uniquement repris dans le droit primaire ou dérivé, est susceptible d'avoir une influence sur l'interprétation qui leur est donnée ²³.

Près de trois ans après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, tout semble indiquer que le rôle joué par la Charte des droits fondamentaux ne sera guère purement symbolique ou décoratif mais qu'elle devient, au contraire, un élément incontournable du système européen de protection des droits fondamentaux que la Cour de justice semble déterminée à « prendre au sérieux » ²⁴ et que les juges nationaux, en tant que juges européens de droit commun, sont de plus en plus amenés à intégrer dans leurs raisonnements ²⁵.

20. Pour une présentation plus détaillée de ces effets juridiques pré-Lisbonne, voy. E. BRIBOSIA, « L'avenir de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne », in *Genèse et destinée de la Constitution européenne*, G. AMATO, H. BRIBOSIA et B. DE WITTE (eds), Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 995-1036.

21. Cl. LADENBURGER, « FIDE 2012 – Session on Protection of Fundamental Rights Post-Lisbon... », *op. cit.*, p. 7. « The case law of the Court is marked by steep rise, over the last years and particularly since 1 December 2009, of preliminary references submitting questions of interpretation of the Charter. Since that date, the Court has delivered more than 60 decisions referring to the Charter. In 2011 alone, 27 new preliminary references made by national courts referred to the Charter (whereas there were 18 in 2010) ». Pour un relevé des arrêts impliquant la Charte des droits fondamentaux en 2010-2011, voy. aussi l'étude du Directorate general for internal policies du Parlement européen, « Main trends in the recent case law of the EU Court of Justice and the European Court of Human Rights in the field of fundamental rights », 2012.

22. C-555/07, *Seda Küçükdeveci c/ Swedex GmbH & Co. KG*, 19 janvier 2010, *Rec.*, p. I-365, pt. 22.

23. Voy. en ce sens les conclusions de l'avocat général TRSTENJAK dans l'affaire *Dominguez*, C-282/10, présentées le 8 septembre 2011, pts 75 et s.

24. Nous reprenons ici l'expression utilisée par J. COPPEL, A. O'NEILL, dans leur article « The European Court of Justice : Taking Rights Seriously ? » (*C.M.L.Rev.*, 1992, vol. 29, pp. 669-692). Voy *infra*, 2., A.

25. Voy. *infra*, 4., A.

SECTION 2

Le contenu de la Charte des droits fondamentaux de l'UE

Le texte de la Charte se présente sous la forme de 54 articles, divisés en sept chapitres. Six chapitres respectivement intitulés « Dignité », « Libertés », « Égalité », « Solidarité », « Citoyenneté » et « Justice », contiennent les droits proprement dits. Le dernier chapitre, « Dispositions générales », contient les clauses qualifiées d'horizontales, relatives au champ d'application de la Charte (art. 51), à la portée des droits garantis (art. 52), au niveau de protection (art. 53), et à l'interdiction de l'abus de droit (art. 54). Ce regroupement par « valeurs » présente un caractère innovant à deux égards : d'abord, cela ne correspond pas étroitement aux classifications plus traditionnelles entre droits de la première génération (civils et politiques) et droits de la deuxième génération (économiques et sociaux)²⁶ ; ensuite, la Charte, conformément au principe d'indivisibilité des droits fondamentaux, est l'un des rares instruments internationaux à réunir dans un même texte les deux générations de droits évoquées ci-dessus.

Face à l'impossibilité, dans les limites de cette contribution, d'effectuer un commentaire systématique de chacun des droits et principes consacrés dans la Charte²⁷, nous avons opté pour l'approfondissement de deux questions transversales : la première a trait à l'articulation entre certains droits de la Charte et les droits correspondants de la Convention européenne des droits de l'homme (A.) ; la seconde sera consacrée à la délicate distinction entre droits et principes effectuée dans la Charte, spécifiquement dans le domaine des droits sociaux (B.).

26. Au sein des chapitres « Dignité » et « Libertés » figurent des droits tels que le droit à éducation (art. 14) ou le droit « de travailler » (art. 15), qu'on classerait spontanément parmi les droits sociaux, alors qu'au sein du chapitre « Égalité », les trois articles consacrés à la non-discrimination (égalité en droit (art. 20), non-discrimination (art. 21), égalité entre hommes et femmes (art. 23)) figurent aux côtés de dispositions relatives aux personnes âgées ou à l'intégration des personnes handicapées qui relèvent plutôt des politiques sociales.
27. Voy. à ce sujet notamment L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE et F. PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article. Partie II La Charte des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2005 ; A. MANGAS MARTIN (dir.), *Carta de los derechos fundamentales de la Union Europea. Comentario articulo por articulo*, Bilbao, Fundación BBVA, 2008.

A. L'articulation entre les droits de la Charte et ceux correspondants de la Convention européenne des droits de l'homme

Les droits civils et politiques repris dans la Charte sont répartis principalement entre quatre chapitres correspondant aux valeurs fondamentales de dignité humaine (articles 1 à 5), de liberté (articles 6 à 19), d'égalité (articles 20 à 26) et de justice (articles 47 à 50). Pour la rédaction de ces droits, la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après C.E.D.H. ou la Convention) a assurément constitué la source d'inspiration privilégiée²⁸. Cela n'est guère surprenant dans la mesure où la Convention bénéficiait alors d'un demi-siècle d'existence et constituait un modèle incontournable tant pour des motifs stratégiques que juridiques²⁹. Tout d'abord, la place centrale de la Convention dans la détermination du contenu et des contours des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire n'est pas nouvelle³⁰. La Cour de justice lui a rapidement reconnu une signification particulière dans sa jurisprudence en matière de droits fondamentaux³¹, aboutissant, au fil des décennies à une pratique devenue presque routinière de références à la

28. La C.E.D.H. ne constitue pas pour autant la source exclusive. Certains droits sont empruntés à d'autres conventions relatives aux droits de l'homme, telles que, par exemple, la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine adoptée le 4 avril 1997 dans le cadre du Conseil de l'Europe (STE n° 164 et protocole additionnel STE n° 168) (article 3 de la Charte – droit à l'intégrité de la personne), la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du 28 janvier 1981 (article 8 de la Charte – protection des données à caractère personnel) ou la Convention internationale sur les droits de l'enfant signée le 20 novembre 1989 (article 24 de la Charte).
29. E. BRIBOSIA et O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, p. 284 ; P. WACHSMANN, « Les droits civils et politiques », *R.U.D.H.*, 2000, pp. 15-21, spéc. p. 15. L'auteur ajoute que « les tentatives pour dévaloriser ce modèle, au prétexte de son ancienneté ou de son caractère partiel, trompent si peu que leurs auteurs préfèrent en général éviter de les consigner par écrit... »
30. Au sujet de l'évolution de la place de la C.E.D.H. dans l'ordre juridique communautaire et dans la jurisprudence de la CJ, voy. notamment : E. BRIBOSIA et S. VAN DROOGHENBROECK, « Emprunts et migrations entre le droit de l'Union européenne et celui du Conseil de l'Europe », in A. BAILLEUX, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT et F. OST (dir.), *Traduction et droits européens : enjeux d'une rencontre. Hommage au Recteur Michel van de Kerchove*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2009, pp. 133-179 ; E. GUILD et G. LESIEUR, *The European Court of Justice and the European Convention on Human Rights. Who said what when ?*, Londres, Kluwer Law International, 1998 ; L. SCHEECK, « Le dialogue des droits fondamentaux en Europe, fédérateur de loyautés, dissolvant de résistances », in E. BRIBOSIA, L. SCHEECK et A. UBEDA DE TORRES (dir.), *L'Europe des Cours. Loyautés et résistances*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 19-64.
31. Aff. jointes 46/87 et 227/88, *Hoechst*, 21 septembre 1989, qui renvoie à l'arrêt *Johnston* (aff. 222/84, *Marguerite Johnston contre Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, 15 mai 1986, *Rec.*, pp. 1651 et suiv.), dans lequel la Cour affirme que le droit à un recours effectif trouve notamment sa source dans les articles 6 et 13 de la C.E.D.H., sans toutefois lui reconnaître une signification particulière.

C.E.D.H. et à la jurisprudence de la Cour E.D.H., au point où, en 1997, le juge Puissechet de la Cour de justice affirmait déjà que « tout se passe comme si la convention européenne des droits de l'homme était l'une des sources formelles du droit communautaire »³². Par ailleurs, la référence à la Convention européenne des droits de l'homme présentait pour les rédacteurs de la Charte un avantage stratégique : puisque tous les États de l'Union y étaient partie, s'y référer n'imposait pas de se livrer au maniement parfois délicat et plus laborieux du droit comparé³³. De surcroît, comme l'a souligné l'avocat général Poiras Maduro, les références à la C.E.D.H. viennent renforcer la légitimité du nouvel instrument à l'égard des États membres dans la mesure où « l'engagement que chaque État membre a exprimé envers la Convention met en évidence le statut de ces droits comme correspondant à des valeurs communes aux États membres, lesquels désirent alors nécessairement les préserver et les reprendre dans le contexte de l'Union européenne »³⁴. Enfin, outre ces arguments d'opportunité, le choix de la Convention européenne des droits de l'homme comme « seuil minimum » de référence se justifie par une obligation juridique. *Pacta sunt servanda* : les États membres ne peuvent, par leur participation à une organisation internationale – la Communauté ou l'Union européenne –, se délier des obligations qu'ils ont contractées antérieurement à l'égard d'États tiers³⁵. Cette obligation se retrouve, en quelque sorte traduite dans les dispositions horizontales de la Charte par la clause « niveau de protection », qui stipule qu'« aucune disposition de la présente Charte ne sera 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, la Communauté ou tous les États membres, et notamment la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi que par les constitutions des États membres ».

Depuis l'adoption de la Charte, cette disposition a fait l'objet de nombreuses interprétations doctrinales en sens divers³⁶. Une question préjudicielle

32. J.-P. PUISSECHET, « La Cour de justice et les principes généraux du droit », in *La protection juridictionnelle des droits dans le système communautaire*. Dixième Congrès de l'Union des avocats européens, Venezia, 30-31 mai, 3 juin 1996, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 1-19, spéc. p. 9.

33. E. BRIBOSIA et O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, p. 285.

34. Conclusions du 9 septembre 2008, *Elgafaji contre Staatssecretaris van Justitie* aff. C-465/07, pt. 22.

35. La règle est consacrée à l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969. Pour un commentaire, voy. N'Guén QUOC DINH, P. DAILLIER et A. PELLET, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 5^e édition, 1994, pp. 260-270.

36. Au sujet de cette clause, voy. notamment L. AZOULAI, « Article II-113 », in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE et F. PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire*

pendante au moment de la rédaction de cette contribution, dans une affaire *Melloni*³⁷, devrait être l'occasion pour la Cour de justice de se prononcer sur l'une de ces interprétations controversées suggérée par la Cour constitutionnelle espagnole. Dans cette affaire relative au mandat d'arrêt européen, la Cour espagnole s'interroge sur la possibilité d'utiliser l'article 53 de la Charte comme une exception à la primauté du droit de l'UE dans un cas où ce droit s'avère contraire à un droit fondamental reconnu dans la constitution nationale. Sans préjuger de la position de la Cour de justice à cet égard, l'on rejoint C. Ladenburger lorsqu'il défend qu'une telle interprétation, portant atteinte à ce principe fondamental du droit de l'UE qu'est la primauté, devrait logiquement être rejetée par la Cour³⁸.

L'on mentionnera également la référence plus classique qui est faite à l'article 53 par l'avocat général Bot dans ses conclusions relatives à l'affaire *Scattolon*. Pour rejeter une interprétation étroite de l'article 51, § 1^{er}, de la Charte, délimitant l'applicabilité de la Charte aux États membres, il souligne qu'elle « aboutirait, en effet, à créer deux régimes différents de protection des droits fondamentaux au sein de l'Union, selon que ceux-ci découlent de la Charte ou bien de principes généraux du droit. Cela affaiblirait le niveau de protection de ces droits, ce qui pourrait apparaître antinomique avec la lettre de l'article 53 de la Charte, lequel prévoit, notamment, qu'«[a]ucune disposition de [celle-ci] 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» »³⁹.

La garantie de non régression quant au niveau de protection contenue dans cette clause est particulièrement importante lorsque les droits consacrés dans la Charte sont directement inspirés de droits consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme mais n'en conservent pas la formulation précise. Dans ce cas de figure, c'est la combinaison des articles 52, § 3 et 53 de la Charte qui a vocation à garantir, nonobstant les différences de

article par article. Partie II. La Charte des droits fondamentaux de l'Union, *op. cit.*, pp. 689-713, J. BERING LIISBERG, « Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law ? Article 53 of the Charter : a fountain of law or just an inkblot ? », *Jean Monnet Working Paper*, 4/01, 2001 ; L. BESSELINK, 6, *Utrecht Law Review* (2010), p. 36, 42 ; E. BRIBOSIA et O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, p. 285 ; Cl. LADENBURGER, *op. cit.*, 2012, pp. 24-25.

37. C-399/11, Demande de décision préjudicielle présentée par le Tribunal Constitucional, Madrid (Espagne) le 28 juillet 2011 – *Procédure pénale contre Stefano Melloni*.

38. À ce sujet, voy. C. LADENBURGER, *op. cit.*, 2012, pp. 25.

39. Conclusions de l'Avocat général BOT dans l'affaire *Ivana Scattolon c/ Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*, C-108/10, présentées le 5 avril 2011, non encore publié au *Recueil*, pt. 120.

formulation, le maintien de la Convention européenne des droits de l'homme comme standard minimal à respecter par les institutions de l'Union et par les États membres. L'article 52, § 3 prévoit, en effet, une deuxième garantie afin d'éviter les incohérences entre les deux instruments européens de protection des droits de la personne. Dès lors que les droits contenus dans la Charte correspondent à des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite Convention ⁴⁰.

Cette disposition reflète la volonté des rédacteurs de la Charte d'assurer la cohérence matérielle entre les deux instruments européens de protection des droits fondamentaux tout en préservant l'autonomie du droit de l'UE ⁴¹. Les explications relatives à la Charte ⁴² précisent à cet égard que ce sens et cette portée devront prendre en compte non seulement le texte de la C.E.D.H. mais aussi la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, tout en ne portant pas atteinte à l'autonomie du droit de l'Union et de la Cour de justice de l'Union européenne. Cette dernière a, dans la lignée de sa jurisprudence antérieure, confirmé sans surprise cette prise en compte de la jurisprudence de l'interprète authentique de la Convention en vue de garantir la meilleure cohérence possible entre les droits correspondants des deux instruments européens de protection. Nous illustrerons, au moyen de plusieurs affaires concrètes ayant été déférées à la Cour, le délicat équilibre à trouver entre cohérence et autonomie dans l'articulation entre ces deux sources européennes de protection des droits fondamentaux.

Ainsi, par exemple, dans l'affaire *J. McB* ⁴³, était en cause l'interprétation de la notion de « droit de garde du père », telle que consacrée dans le règlement (CE) n° 2201/2003, à la lumière de l'article 7 de la Charte consacrant le droit au respect de la vie privée et familiale. En vue de répondre à la question préjudicielle qui lui était adressée, la Cour de justice, après avoir rappelé le contenu de l'article 52, § 3 de la Charte, constate que « cet article 7 contient des droits correspondant à ceux garantis par l'article 8, paragraphe 1, de la C.E.D.H. [et qu'i]l convient donc de donner à l'article 7 de la Charte le

40. Cette précision importante est susceptible de poser de délicates questions d'interprétation notamment afin de délimiter ce qu'il faut entendre par des droits correspondants à ceux de la Convention européenne des droits de l'homme. L'exposé des motifs de l'article 52 § 3 énumère une liste des droits qui peuvent être considérés comme des droits correspondant à ceux de la Convention européenne des droits de l'homme. Il faut cependant se garder de considérer que cette liste est limitative.

41. L. BURGORGUE-LARSEN, « Article II-112 », *op. cit.*, p. 675.

42. C. LADENBURGER, « Fundamental rights and citizenship of the Union », in G. AMATO, H. BRIBOSIA et B. DE WITTE (eds), *op. cit.*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 311-366, spéc. pp. 347-349.

43. C-400/100, *J. McB. c/ L. E.*, 5 octobre 2010, non encore publié au *Recueil*.

même sens et la même portée que ceux conférés à l'article 8, paragraphe 1, de la C.E.D.H., *tel qu'interprété par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* »⁴⁴. C'est en se fondant sur cette jurisprudence, dans des affaires dont les faits étaient analogues à ceux de l'affaire au principal, que la Cour de justice a estimé « que, aux fins de l'application du règlement n° 2201/2003 pour déterminer le caractère licite du déplacement d'un enfant, lequel est emmené dans un autre État membre par sa mère, le père naturel de cet enfant doit avoir le droit de s'adresser à la juridiction nationale compétente, avant le déplacement, afin de demander qu'un droit de garde de son enfant lui soit conféré, ce qui constitue l'essence même du droit d'un père naturel à une vie privée et familiale dans un tel contexte »⁴⁵. Mais que « [e]n revanche, le fait que le père naturel ne soit pas, à la différence de la mère, automatiquement détenteur d'un droit de garde de son enfant au sens de l'article 2 du règlement n° 2201/2003 n'affecte pas le contenu essentiel de son droit à la vie privée et familiale, pour autant que le droit [de s'adresser à la juridiction nationale compétente énoncé ci-dessus] est sauvegardé »⁴⁶.

Il importe toutefois de souligner que cette clause interprétative contenue à l'article 52, § 3, de la Charte « ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue »⁴⁷, la C.E.D.H. constituant de ce point de vue un seuil minimum de protection conformément au principe de subsidiarité qui la caractérise⁴⁸. Les rédacteurs de la Charte ne s'en sont d'ailleurs pas tenus à un exercice de reproduction à l'identique des dispositions de la Convention. Ils ont procédé tantôt à une modernisation⁴⁹ de

44. *Ibid*, pt. 53. C'est nous qui soulignons.

45. *Ibid*, pt. 55.

46. *Ibid*, pt. 57. Voir le commentaire de cet arrêt livré par O. DE SCHUTTER dans sa chronique sur « Les droits fondamentaux dans l'Union européenne » (*J.D.E.*, 2011, pp. 114-115). Il y souligne que, même si l'enseignement de l'arrêt demeure implicite à cet égard, « bien que la charte ne s'applique pas aux actes des États membres qui ne s'inscrivent pas dans la mise en œuvre du droit de l'Union (article 51, § 1^{er} de la Charte), elle fait obstacle à ce que le droit de l'Union voie les modalités de son application subordonnées à une disposition de droit national qui ne soit pas elle-même conforme aux exigences des droits fondamentaux ».

47. Une telle possibilité est d'ailleurs pleinement conforme à l'article 53 de la Convention européenne des droits de l'homme qui garantit que les dispositions plus protectrices des droits individuels existant par ailleurs restent en vigueur.

48. E. BRIBOSIA et A. UBEDA DE TORRES, « Dialogue entre la Cour européenne des droits de l'homme et les cours nationales : regards croisés », in E. BRIBOSIA, L. SCHEECK et A. UBEDA DE TORRES (dir.), *L'Europe des Cours. Loyautés et résistances*, op. cit, pp. 189-258 ; J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et la convention européenne des droits de l'homme », *R.A.E.*, 1998, pp. 28-47.

49. L'article 9 de la Charte consacre le droit de se marier et de fonder une famille sans référence expresse à l'homme et à la femme en tant que titulaires de ce droit, ouvrant par là-même la voie à la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe.

dispositions en vue de les adapter à l'évolution socio-juridique, tantôt à une adaptation à la structure particulière de l'ordre juridique de l'Union européenne⁵⁰ et tantôt enfin à une réécriture à vocation simplificatrice. Ce dernier cas de figure est le plus délicat en termes de coordination des deux instruments. En effet, la source d'inspiration est clairement la Convention européenne des droits de l'homme mais, lors de son importation dans le droit de l'Union, la disposition est reformulée et simplifiée. C'est le cas de l'article 5 de la C.E.D.H. consacrant le droit à la liberté et à la sûreté moyennant des exceptions strictement délimitées, qui se retrouve, sous une formule lapidaire, sans références aux exceptions, à l'article 6 de la Charte. C'est dans ce type de situation que la clause « niveau de protection » reprise à l'article 53 de la Charte devrait se révéler utile en garantissant, nonobstant les différences de formulation, l'absence de régression et le maintien de la Convention européenne des droits de l'homme comme standard minimal à respecter par les institutions de l'Union et par les États membres⁵¹.

La Charte fixe le régime des limitations admissibles aux droits garantis dans une clause horizontale qui s'inspire de la jurisprudence de la Cour de justice en matière de protection du droit de propriété ou du droit au libre exercice d'une activité professionnelle⁵² : toute limitation à l'exercice des droits garantis dans la Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés, cette « substance » du droit étant rapportée à la notion de dignité de la personne humaine⁵³ ; des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui et ce conformément au principe de proportionnalité⁵⁴. La définition très générale des conditions auxquelles peuvent être admises des restrictions aux droits garantis ne saurait cependant aboutir à affaiblir le régime détaillé des limitations prévu dans la Convention européenne des droits de l'homme.

50. L'article 50 de la Charte étend le principe « *ne bis in idem* » à l'ensemble de l'Union européenne (« Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif conformément à la loi »). À propos de cas d'application de cette règle dans ce champ d'application élargi, voy. A. WEYEMBERGH, « Le principe *ne bis in idem* : pierre d'achoppement de l'espace pénal européen ? », *C.D.E.*, pp. 337-375.

51. E. BRIBOSIA et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 155.

52. Voy. not. aff. 44/79, *Liselotte Hauer contre Land Rheinland-Pfalz*, 13 décembre 1979, *Rec.*, pp. 3727-3765.

53. Voy. l'exposé des motifs de l'article 1^{er} de la Charte, CHARTE 4473/00, CONVENT 49.

54. Article 52, § 1^{er}, de la Charte.

À cet égard, et principalement en ce qui concerne la première condition en vertu de laquelle toute limitation doit « être prévue par la loi », l'on renverra aux intéressantes conclusions de l'avocat général Cruz Villalon, rendues dans l'affaire *Scarlet*⁵⁵. La question adressée à la Cour dans cette affaire avait trait à la possibilité, du point de vue du droit de l'UE, qu'une juridiction nationale adopte une mesure ordonnant à un fournisseur d'accès à Internet la mise en place d'un système de filtrage et de blocage des communications électroniques en vue de lutter contre le téléchargement illégal d'œuvres protégées et de protéger les droits d'auteurs. L'avocat général aborde cette question notamment sous l'angle de la légalité de l'atteinte portée au droit à la liberté de communication consacrée à l'article 11, § 1^{er}, de la Charte. Afin de dégager les contours de cette conditions de légalité, il se fonde sur le corpus jurisprudentiel fourni par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et en déduit que « toute limitation, ingérence ou restriction doit avoir préalablement fait l'objet d'une prévision légale, tout au moins au sens matériel du terme qui soit suffisamment précise au regard de l'objectif qu'elle poursuit, c'est-à-dire conforme à des exigences minimales [de prévisibilité et d'accessibilité] » (§ 100). Appliquant cette doctrine au cas d'espèce, l'avocat général estime que la législation nationale belge en cause ne peut être considérée comme une base légale suffisante pour l'adoption par le juge d'une mesure d'injonction imposant un système de filtrage et de blocage généralisés (§ 108). Bien sûr, comme le souligne Cruz Villalon, cette affaire n'impliquait pas de trancher la question plus délicate « de la « responsabilité » respective de l'Union et des États membres, au regard des exigences de prééminence du droit [...], dans une situation dans laquelle des directives, ensemble avec les mesures nationales de transposition, font l'objet d'une application emportant « limitation » d'un droit garanti ou d'une liberté reconnue par la Charte » (§ 111)⁵⁶.

L'arrêt rendu par la Cour de justice dans l'affaire *DEB*⁵⁷ constitue également une illustration de cette recherche d'une cohérence matérielle entre les deux instruments européens de protection. À l'instar de ce que relève O. De Schutter, l'on notera que la Cour de justice, pour résoudre la question de l'invocabilité par les personnes morales de l'aide juridictionnelle dans le contexte d'une action en responsabilité de l'État introduite au titre du droit de

55. C-70/10, *Scarlet*, 24 novembre 2011, Conclusions de l'avocat général CRUZ VILLALON, 14 avril 2011, pts 87-114.

56. C-407/08 *P Knauf Gips c. Commission*, 1^{er} juillet 2010, *Rec.*, p. I-6375, pt. 91.

57. C-279/09, *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH c/ Bundesrepublik Deutschland*, 22 décembre 2010, *Rec.*, p. I-13849.



l'Union, se place d'initiative, dans cette affaire, sur le terrain de l'article 47 de la Charte qu'elle substitue au principe de protection juridictionnelle effective invoqué par la juridiction nationale en tant que principe général de droit⁵⁸. Rappelant qu'elles « doivent être prises en considération pour l'interprétation de celle-ci », la Cour se fonde, ensuite, sur les explications de l'article 47 de la Charte pour en déduire qu'il correspond à l'article 6 de la C.E.D.H. »⁵⁹. Elle interprète alors l'article 47, paragraphe 3, de la Charte, à la lumière de l'arrêt *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979 (Cour eur. D. H., série A n° 32, p. 11), « selon lequel une aide juridictionnelle doit être accordée lorsque l'absence d'une telle aide rendrait inefficace la garantie d'un recours effectif ». Vu que cette jurisprudence ne permet pas à elle seule de trancher la question de l'octroi de l'aide aux personnes morales ou celle de la nature des frais couverts par celle-ci (pt. 36), la Cour de justice procède à une interprétation de cette disposition de la Charte « dans son contexte, à la lumière des autres textes du droit de l'Union, du droit des États membres et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » (pt. 37). Elle en conclut que le principe de protection juridictionnelle effective, consacré à l'article 47 de la Charte, est susceptible d'être invoqué par des personnes morales et que l'aide juridictionnelle octroyée peut notamment couvrir la dispense du paiement de l'avance des frais de procédure ou l'assistance d'un avocat (pt. 59). Il reviendra *in fine* au juge national, moyennant la prise en considération des éléments pertinents du contexte de l'affaire⁶⁰, de vérifier si les conditions d'octroi de l'aide judiciaire constituent ou non une restriction au droit d'accès aux tribunaux qui porterait atteinte à la substance-même de ce droit (pt. 60).

Enfin, l'avocat général Trstenjak, dans ses conclusions relatives à l'affaire *N.S. contre Secretary of State for the Home Department*⁶¹, livre d'intéressants développements sur l'interprétation qu'il convient de donner à l'article 52,

58. O. DE SCHUTTER, « Les droits fondamentaux dans l'Union européenne », *J.D.E.*, 2012, p. 116.

59. C-279/09, *DEB*, *op. cit.*, pt. 32.

60. La Cour suggère encore au juge les éléments à prendre en considération pour effectuer cette vérification au rang desquels figurent : « l'objet du litige, les chances raisonnables de succès du demandeur, la gravité de l'enjeu pour celui-ci, la complexité du droit et de la procédure applicables ainsi que la capacité de ce demandeur à défendre effectivement sa cause, [...] l'importance des frais de procédure devant être avancés » (pt. 61). Plus particulièrement pour les personnes morales, « le juge national peut tenir compte de la situation de celles-ci. Ainsi, il peut prendre en considération, notamment, la forme et le but lucratif ou non de la personne morale en cause ainsi que la capacité financière de ses associés ou actionnaires et la possibilité, pour ceux-ci, de se procurer les sommes nécessaires à l'introduction de l'action en justice » (pt. 62).

61. Conclusions de l'Avocat général M^{me} Verica TRSTENJAK, présentées le 22 septembre 2011, dans l'affaire *N. S. c/ Secretary of State for the Home Department*, C-411/10, non encore publié au *Recueil*.



§ 3, de la Charte et, en particulier, sur le poids à accorder à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁶². Dans cette affaire, se posait la question des obligations en matière de respect des droits de l'homme pesant sur un État (en l'occurrence le Royaume-Uni) au moment du transfert d'un demandeur d'asile vers un autre État de l'UE (*in casu* la Grèce), responsable du traitement de la demande d'asile en vertu du règlement n° 343/2003 dit « Dublin II ». L'une des questions adressées par la juridiction anglaise, telle que reformulée par l'avocat général, invitait la Cour « à préciser les rapports qui existent entre les articles 3 et 13 de la C.E.D.H., d'une part, et les dispositions correspondantes de la Charte des droits fondamentaux (articles 1^{er}, 4, 18 et 47), d'autre part, et à indiquer de quelle manière la jurisprudence de la Cour EDH sur la compatibilité avec la C.E.D.H. de transferts de demandeurs d'asile vers la Grèce est susceptible d'influencer le contrôle judiciaire de leur conformité à la Charte des droits fondamentaux »⁶³. S'appuyant sur l'article 52, § 3, de la Charte et les explications y relatives, l'avocat général Trstenjak, livre une interprétation illustrant les tensions entre cohérence et autonomie. Ainsi, elle commence par souligner qu'« il convient donc de garantir que la protection conférée par [la Charte] dans les domaines dans lesquels ses dispositions recoupent celles de la C.E.D.H. ne soit jamais inférieure à celle qui est instituée par cette dernière ». Elle insiste alors sur le caractère dynamique d'un tel renvoi qui « par essence englobe l'ensemble de la jurisprudence

62. Voy. également O. DE SCHUTTER, « Les droits fondamentaux dans l'Union européenne », *J.D.E.*, 2012, pp. 118-119.

63. À l'époque de l'introduction de la question préjudicielle, une décision de la Cour européenne des droits de l'homme rendue dans l'affaire *K. R. S. c. Royaume-Uni* (2 décembre 2008, dossier n° 32733/08), était au centre de cette interrogation. En effet, la Cour européenne y avait rejeté comme manifestement non fondé un recours d'un demandeur d'asile iranien qui devait être transféré en Grèce par le Royaume-Uni, conformément aux dispositions du règlement n° 343/2003, et qui s'y opposait au motif que son expulsion vers la Grèce enfreindrait l'article 3 de la C.E.D.H. (pt. 138). La juridiction de renvoi devait donc « déterminer si l'analyse opérée par [la Cour européenne des droits de l'homme], qui avait conclu que le transfert [...] n'enfreignait pas l'article 3 de la C.E.D.H., l'empêchait de constater une violation des articles 1^{er}, 18 et 47 de la Charte des droits fondamentaux dans un cas tel que celui de l'espèce » (pt. 139). L'on notera qu'après l'introduction de la demande préjudicielle, la Cour européenne des droits de l'homme a modifié sa jurisprudence à l'occasion du célèbre arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce* a rendu le 21 janvier 2011 où « elle a dit pour droit qu'en transférant un demandeur d'asile vers la Grèce en application du règlement n° 343/2003, le Royaume de Belgique avait enfreint l'article 3 de la C.E.D.H. ainsi que l'article 13 de celle-ci lu en combinaison avec son article 3 » (point 140). Cette évolution de la jurisprudence de Strasbourg a eu effectivement un impact sur la manière dont la Cour de justice de l'UE s'est penchée sur la question des rapports entre les droits garantis par la Charte et ceux garantis par la C.E.D.H. (C-411/10 et C-493/10, N. S. c/ *Secretary of State for the Home Department et M. E. et autres c/ Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*, 21 décembre 2011, non encore publié au *Recueil*, pts 88-90).



de la juridiction de Strasbourg » (pt. 145). Il faut par conséquent, selon l'avocat général, « accorder une importance particulière et un poids considérable à la jurisprudence de la Cour européenne lorsqu'on interprète la Charte des droits fondamentaux » tout en évitant de se fonder « sur la jurisprudence de Strasbourg comme étant une source d'interprétation dotée d'une valeur absolue » (pt. 146). Cela signifie concrètement qu'en présence d'une jurisprudence de la Cour EDH qui concluait à l'absence de violation de l'article 3 de la C.E.D.H. en cas de renvoi vers la Grèce d'un demandeur d'asile (*K.R.S. c. Royaume-Uni*), cette analyse n'empêcherait pas la Cour de justice ou une juridiction nationale de conclure à une violation des dispositions de la Charte correspondantes puisque cela reviendrait à consacrer un niveau de protection plus élevé en vertu de la Charte. Par contre, face à une jurisprudence de la Cour de Strasbourg concluant à la violation de l'article 3 de la C.E.D.H. dans un contexte similaire (*M.S.S. c. Belgique et Grèce*), la Cour de justice ou les juridictions nationales devraient y accorder « une importance particulière et un poids considérable » et, par conséquent, conclure à l'existence d'une violation des dispositions de la Charte correspondantes⁶⁴.

B. La distinction entre droits et principes

L'insertion des droits sociaux dans la Charte est très certainement la question qui a soulevé les plus abondantes controverses à chacun des stades de son élaboration et de son entrée en vigueur⁶⁵. Nous reviendrons, dans un premier temps, sur les raisons et les conséquences de ces controverses en termes de reconnaissance des droits et principes sociaux (1.). Ensuite, nous présenterons des pistes d'interprétation de cette distinction entre droits et principes (2.) et, enfin, nous mentionnerons brièvement la contribution de la Charte à la protection des droits sociaux dans l'ordre juridique de l'UE (3).

64. Pour une position mettant l'accent, de manière contestable selon nous, sur l'autonomie d'interprétation de la Charte (article 50 – ne *bis in idem*) par rapport à la C.E.D.H. (article 4 du Protocole 7), voy. les conclusions de l'Avocat général M. Pedro CRUZ VILLALÓN, présentées le 12 juin 2012, dans l'affaire C-617/10, *Åklagaren c/Hans Åkerberg Fransson*, non encore publié au *Recueil*. Il y affirme que « l'obligation d'interpréter la Charte à la lumière de la C.E.D.H. doit être nuancée lorsque le droit fondamental en question ou un aspect de celui-ci [...] n'a pas été repris pleinement par les États membres. En outre, même si, dans ces circonstances, le droit et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg à ce sujet constituent une source d'inspiration pour le droit de l'Union, [...] l'obligation de calquer le niveau de protection de la Charte sur celui de la C.E.D.H. est dépourvue de la même effectivité » (pt. 85).

65. Pour un traitement plus approfondi, voy. O. DE SCHUTTER, « La contribution de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la garantie des droits sociaux dans l'ordre juridique communautaire », *R.U.D.H.*, vol. 12, n^{os} 1-2, p. 33.





1. *Les controverses ayant entouré l'insertion des droits sociaux dans la Charte*

Plusieurs facteurs contribuent à expliquer que le débat relatif à l'insertion des droits sociaux dans la Charte ait été particulièrement sensible. D'abord, plusieurs éléments contextuels sont venus aiguïser le débat, au rang desquels figurent en bonne place « l'absence de consensus au niveau européen en matière sociale », combinée à « l'inexistence d'un texte de référence en la matière »⁶⁶. De plus, si la question des droits sociaux a suscité un tel intérêt, c'est aussi en raison de l'engouement de la société civile⁶⁷, particulièrement soucieuse que l'élaboration de la Charte puisse mener à un rééquilibrage entre les libertés dites « fondamentales » de circulation et de concurrence, d'une part, et les droits sociaux, d'autre part.

Une deuxième source de difficultés, et non la moindre, résidait dans le lien potentiel entre la reconnaissance de droits sociaux fondamentaux et l'attribution de compétences pour en assurer la réalisation effective. De nombreuses craintes étaient émises à cet égard, en particulier par le Royaume-Uni, que la consécration dans la Charte de droits sociaux fondamentaux, tels que le droit de grève ou le droit d'accès aux prestations de sécurité sociale, constitue le cheval de Troie grâce auquel des transferts de compétence s'effectueraient au détriment des États membres en matière sociale. Il a fallu toute la pédagogie du représentant du gouvernement français, Guy Braibant, pour que soit admise l'idée qu'il n'y avait guère de lien automatique entre la reconnaissance de droits sociaux au niveau européen et la délimitation des compétences pour en assurer la réalisation⁶⁸. Cette conception se dégage d'ailleurs de l'avis du Comité économique et social sur la Charte « ...l'affirmation de droits sociaux fondamentaux dans la Charte (...) ne préjuge pas de l'identité de l'auteur de l'acte – institution de l'Union européenne ou autorité étatique – contre lequel le bénéfice du droit peut être réclamé. (...) L'inscription de droits et principes sociaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne revient nullement à investir

66. L. BURGORGUE-LARSEN, « Article II-112 », in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE et F. PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article. Partie II La Charte des droits fondamentaux*, op. cit., p. 683.

67. Le Présidium, comité de rédaction constitué au sein de la Convention et comprenant également les membres du secrétariat général du Conseil, a reçu pas moins de 355 contributions au cours des travaux, dont 255 émanaient de la société civile. 67 organisations non gouvernementales ont été auditionnées.

68. Contribution de M. G. BRAIBANT, Représentant du Gouvernement français à la Convention, 19 mai 2000 (CHARTE 4322/00, CONTRIB. 188).



la Communauté ou l'Union européenne de compétences que celles-ci ne détiendraient pas déjà. Elle signifie uniquement que les actes des institutions de l'Union ou les actes étatiques adoptés dans le domaine d'application du droit communautaire doivent :

- respecter les droits sociaux que la Charte affirme ;
- ne pas constituer des mesures aboutissant à diminuer le degré de réalisation déjà atteint des principes ; et
- respecter l'exigence de non-discrimination, notamment dans la mise en œuvre des droits sociaux » ⁶⁹.

Il n'en reste pas moins que ces obligations dites « négatives » ou d'abstention doivent être combinées avec des obligations positives de protection des droits reconnus. En vertu de ces dernières, les autorités doivent mettre en œuvre les droits garantis, c'est-à-dire en assurer l'effectivité par l'adoption de certaines mesures qui en facilitent l'exercice. Elles doivent également assurer une protection face aux atteintes qui pourraient être portées à la réalisation de ces droits par des tiers ⁷⁰. C'est précisément l'importance de ces obligations positives en vue de la réalisation des droits sociaux ⁷¹ qui a motivé les craintes de certains États membres quant à leur inscription dans la Charte. C'est d'ailleurs principalement cette crainte qui permet d'expliquer que, dans un premier temps, la Charte n'ait été adoptée que comme une déclaration solennelle sans se voir d'emblée reconnaître un statut juridique contraignant. Dans un second temps, c'est toujours afin d'éviter qu'elle n'engendre une extension des compétences de l'Union que la référence à la Charte dans le traité de Lisbonne a été encadrée par des garde-fous, largement redondants ⁷². *Last but*

69. Avis du Comité économique et social sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, du 20 septembre 2000 (CES 1005/2000 – SOC/013), pt. 3.1.3.

70. Voy. par ex. G.J.H. VAN HOOFF, « The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights : A Rebuttal of Some Traditional Views », in Ph. ALSTON et K. TOMASEVSKI (eds.), *The Right to Food*, Utrecht, SIM, 1984, p. 97 ; B. TOEBES, *The Right to Health as a Human Right in International Law*, Antwerpen/Groningen/Oxford, Intersentia/Hart, 1999, pp. 306 et s.

71. Voy. à ce sujet, Conclusions présentées par l'avocat général TRSTENJAK le 8 septembre 2011, dans l'affaire C-282/10, *Maribel Dominguez c. Centre informatique du Centre Ouest Atlantique c. Préfet de la région Centre*, non encore publiée au *Recueil*, pt. 78.

72. Une telle limite avait déjà été formulée à l'article 51 de la Charte, tel qu'adopté en 2000, et accentuée dans la version de 2004 insérée dans le traité constitutionnel qui prévoit que « [...] la présente charte n'étend pas le champ d'application du droit de l'Union au-delà des compétences de l'Union, ni ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelles pour l'Union et ne modifie pas les compétences et tâches définies dans les autres parties de la Constitution ». Elle est répétée dans le traité de Lisbonne, à l'article 6, paragraphe 1^{er} alinéa 2, et dans plusieurs déclarations y annexées. Voy. déclaration n° 1 sur la Charte des droits fondamentaux, déclaration n° 53 de la République tchèque sur la Charte des droits fondamentaux.

not least, c'est encore et toujours ce souci qui a conduit le Royaume-Uni à exiger un « opt out » principalement destiné à éviter que le titre IV de la Charte [droits de solidarité] ne crée des droits justiciables applicables au Royaume-Uni, sauf dans la mesure où de tels droits seraient déjà prévus dans sa législation nationale.

Enfin, sur un plan plus technique cette fois, au stade de la rédaction de la Charte, des débats se sont noués autour de l'interprétation à donner au mandat du Conseil européen de Cologne qui faisait référence aux « droits économiques et sociaux tels qu'énoncés dans la Charte sociale européenne et dans la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs (...) dans la mesure où ils ne justifient pas uniquement des objectifs pour l'action de l'Union ». Cette formulation semblait exclure du catalogue les garanties qui n'auraient pas la forme de droits subjectifs invocables en justice, mais qui constitueraient plutôt des recommandations adressées au législateur, européen ou national.

C'est sous l'influence de l'ensemble de ces facteurs qu'a émergé progressivement la distinction entre « droits » et « principes ».

2. *L'interprétation de la distinction entre droits et principes sociaux*

Les controverses et débats relatifs à l'insertion de droits sociaux dans la Charte ont débouché sur un compromis qui s'est matérialisé principalement par l'introduction d'une distinction entre les droits et les principes⁷³, impliquant une forme de gradation en termes d'intensité normative et de justiciabilité. Cette distinction a été retenue dans la première version de la Charte, à l'instigation de Guy Braibant, qui défendait que les « principes », à l'instar des objectifs de valeur constitutionnelle en droit français, constituaient des « objectifs à l'encontre desquels les autorités communautaires ne devraient pas aller »⁷⁴. Au stade initial de rédaction de la Charte en 2000, la référence à ces principes était discrète puisqu'elle ne figurait qu'au préambule et à l'article 51,

73. L'introduction de cette notion était justifiée comme suit (Exposé des motifs du projet d'article 31, 16 mai 2000, CHARTE 4316/00 / CONVENT 34) : « Compte tenu du caractère dynamique de ces droits et du fait qu'ils ne se concrétisent fréquemment qu'à travers leur mise en œuvre, lorsqu'ils contiennent un droit à une prestation positive, il est nécessaire de préciser que, dans un certain nombre de cas, il s'agit de principes dont l'application est subordonnée à l'adoption de mesures de mise en œuvre ».

74. G. BRAIBANT, « La Charte des droits fondamentaux », *Droit social*, 2001, p. 69 ; L. BURGORGUE-LARSEN, « Article II-112 », in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE et F. PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article. Partie II La Charte des droits fondamentaux*, op. cit., p. 684.



qui stipulait que les institutions et organes de l'Union ainsi que les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union « respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application ». La réouverture des négociations à l'occasion de la Convention sur l'avenir de l'Union, en vue de l'insertion de la Charte dans le traité constitutionnel et puis de la reconnaissance de son statut contraignant dans le traité de Lisbonne ont donné lieu à un renforcement de la visibilité de ce *distinguo* qui s'est retrouvé formulé expressément à l'article 52 § 5 : « Les dispositions de la présente Charte qui contiennent des principes peuvent être mises en œuvre par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions, organes et organismes de l'Union, et par des actes des États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, dans l'exercice de leurs compétences respectives. Leur invocation devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes ».

(i) Alors que cette disposition n'a pas encore fait l'objet d'une interprétation par la Cour de justice, quels enseignements peuvent être tirés en termes d'intensité normative et de justiciabilité ?

Un élément sur lequel la doctrine semble s'accorder c'est que ces principes ne sont pas des « épées » selon l'expression d'Olivier De Schutter⁷⁵. En ce sens ils ne sont pas générateurs d'obligations positives dans le chef des institutions de l'UE et/ou des États membres qui ne peuvent être contraints à l'adoption de mesures spécifiques en vue de leur réalisation effective⁷⁶. Cela résulte notamment de l'utilisation du verbe « peuvent » être mis en œuvre pour les principes, ce qui ne devrait pas permettre de contraindre l'UE ni les États membres à établir un socle minimal de droits sociaux fondamentaux⁷⁷.

Plus délicate est la définition des cas de figure dans lesquels ces principes peuvent être invoqués comme « boucliers ». Des controverses se sont nouées à cet égard qui n'ont pas encore été tranchées par la Cour de justice. Les explications précisent que « [l]es principes peuvent être mis en œuvre par le biais d'actes législatifs ou exécutifs (adoptés par l'Union dans le cadre de ses

75. CONV 28/03, 9 juillet 2003, p. 51 et explication de l'article 52, § 5. Voy. O. DE SCHUTTER, « Les droits fondamentaux dans le projet européen. Des limites à l'action des institutions à une politique des droits fondamentaux », in O. DE SCHUTTER et P. NIHOUL (dir.), *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 81-117, spéc. p. 113.

76. L. BURGORGUE-LARSEN, « Article II-112 », *op. cit.*, p. 687.

77. K. LENAERTS, « La solidarité ou le chapitre IV de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Rev. trim. dr.h.*, 2010, pp. 217-236. *Contra*, voy. D. MISONNE, *Droit européen de l'environnement et de la santé*, Bruxelles-Paris, Anthemis-L.G.D.J., 2011, pp. 350-351.





compétences et par les États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union) ; ils acquièrent donc une importance particulière pour les tribunaux seulement lorsque ces actes sont interprétés ou contrôlés ». Une première interprétation restrictive, qui ne trouve qu'un appui limité en doctrine, limite l'invocabilité de ces principes à l'interprétation ou au contrôle de la légalité des seuls textes qui prétendent *stricto sensu* les mettre en œuvre⁷⁸. Dans cette optique les principes de protection du consommateur ou de protection de l'environnement ne pourraient nullement être invoqués pour s'opposer à des actes de l'UE adoptés en matière de politique agricole commune ou d'aides d'état qui y porteraient pourtant, par hypothèse, directement atteinte⁷⁹. L'autre interprétation à laquelle nous nous rallions consiste, au contraire, à considérer, à l'instar de ce que suggèrent les références jurisprudentielles incluses dans les explications de l'article 52, § 5⁸⁰, que les principes dont l'effectivité serait mise en péril pourraient également être invoqués à l'encontre des actes législatifs ou exécutifs qui y porteraient directement ou indirectement atteinte sans pour autant être des actes de mise en œuvre *stricto sensu*⁸¹. Toujours selon cette acception, il serait possible d'invoquer l'effet de *standstill* en vertu duquel les États membres qui mettent en œuvre le droit de l'Union (par exemple en se conformant à l'obligation de démanteler certains monopoles publics), ou les institutions de l'Union qui exercent leurs compétences (par exemple la Commission européenne dans le cadre de sa conduite de la politique de concurrence), ne peuvent, par leurs actions, engendrer une diminution de la protection des principes et droits sociaux énumérés dans la Charte. Il nous semble que seule cette interprétation large serait en phase avec une protection effective des principes sociaux.

(ii) Au vu de la différence de force normative et d'invocabilité des droits et principes, la question de leur identification dans la Charte revêt forcément une

78. Un tel cas de figure a trouvé une forme d'illustration récente, à l'occasion de l'arrêt *Test-Achat*, concernant l'article 23 de la Charte consacrant l'égalité entre femmes et hommes (C-236/09 *Test-Achat*, 1^{er} mars 2011, non encore publié au Recueil). Dans cette affaire, la Cour de justice a invalidé l'article 5, paragraphe 2, de la directive 2004/113/CE du Conseil, du 13 décembre 2004, mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services en raison de son incompatibilité avec les droits et principes reconnus aux articles 21 et 23 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE.

79. C. LADENBURGER, *op. cit.*, p. 33.

80. Voy. notamment la jurisprudence sur le « principe de précaution » figurant à l'article 191, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : arrêt rendu par le TPI le 11 septembre 2002 dans l'affaire T-13/99, *Pfizer contre Conseil*.

81. L. BURGORGUE-LARSEN, « Article II-112 », *op. cit.*, p. 688 ; O. DE SCHUTTER, « Les droits fondamentaux dans le projet européen. Des limites à l'action des institutions à une politique des droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 113.





importance centrale. À défaut d'une définition claire de chacune des catégories ou de leur identification précise dans le texte de la Charte, l'interprète en est réduit à une approche pragmatique⁸². À cet égard, les conventionnels n'ont nullement fait œuvre systématique et les explications adjointes à la Charte ne fournissent guère que des indications partielles. Sont ainsi mentionnés, en guise d'illustration, de « principes reconnus dans la Charte, les articles 25 [droit des personnes âgées], 26 [intégration des personnes handicapées] et 37 [protection de l'environnement]. Il est précisé, de surcroît que « [d]ans certains cas, un article de la Charte peut contenir des éléments relevant d'un droit et d'un principe : par exemple, les articles 23 [égalité entre les hommes et les femmes], 33 [vie familiale et professionnelle] et 34 [sécurité sociale et aide sociale]. Si l'on tient compte des explications de chaque disposition prise individuellement cette fois, l'on peut rajouter à la liste des principes, la protection de la santé (article 35), l'accès aux services d'intérêt économique général (article 36) et la protection des consommateurs (article 38). À l'instar de ce qu'affirme le juge K. Lenaerts, il semble, en outre, possible de reconnaître que, dans le chapitre IV « solidarité », constituent, en revanche des droits, « le droit d'accès aux services de placement (article 29), le droit à des conditions de travail justes et équitables (article 31) et le droit à un congé parental et un congé de maternité⁸³ (article 33, § 2) »⁸⁴. Quant aux autres dispositions pour lesquelles le doute subsiste – droit à l'information et à la consultation des travailleurs (article 27), droit de négociation et d'action collectives (article 28), protection en cas de licenciement injustifié (article 30) et la protection des jeunes au travail (article 32) –, il reviendra *in fine* au juge, en s'attachant à leur formulation et leurs explications, de déterminer leur nature de droit ou de principe⁸⁵.

Même s'il ne s'agissait certes pas de la disposition par rapport à laquelle l'ambiguïté était la plus grande en termes de classification, l'on relèvera le cas du droit à un congé annuel payé inclus à l'article 31, § 2 de la Charte. Son caractère de droit social fondamental fut affirmé nettement tant par l'avocat général Tizzano, dans ses conclusions relatives à l'affaire *BECTU*⁸⁶ que, plus

82. C. LADENBURGER, *op. cit.*, pp. 31-32.

83. Voy. à ce sujet J.-P. MARGUENAUD, « Article II-93 », in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE et F. PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article. Partie II La Charte des droits fondamentaux*, *op. cit.*, pp. 435-442.

84. K. LENAERTS, « La solidarité ou le chapitre IV de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Rev. trim. dr.h.*, 2010, pp. 217-236, spéc., pp. 225-227.

85. *Ibid.*, p. 226 ; L. BURGORGUE-LARSEN, « Article II-112 », *op. cit.*, pp. 686-687 ; P. CRAIG, *The Lisbon Treaty. Law, Politics and Treaty Reform*, Oxford, University Press, 2010, pp. 217-219.

86. Conclusions présentées par l'avocat général TIZZANO, le 8 février 2001, dans l'affaire C-173/99, *Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU) contre Secretary of State for Trade and Industry*, *Rec.*, 2001, p. I-4881, pts 22-27.



récemment, par l'avocat général Trstenjak, dans ses conclusions afférentes à l'arrêt *Dominguez*⁸⁷. À l'instar d'une grande partie de la doctrine, l'avocat général Trstenjak s'appuie d'abord sur le libellé de l'article 31, § 2 – « [t]out travailleur a *droit* à une limitation de la durée maximale du travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire, ainsi qu'à une période annuelle de congés payés » – pour affirmer qu'il a été « conçu comme un « droit fondamental », ce qui exclut d'office tout rattachement aux « principes » cités à l'article 51, paragraphe 1, de la Charte ». Elle considère que cette disposition « se distingue nettement en cela d'autres dispositions du chapitre IV (« Solidarité ») de la Charte, qui sont formulées dans le sens d'une garantie de droit objectif, à savoir que les droits qu'elle confère sont « reconnus » ou « respectés » » (§ 76). L'avocat général complète son raisonnement par des considérations d'ordre général potentiellement utiles pour une interprétation d'autres dispositions de la Charte. Ainsi, selon elle, « les dispositions n'édicant que des « principes » et qui lient donc en premier lieu le législateur dans leur mise en œuvre, conformément à l'article 52, paragraphe 5, première phrase, de la Charte, prévoient également souvent que la protection n'est accordée que « selon les modalités établies par le droit communautaire et les législations et pratiques nationales ». Les principes ont comme caractéristique essentielle que leur application implique souvent l'adoption de mesures d'exécution, qui est du reste soumise au respect de la répartition des compétences fixée dans le traité et du principe de subsidiarité » (§ 77). Or, toujours selon l'avocat général, l'article 31, § 2 ne répondrait pas à ces critères dans la mesure où il est fondé sur une exigence individuelle dont le caractère de « droit subjectif » n'est pas remis en cause par la formulation abstraite du premier paragraphe renvoyant généralement au « droit à des conditions de travail qui respectent [la] santé, [la] sécurité et [la] dignité » (§ 78).

3. *La contribution de la Charte au renforcement de la protection des droits sociaux fondamentaux*

Loin d'un bilan général sur l'apport de la Charte en matière de protection des droits sociaux fondamentaux, nous souhaiterions livrer quelques réflexions à propos de deux ordres de questions : d'abord, la Charte constitue-t-elle l'occasion de créer un socle de droits sociaux fondamentaux comme le souhaitait une partie de la société civile lors de sa rédaction ? (i) ; ensuite, la Charte aboutit-elle à renforcer le statut des droits sociaux fondamentaux en

87. Conclusions présentées par l'avocat général TRSTENJAK le 8 septembre 2011, dans l'affaire C-282/10, *Maribel Dominguez c. Centre informatique du Centre Ouest Atlantique c. Préfet de la région Centre*, pts 75-79.



comparaison avec celui dont ils jouissaient dans la jurisprudence antérieure de la Cour de justice ? (ii).

(i) Etant donné que la Charte ne crée pas de compétence en matière sociale⁸⁸, il est douteux qu'elle puisse en tant que telle permettre la constitution d'un « socle de droits sociaux fondamentaux » applicable aux États membres dans tous leurs domaines d'action⁸⁹. À défaut de la définition d'un tel seuil minimum de droits sociaux valable à l'échelle de l'ensemble de l'Union européenne, la tentation de la dérégulation compétitive subsistera dans le chef des États membres – soit qu'ils souhaitent attirer à eux des investissements, par une réduction des garanties sociales accordées aux travailleurs employés sur leur territoire, soit qu'ils souhaitent réduire les niveaux de protection pour des motifs macro-économiques. Si la Charte telle qu'elle a été conçue par ses rédacteurs n'est pas en soi de nature à pallier ce risque, son apport n'est pas pour autant négligeable : il est d'éviter que les États membres qui mettent en œuvre le droit de l'Union ou les institutions de l'Union qui exercent leurs compétences ne puissent engendrer une régression de la protection des droits et principes sociaux énumérés dans la Charte (*standstill*)⁹⁰.

(ii) Il n'est possible de bien mesurer la contribution de la Charte à la protection des droits sociaux dans l'Union européenne qu'en la situant par rapport à la jurisprudence que la Cour de justice a rendue dans ce domaine. Le contraste entre les droits civils et politiques, d'une part, les droits sociaux, d'autre part, était jusqu'ici frappant : si la Cour de justice n'hésitait pas à faire figurer ceux-là parmi les principes généraux du droit de l'Union dont elle assure le respect – en accordant une « signification particulière », dans cette appropriation, à la Convention européenne des droits de l'homme⁹¹ –, en

88. C'est d'ailleurs ce qui explique le nombre de renvois aux « conditions prévues par le droit de l'Union et les législations et pratiques nationales » (article 27, relatif au droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise ; article 35, relatif à la protection de la santé ; article 28, relatif au droit de négociation et d'actions collectives (formulation proche)) ou aux « modalités établies par le droit de l'Union et les législations et pratiques nationales » (article 34, relatif à la sécurité sociale et à l'aide sociale), dans les dispositions que la Charte consacre aux droits généralement qualifiés de « sociaux ».

89. Un tel socle fait défaut dans le droit de l'Union européenne. Son absence n'a été compensée ni par la Charte communautaire des droits fondamentaux des travailleurs de 1989, ni par l'Accord sur la politique sociale auquel renvoie le Protocole sur la politique sociale annexé au traité de Maastricht instituant l'Union européenne du 7 février 1992, ni encore par le rapatriement de cet Accord au sein du traité CE, qu'a pu opérer le traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 à la suite du changement de majorité politique intervenu entretemps au Royaume-Uni (S. ROBIN-OLIVIER, « La référence aux droits sociaux fondamentaux dans le traité d'Amsterdam », *Dr. soc.*, 1999, p. 609).

90. E. BRIBOSIA et O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, p. 292.

91. Aff. jtes 46/87 et 227/88, *Hoechst AG* Rec., 21 septembre 1989, Rec. p. 2859 (pt. 13).



revanche elle n'avait jamais élevé les droits sociaux au même statut ⁹² ; et si la Charte sociale européenne du 18 octobre 1961 ⁹³ avait parfois servi de guide à l'interprétation du droit de l'Union, elle n'était pas prise en compte par la Cour de justice au même titre que la Convention européenne des droits de l'homme, car la « structure » de la Charte sociale européenne serait telle « que les droits dont elle fait mention représentent plus des objectifs politiques que des droits contraignants, et les États signataires ne sont tenus que de choisir, parmi ceux énoncés, les droits qu'ils décident de protéger » ⁹⁴. Cela ne signifie pas que le juge de l'Union était indifférent aux droits sociaux avant l'adoption de la Charte. Mais ceux-ci apparaissaient dans la jurisprudence, plutôt que comme des prérogatives attachées à l'individu, comme des objectifs qu'il est légitime pour les États membres de l'Union européenne de vouloir poursuivre : ainsi, le souci de protéger des conditions de travail ou les intérêts des travailleurs peut justifier des entraves à la libre circulation des marchandises ⁹⁵ ou à la libre prestation des services ⁹⁶ ; le risque « d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale » peut être mis en avant par un État afin de justifier des entraves à la libre circulation des marchandises ou à la libre prestation des services qui, si n'était ce souci légitime de garantir le droit à la santé, seraient contraires au traité CE ⁹⁷ ; ou encore,

92. Certes, la Cour de justice des C.E. a fait figurer parmi les principes généraux du droit communautaire le droit à la liberté d'association syndicale (aff. 36/75, *R. Rutili*, 28 octobre 1975, *Rec.*, p. 1219 (pt. 32)), le libre exercice de l'activité professionnelle (aff. 4/73, *Nold*, 14 mai 1974, *Rec.*, p. 491) ou, sous diverses formes, l'interdiction de la discrimination (voy., parmi beaucoup d'autres, C-13/94, *P. c. S. et Cornwall City Council*, 30 avril 1996, *Rec.*, p. I-2143). Mais ces droits se situent à l'intersection des droits civils et politiques et des droits sociaux, dans les rangements classiquement effectués. Ils imposent des interdictions, et non des obligations de prestation.
93. L'ensemble des États membres de l'Union européenne sont parties à la Charte sociale européenne, ouverte à la signature des États membres du Conseil de l'Europe le 18 octobre 1961. La Charte sociale européenne présente la particularité que les États parties choisissent, parmi l'ensemble des 19 droits énumérés, ceux au respect desquels ils s'obligent, pourvu qu'un nombre minimum de garanties soient acceptées.
94. Conclusions. de l'avocat général JACOBS préc. C-67/96, *Albany International BV*, 21 septembre 1999, *Rec.*, p. I-5751.
95. Aff. 155/80, *Oebel*, 14 juillet 1981, *Rec.*, p. 1993. L'autorisation a perdu de son importance depuis que les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises sont jugées en principe inapplicables aux législations nationales qui, sans discrimination, réglementent non les marchandises, mais uniquement les modalités de vente (Aff. jtes C-267/91 et C-268/91, *Keck et Mithouard*, 24 novembre 1993, *Rec.*, p. I-6097) : voy. aff. jtes C-401/92 et C-402/92, *Heuske*, 2 juin 1994, *Rec.*, p. I-2199.
96. Aff. 279/80, *Webb*, 17 décembre 1981, *Rec.*, p. 3305.
97. C-120/95, *Decker*, 28 avril 1998, *Rec.*, p. I-1831 (pts 39 et 40) ; C-158/96, *Kohll*, 28 avril 1998, *Rec.*, p. I-1931 (pt. 41). Dans ses conclusions communes à ces deux affaires, l'avocat général G. Tesauo indique bien que la sauvegarde de l'équilibre financier du système de sécurité sociale



l'importance que le droit de l'Union attache au dialogue entre partenaires sociaux justifie que, dans une certaine mesure – et bien que la Cour, dans cette affaire, ait refusé explicitement de reconnaître qu'il existait un « droit fondamental à la négociation collective » –, les restrictions à la libre concurrence qui résultent d'accords entre partenaires sociaux sont soustraites à l'application des règles relatives aux ententes entre entreprises ⁹⁸.

3

En énumérant une liste de droits sociaux jugés d'importance exceptionnelle, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne confère à cette jurisprudence une certaine objectivité. Il n'est pas exclu que le statut de « droit fondamental », consacré de manière indubitable par l'insertion dans la Charte de droits auparavant uniquement repris dans le droit primaire ou dérivé, soit susceptible d'avoir une influence sur l'interprétation qui leur sera donnée dans les différents cas de figure où ils peuvent être invoqués ; qu'il s'agisse de contrer l'action d'un État membre qui porte atteinte à l'un de ces droits en mettant en œuvre une directive ou de s'opposer directement à l'action des institutions de l'UE ⁹⁹.

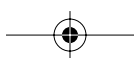
Reste le cas topique du droit social fondamental invoqué par un État membre pour justifier une atteinte *prima facie* aux grandes libertés économiques reconnues par les traités ou une entorse aux règles de concurrence. Dans ce dernier cas de figure, la Charte pourrait faciliter la tâche de la Cour de justice qui doit distinguer les situations où, sous prétexte de promouvoir des objectifs sociaux, les États membres en réalité conduisent une politique protectionniste de leur économie nationale, des situations où leur souci de protection des droits sociaux est authentique. Dans cette lignée, la Cour a jugé, dans l'arrêt *Blanco Perez* du 1^{er} juin 2010 ¹⁰⁰, que l'objectif visant à assurer un approvisionnement en médicaments de la population sûr et de qualité, qui peut être rattaché à la protection de la santé publique peut justifier des restrictions à la liberté d'établissement. Si cette affirmation est classique, elle n'en a pas moins souligné que « [l']importance dudit objectif est confirmée par les articles 168, paragraphe 1, TFUE et 35 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en vertu desquels, notamment, un niveau élevé de protection

n'est pas une « fin en soi », mais un instrument contribuant à « garantir aux assurés des prestations (...) d'un certain niveau. En effet, une rupture de l'équilibre financier du système pourrait provoquer une diminution de la protection de la santé, avec des incidences négatives évidentes et inévitables principalement pour les assurés qui appartiennent aux couches sociales les plus faibles » (conclusions du 16 septembre 1997).

98. C-67/96, *Albany*, 21 septembre 1999, précité (points 59 et 60).

99. Voy. *Infra* 3.

100. Aff. jointes C-570/07 et C-571/07, *José Manuel Blanco Pérez*.





de la santé humaine est assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de l'Union européenne » ¹⁰¹.

Seulement la difficulté principale de cette jurisprudence est que les droits sociaux, dans la traduction qu'ils y reçoivent, ne sont jamais que des exceptions à des principes tels que la libre circulation des marchandises, la libre prestation des services, ou la libre concurrence. Il demeure dès lors suspect de la part d'un État membre qu'il affirme son intention d'étendre la portée de ces droits au-delà de leur contenu minimum, tel qu'il est généralement admis ¹⁰². Les droits sociaux par conséquent peuvent continuer d'être préservés au niveau étatique : leur développement, au-delà de l'extension qu'ils ont traditionnellement reçue, risque d'être par contre envisagé avec plus de suspicion. La Charte a-t-elle remédié à cette difficulté ?

Il a été permis d'en douter vu que l'identification à laquelle elle procède des droits sociaux est particulièrement étiq : c'est d'une liste qu'il s'agit en réalité, et non pas de définitions pourvues d'un contenu substantiel, qui autoriseraient les États à progresser dans la voie de la promotion des droits sociaux sans se voir reprocher une infraction au droit de l'Union ¹⁰³.

Dans un premier temps, au lendemain de la proclamation solennelle de la Charte, plusieurs affaires jugées par la Cour semblaient encore s'inscrire dans cette logique de principe à exception. Ainsi, en présence d'un conflit entre l'une des grandes libertés économiques, d'une part, et un droit social fondamental reconnu par la Charte, de l'autre, la Cour de justice traitait la protection de ce dernier comme une exception aux principes de liberté de circulation ; appliquant par conséquent un contrôle strict à la mesure nationale fondée sur le respect du droit social fondamental ; excluant le plus souvent qu'un État puisse imposer un niveau de protection de ce droit supérieur à ce qui est strictement nécessaire à la réalisation de l'objectif social poursuivi. Les célèbres affaires *Laval* et *Viking* nous semblent s'inscrire dans cette tendance. Si la Cour y a reconnu expressément le droit d'action collective, tel que consacré notamment à l'article 28 de la Charte, elle s'est précisément appuyée sur le libellé de cette disposition pour souligner que le droit de

101. C'est nous qui soulignons, pt 65.

102. L'affaire *Albany* en constitue un parfait exemple : si l'arrêt du 21 septembre 1999 admet que les accords collectifs conclus entre organisations représentatives d'employeurs et de travailleurs sont exemptés des règles du traité de Rome relatives à la concurrence, c'est uniquement dans la mesure où ces accords poursuivent des objectifs de politique sociale, et portent sur des questions qui, ainsi que l'exprime l'Avocat général Jacobs sont « de l'essence même des négociations collectives, telles que les salaires et les autres conditions de travail », Concl. précitées, *Rec.*, p. I-5797.

103. E. BRIBOSIA et O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, p. 293.



mener des actions collectives peut être soumis à certaines restrictions et qu'il doit être protégé conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales¹⁰⁴. Sans accorder un poids particulier à l'importance de ce droit social dans les ordres juridiques nationaux concernés et, à l'issue d'un contrôle strict à l'égard des atteintes aux libertés économiques qui en résultaient, la juridiction de l'Union a condamné celles-ci soit directement (*Laval*) soit en donnant tous les éléments au juge national afin d'aboutir à ce résultat dans l'application du test de proportionnalité (*Viking*).

À dater de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne et du nouveau statut reconnu à la Charte, il semble toutefois qu'une certaine évolution soit perceptible. Certains droits sociaux fondamentaux, souvent déjà reconnus au titre de principes généraux du droit de l'Union, ont ainsi gagné un surcroît de normativité ou d'« impérativité » au bénéfice de leur cristallisation dans la Charte. Ainsi en est-il sans doute de la protection des conditions de travail qui, lorsqu'elle est invoquée pour justifier une entrave à la libre circulation, « doi[t] cesser d'être interprété[e] de manière restrictive »¹⁰⁵. Ainsi également de la protection de la santé, laquelle a été présentée comme « nécessaire pour garantir les droits fondamentaux, la dignité humaine, le droit à la vie ainsi que le droit à l'intégrité physique et mentale visés aux articles 1^{er} à 3 de la Charte »¹⁰⁶. Ainsi enfin du droit à la négociation collective qui, en cas d'opposition à une liberté de circulation, semble être passé du statut subalterne de « raison impérieuse d'intérêt général » à celui de droit fondamental « à égalité de rang (avec(les libertés fondamentales (de circulation) »¹⁰⁷.

Dans cette dernière affaire *Commission c. Allemagne*, du 15 juillet 2010¹⁰⁸, le raisonnement de la Cour, en formation de grande chambre, mérite d'être repris dans la mesure où il témoigne, nous semble-t-il, d'une inflexion vers une logique de conciliation, en lieu et place du traditionnel rapport de principe à

104. C-341/05, *Laval*, 18 décembre 2007, *Rec.*, p. I-11767, pt. 91 ; C-438/05, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP OÜ Viking Line Eesti*, 11 décembre 2007, *Rec.*, p. -10779, pt. 44.

105. Voy. conclusions de l'AG CRUZ VILLALON présentées le 5 mai 2010 dans l'affaire C-515/08 *Vitor Manuel dos Santos Palhota*, non encore publiées au *Recueil*, pt. 53. Il est à noter cependant que la Cour ne reprend pas à son compte cette affirmation dans son raisonnement et continue de traiter la protection des travailleurs comme une raison impérieuse d'intérêt général (7 octobre 2010, pt. 45).

106. Voy. conclusions de l'AG JÄÄSKINEN présentées le 19 octobre 2010 dans l'affaire C-249/09 *Novo Nordisk AS*, non encore publiées au *Recueil*, pt. 49.

107. Voy. conclusions de l'AG TRSTENJAK présentées le 14 avril 2010 dans l'affaire C-271/08 *Commission c. Allemagne*, non encore publiées au *Recueil*, pts 76-84 et 175-204 ; ici, pt. 193.

108. C-271/08, *Rec.* p. I-7091.

exception. Dans ce recours en manquement, la Commission reprochait à l'Allemagne la violation de certaines directives en matière de marché public – Directives 92/50/CEE et 2004/18/CE – concrétisant les règles en matière de libre prestation de services et de liberté d'établissement, au motif que certains contrats d'assurance-vieillesse d'entreprise des travailleurs salariés de la fonction publique communale avaient été octroyés à des organismes d'assurance désignés dans une convention collective conclue entre partenaires sociaux, sans appel d'offres au niveau de l'Union (pt. 30). L'Allemagne s'opposait à ces accusations en invoquant notamment le fait que l'application des règles sur les marchés publics à ces contrats irait à l'encontre de l'autonomie des partenaires sociaux qui bénéficie d'une protection constitutionnelle en Allemagne (pt. 31). Après avoir affirmé que le droit à la négociation collective est un droit fondamental reconnu par de nombreux instruments internationaux et européens et, en particulier, par l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux (pts. 37–38), la Cour de justice souligne que « si, certes, le droit de négociation collective jouit en Allemagne de la protection constitutionnelle conférée, d'une manière générale, par l'article 9, paragraphe 3, de la loi fondamentale allemande [...], il n'en demeure pas moins que, aux termes de l'article 28 de la Charte, ce droit doit être exercé conformément au droit de l'Union » et peut être soumis à des restrictions (pt. 43). Considérant que « la circonstance que les attributions de contrats litigieuses procèdent de l'application d'une convention collective ne conduit pas, en tant que telle, à soustraire le présent cas d'espèce au champ d'application des directives [en matière de passation des marchés publics] » (pt. 50), la Cour insiste sur la conciliation à effectuer entre l'exercice du droit fondamental de négociation collective, d'une part, et les exigences découlant des libertés économiques, que visent, en l'occurrence, à mettre en œuvre les directives 92/50 et 2004/18, de l'autre (pt. 44) ainsi que sur l'observation d'un « juste équilibre [...] dans la prise en considération des intérêts respectifs en présence, à savoir l'amélioration du niveau des pensions de retraite des travailleurs concernés, d'une part, et la réalisation des libertés d'établissement et de prestation des services ainsi que l'ouverture à la concurrence au niveau de l'Union, d'autre part » (pt. 52). À l'issue d'un examen détaillé (pts. 53 à 65), la Cour conclut « que le respect des directives en matière de marchés publics de services ne s'avère pas inconciliable avec la réalisation de l'objectif social poursuivi par les parties signataires [de l'accord dans le cadre de la convention collective en cause] dans l'exercice de leur droit de négociation collective » (pt. 66). Ce n'est finalement qu'au motif qu'une telle conciliation s'avérerait possible en l'espèce que la Cour semble accepter de passer à l'étape suivante de la vérification de la compatibilité des attributions de contrats litigieuses avec les conditions fixées dans les directives.



En mesurant les limites d'un raisonnement a contrario, il n'est pas interdit de penser que si la Cour avait dû conclure à l'impossibilité de concilier le respect des règles en matière de marché public avec la substance du droit à la négociation collective, elle aurait pu accorder la priorité à ce dernier. Dans cette mesure, cet arrêt pourrait constituer un indice d'une importance renforcée accordée aux droits sociaux dans l'exercice délicat de mise en balance avec les libertés économiques fondamentales ¹⁰⁹.

SECTION 3

Le champ d'application de la Charte des droits fondamentaux de l'UE

L'article 51, § 1^{er}, de la Charte précise que les dispositions de cette dernière « s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ». Il ressort de cette disposition que la Charte a avant tout vocation à s'appliquer à l'Union européenne (A), même si elle est aussi invocable à l'encontre des États membres dans des situations qui présentent un lien de rattachement avec le droit de l'Union (B). Elle semble en revanche inapplicable aux relations entre personnes privées, même si ce constat paraît devoir faire l'objet de plusieurs tempéraments (C).

A. Vis-à-vis de l'Union européenne et de ses organes et institutions

La Charte lie *l'ensemble* des institutions, organes et organismes de l'Union européenne. La Cour de justice n'a pas manqué de le rappeler au Parlement, qui s'émouvait de ce que des mesures ayant une incidence directe sur les droits fondamentaux pussent être adoptées par le seul Conseil ¹¹⁰.

La Cour de Luxembourg est compétente pour connaître des violations de la Charte commises par les autorités de l'Union, que ce soit par action ou par

109. On comparera cet arrêt avec l'arrêt *Hennigs* (C-297 et C-298/10, 8 septembre 2011, non encore publié au *Recueil*) dans lequel la Cour de justice a considéré que lorsqu'ils exercent leur droit fondamental à la négociation collective en concluant des conventions collectives de travail, les partenaires sociaux sont tenus au respect du principe d'égalité et de non-discrimination en fonction de l'âge (pts 67-68) et ce quand bien même « [l]a nature des mesures adoptées par voie de convention collective est différente de la nature de celles adoptées unilatéralement par voie législative ou réglementaire par les États membres en ce que les partenaires sociaux, en exerçant leur droit fondamental à la négociation collective reconnu à l'article 28 de la Charte, ont eu soin de définir un équilibre entre leurs intérêts respectifs » (pt. 66).

110. C-130/10 *Parlement c. Conseil*, 19 juillet 2012, non encore publié au *Recueil*, pt. 83.



omission. En ce sens, la Charte ne fait que confirmer une jurisprudence bien antérieure à son entrée en vigueur, qui dès les années 1970 a vu la Cour de justice contrôler le respect des droits fondamentaux par les autorités communautaires.

Les juges du Kirchberg n'ont jamais eu de scrupule à censurer des actes à portée individuelle émanant des institutions européennes pour méconnaissance des droits fondamentaux de leurs destinataires. À titre d'exemple, on observera que la Cour a annulé de nombreuses décisions prises par la Commission dans le domaine de la concurrence pour non-respect des droits de la défense ou du droit à la vie privée ¹¹¹. De même, un certain nombre de décisions adoptées par les institutions à l'égard de leurs fonctionnaires ont été annulées pour violation de la liberté d'expression ¹¹², de la liberté religieuse ¹¹³ ou du principe de non-discrimination ¹¹⁴. On ajoutera que la Cour invalide occasionnellement des décisions refusant à un particulier l'accès à certains documents ¹¹⁵.

En revanche, il a souvent été reproché à la Cour de faire preuve d'un laxisme excessif dans son contrôle des actes de l'Union européenne à portée *normative* (entendez : à portée générale et abstraite), dont l'indulgence contrastait avec la sévérité déployée à l'égard des États membres ¹¹⁶. Cette critique n'est sans doute pas totalement infondée. Lorsqu'elle est amenée à se pencher sur la validité d'un acte de l'Union à portée générale, la Cour a tendance à conférer au législateur européen une marge d'appréciation considérable, qui l'amène à sanctionner les seules atteintes *manifestement disproportionnées* aux droits fondamentaux ¹¹⁷. Motivée par le souci de ne pas entraver l'intégration

111. Voy. p. ex. T-39/92 et T-40/92 *Europay c. Commission*, 23 février 1994, *Rec.*, p. II-49, pts 49-52 ; T-112/98 *Mannesmannröhren-Werke*, 20 février 2001, *Rec.*, p. II-729 ; C-238/99 P *Limburgse Vinyl Maatschappij*, 15 octobre 2002, *Rec.*, p. I-8375.

112. Voy. e.a. aff. 100/88 *Oyowe c. Commission*, 13 décembre 1989, *Rec.*, p. 4285.

113. Voy. e.a. aff. 130/75 *Prais c. Conseil*, 27 octobre 1976, *Rec.*, p. 1589.

114. Voy. e.a. C-404/92 P *X c. Commission*, 5 octobre 1994, *Rec.*, p. I-4737.

115. Voy. e.a. C-39/05 et C-52/05 P *Suède c. Conseil*, 1^{er} juillet 2008, *Rec.*, p. I-4723.

116. Voy. le très célèbre article de J. COPPEL, A. O'NEILL, « The European Court of Justice : Taking Rights Seriously ? », *C.M.L.R.*, 1992, vol. 29, p. 669-692. Voy. également la réponse de J. WEILER, N. LOCKHART, « « Taking Rights Seriously » Seriously : the European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence », *C.M.L.R.*, 1995, pp. 51-94 (partie I) ; *C.M.L.R.*, 1995, pp. 579-627 (partie II).

117. Voy. p. ex. C-84/95 *Bosphorus*, 30 juillet 1996, *Rec.*, p. I-3953 ; C-377/98 *Pays-Bas c. Parlement et Conseil*, 9 octobre 2001, *Rec.*, p. I-7079 ; C-236/01 *Monsanto Agricoltura Italia*, 9 septembre 2003, *Rec.*, p. I-8105 ; C-245/01 *RTL Television*, 23 octobre 2003, *Rec.*, p. I-12489 ; C-434/02 *Arnold André*, 14 décembre 2004, *Rec.*, p. I-11825 ; C-244/03 *France c. Parlement et Conseil*, 24 mai 2005, *Rec.*, p. I-4021 ; C-380/03 *Allemagne c. Parlement et Conseil*, 12 décembre 2006, *Rec.*, p. I-11573 ; C-305/05 *Ordre des barreaux francophones et germanophone*, 26 juin 2007, *Rec.*, p. I-5305. Pour un exemple récent, alors même que l'avocat général avait conclu à la violation des droits fondamentaux, voy. C-59/11 *Association Kokopelli*, 12 juillet 2012, non encore publié au *Recueil*.



européenne en défaisant des compromis politiques arrachés de haute lutte, cette *judicial self-restraint* explique pourquoi, jusque très récemment, fort peu d'actes de l'Union européenne à portée générale ont été censurés pour violation d'un droit fondamental ¹¹⁸.

Les choses semblent cependant évoluer. Ces dernières années, et singulièrement depuis l'entrée en vigueur de la Charte, la Cour paraît avoir intensifié son contrôle de la compatibilité des actes de droit dérivé avec les droits fondamentaux. À preuve de ce constat, qu'il nous soit permis d'épingler brièvement trois arrêts par lesquels la Cour a invalidé un acte de droit dérivé à portée normative pour atteinte aux droits de l'homme.

Le premier, c'est le célébrisime arrêt *Kadi* par lequel la Cour a annulé un règlement instituant le gel des avoirs financiers de personnes suspectées d'être liées à Al Qaïda ou aux Talibans au motif que ce règlement violait les droits de la défense, le droit à la protection juridictionnelle effective et le droit à la propriété ¹¹⁹. Deux passages clefs de cet arrêt témoignent du surcroît d'importance qu'accorde aujourd'hui la Cour au respect des droits fondamentaux. Dans le premier, la Cour déclare qu'elle est habilitée à contrôler la conformité du règlement aux standards *européens* de protection des droits fondamentaux, et ce en dépit du fait que ce règlement se limite à mettre en œuvre une résolution du conseil de sécurité des Nations unies (norme juridique suprême s'il en est) et que, par conséquent, tout contrôle du règlement entraîne, indirectement, un contrôle de cette résolution ¹²⁰. Dans le second passage clef de l'arrêt, la Cour examine l'argument tiré d'un principe classique de droit international, repris dans ce qui est alors l'article 307 CE, selon

118. Les exceptions se cantonnent au domaine de la politique agricole et à la violation du principe d'égalité et de non-discrimination : voy. 117/76 et 17/77 *Ruckdeschel e.a. c. Hauptzollamt Hamburg-St. Annen*, 19 octobre 1977, *Rec.*, p. 1753 ; 124/76 et 20/77, *Moulin Pont-à-Mousson c. ONIC*, 19 octobre 1977, *Rec.*, p. 1795 ; 103/77 et 145/77 *Royal Scholten-Honig c. Intervention Board for Agricultural Produce*, 25 octobre 1978, *Rec.*, p. 2037 ; C-309/89 *Codomiu c. Conseil*, 18 mai 1994, *Rec.*, p. I-1853.

119. C-402/05 *Kadi et Al Barakat International Foundation c. Conseil et Commission*, 3 septembre 2008, *Rec.*, p. I-6351.

120. Pts 281-288 de l'arrêt précité. Cette attitude courageuse, voire frondeuse, contraste avec la position adoptée par la Cour européenne des Droits de l'Homme dans son arrêt du 12 septembre 2012 *Nada c. Suisse*. La Cour de Strasbourg s'y refuse en effet à affirmer que le respect de la Convention européenne des Droits de l'Homme prime sur les engagements des États découlant de la Charte des Nations unies, et singulièrement des résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies. Dans le souci de ménager la chèvre et le chou, la Cour condamne la Suisse pour ne pas avoir au moins tenté de concilier ses obligations onusiennes et strasbourgeoises. Drôle de raisonnement que celui qui renonce à arbitrer les conflits entre systèmes, préférant mettre à charge des États une obligation aussi vague et molle que celle de « faire de son mieux ».



lequel les États membres sont autorisés à déroger au droit de l'Union afin de satisfaire des obligations internationales antérieures à leur adhésion à l'Union. Ce principe était mobilisé en l'espèce pour justifier une méconnaissance des droits fondamentaux consacrés dans le droit de l'Union au nom d'engagements antérieurs, liés au statut de membre des Nations unies de chacun des États membres. La Cour rejette ce raisonnement, considérant que ce principe ne peut aboutir à autoriser une dérogation aux « principes qui relèvent des fondements mêmes de l'ordre juridique communautaire, parmi lesquels celui de la protection des droits fondamentaux »¹²¹.

Lus conjointement, ces deux passages démontrent à suffisance l'importance centrale que la Cour de justice accorde désormais aux droits fondamentaux – des droits à l'application desquels rien ne fait obstacle : ni une résolution du Conseil de sécurité des Nations unies, ni des engagements contractés par les États membres avant la constitution de l'Union, ni même une règle de droit primaire proclamant la primauté de tels engagements.

Le second arrêt d'annulation d'un acte de droit dérivé à portée générale a été rendu le 9 novembre 2010 dans l'affaire *Volker*¹²². La Cour y juge contraire au droit à la vie privée (art. 7 de la Charte) et au droit à la protection des données à caractère personnel (art. 8 de la Charte) des dispositions de règlements européens qui imposent la divulgation de l'identité des bénéficiaires de montants en provenance du Fonds européen agricole de garantie (FEAGA) et du Fonds européen agricole pour le développement rural (Feader). La Cour estime à cet égard que « les institutions sont tenues de mettre en balance, avant de divulguer des informations concernant une personne physique, l'intérêt de l'Union à garantir la transparence de ses actions et l'atteinte aux droits reconnus par les articles 7 et 8 de la Charte. Or, aucune prééminence automatique ne saurait être reconnue à l'objectif de transparence sur le droit à la protection des données à caractère personnel (...), même si des intérêts économiques importants sont en jeu »¹²³.

Un troisième arrêt d'annulation d'un acte de droit dérivé à portée générale pour violation des droits fondamentaux a été rendu dans la fameuse affaire *Test-Achats* qui fait l'objet d'une contribution séparée dans le présent ouvrage¹²⁴. Rappelons simplement que, dans cet arrêt, la Cour annule la clause d'une directive autorisant les États membres à utiliser le sexe d'un

121. Voy. pts 301-304 de l'arrêt précité.

122. C-92 et C-93/09 *Volker und Markus Schecke GbR*, non encore publié au *Recueil*.

123. Voy. pt. 85 de l'arrêt précité.

124. C-236/09 *Test-Achat*, 1^{er} mars 2011, non encore publié au *Recueil*.



assuré comme facteur pertinent dans le calcul des primes et prestations d'assurance de cet assuré. La Cour considère que, dans la mesure où elle risque de permettre à des différences de traitement entre hommes et femmes de subsister *ad vitam eternam*, cette clause est contraire tant à l'objectif de la directive elle-même qu'aux articles 21 et 23 de la Charte des droits fondamentaux. Comme les arrêts *Kadi* et *Volker*, cette décision témoigne du sérieux avec lequel la Cour entend désormais assurer la protection des droits fondamentaux. Pas plus que les contraintes issues du droit international, la perspective de répercussions économiques importantes n'a d'influence sur le raisonnement de la Cour de justice.

Sur ce point, qu'il nous soit encore permis de mentionner l'arrêt *Brüstle* du 18 octobre 2011¹²⁵, qui vit la Cour interpréter une directive européenne comme s'opposant, au nom de la dignité humaine, à la brevetabilité des ensembles de cellules susceptibles, en se développant, de donner naissance à des personnes humaines. On ne peut ici encore que souligner la fidélité de la Cour de justice à ses principes, qui resta insensible aux menaces de délocalisation brandies par les laboratoires européens de biotechnologie.

Le rôle de gardien des droits de l'homme assumé par la Cour est toutefois enserré dans les limites imposées par les traités à la compétence de celle-ci. Rappelons ainsi qu'aussi longtemps que le traité de Lisbonne n'était pas entré en vigueur, la Cour de justice ne jouissait que d'une compétence limitée dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale : seuls les cours et tribunaux des États ayant explicitement accepté la compétence de la Cour dans ce domaine étaient habilités à interroger celle-ci sur la compatibilité d'une décision ou d'une décision-cadre – voire même d'une position commune¹²⁶ – avec les droits fondamentaux¹²⁷. Le traité de Lisbonne remédie à cette lacune sur le long terme¹²⁸. Il donne par ailleurs à la Cour un embryon de compétence dans le domaine de la politique étrangère et de sécurité commune (l'ancien « deuxième pilier » de l'Union), l'habilitant à connaître des recours en annulation des « décisions prévoyant

125. C-34/10, non encore publié au *Recueil*.

126. Voy. C-355/04 P *Segi*, 27 février 2007, *Rec.*, p. I-1657.

127. Ainsi de la Belgique, dont la Cour constitutionnelle a interrogé la Cour de justice sur la validité de la décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil, du 13 juin 2002, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres : C-303/05 *Advocaten voor de wereld*, 3 mai 2007, *Rec.*, p. I-3633.

128. Voy. la période de gel de 5 ans des compétences de la Cour prévue par l'article 10 du Protocole n° 36 sur les dispositions transitoires annexé au traité de Lisbonne. Pour une illustration dans le domaine des droits fondamentaux, voy. C-27/11 *Vinkov*, 7 juin 2012, non encore publié au *Recueil*.



des mesures restrictives à l'encontre de personnes physiques ou morales adoptées par le Conseil »¹²⁹.

B. Vis-à-vis des États membres de l'Union européenne

La plupart des droits fondamentaux garantis par la Charte ont vocation à s'appliquer aux États membres¹³⁰. On observera cependant qu'en vertu de l'article 51, § 1^{er}, de la Charte, celle-ci s'applique « aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ».

Au premier abord, cette formulation peut surprendre¹³¹. Le critère qu'elle institue (la « mise en œuvre du droit de l'Union ») semble en effet plus restrictif que celui qui fut classiquement utilisé par la Cour de justice pour déterminer le champ d'application des droits fondamentaux reconnus en tant que principes généraux, et en vertu duquel les États membres sont tenus au respect de ces droits dès lors qu'ils agissent « dans le champ d'application du droit de l'Union ».

Certains ont déduit de la formulation de l'article 51 qu'elle enjoint la Cour à faire marche-arrière et à limiter son contrôle aux seuls actes nationaux qui exécutent ou transposent une mesure de droit dérivé¹³². La plupart des

129. Cf. art. 275, al. 2, du TFUE.

130. Voy. néanmoins le droit à une bonne administration consacré à l'article 41 de la Charte, qui n'a manifestement pas pour vocation à s'appliquer aux États membres : voy. C-482/10 *Cicala*, 21 décembre 2011, non encore publié au *Recueil*, pt. 28 ; Conclusions présentées le 26 avril 2012 par l'avocat général BOT dans l'affaire C-277/11 *M.M.*, non encore publiée au *Recueil*, pt. 32.

131. Voy. à ce sujet, en particulier, l'excellent article de P. EECKHOUT, « The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question », *C.M.L.R.*, 2002, vol. 39, pp. 945-994. Voy. en outre, *ex multissimis*, L.F.M. BESSELINK, « The Member States, the National Constitutions and the Scope of the Charter », *M.J.*, 2001, pp. 68-101 ; A. ARNULL, « Protecting Fundamental Rights in Europe's New Constitutional Order », in T. TRIDIMAS, P. NEBBIA (eds.), *European Union Law for the Twenty-First Century*, Oxford, Hart, 2004, pp. 95-112, spéc. pp. 99-102 ; 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, spéc. pp. 43-45 ; R. DAVIS, « A Brake ? The Union's New « Bill of Rights » », *E.H.R.L.R.*, 2005, pp. 449-460, spéc. pp. 455-456 ; O. DE SCHUTTER, « La garantie des droits et principes sociaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in J.-Y. CARLIER, O. DE SCHUTTER (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 117-147, spéc. pp. 124-125 ; P. GOLDSMITH, « A Charter of Rights, Freedoms and Principles », in W. HEUSEL (ed.), *The Charter of Fundamental Rights and Constitutional Development in the EU*, 2002, Schriftenreihe der Europäischen Rechtsakademie Trier, Bundesanzeiger, pp. 35-42, spéc. pp. 37-38 ; S. KOUKOULIS-SPILIOTOPOULOS, « Incorporating the Charter into the Constitutional Treaty : What Future for Fundamental Rights ? », in C.G. RODRIGUEZ IGLESIAS *et al.*, *Problèmes d'interprétation – À la mémoire de Constantinos N. Kakouris*, Athènes-Bruelles, Sakkoulas-Bruylant, 2004, pp. 223-258, spéc. pp. 248-252.

132. Voy. e.a. F. PICOD, « Article II-111 », in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, t. 2, Bruxelles, Bruylant, 2005, spéc. p. 651.

auteurs, cependant, s'accordent à dire que cette formulation sciemment ambiguë n'entend pas revenir sur les acquis jurisprudentiels et autorise la Cour à contrôler toute action des États membres qui se situe dans le champ d'application du droit de l'Union ¹³³.

La Cour de justice conforte cette seconde thèse en filigrane lorsque, pour constater que le prescrit de l'article 51, § 1^{er}, n'est pas satisfait, elle affirme qu'« il ne résulte pas de la décision de renvoi [préjudiciel] que la réglementation nationale constitue une mesure de mise en œuvre du droit de l'Union *ou présente d'autres éléments de rattachement à ce droit* » ¹³⁴. Dans son arrêt *Dereci*, la Cour laisse du reste entendre que le critère applicable est bien celui du « champ d'application du droit de l'Union » ¹³⁵. Les explications *ad* article 51 semblent également confirmer cette seconde thèse dès lors que, références jurisprudentielles à l'appui, elles exposent que « l'obligation de respecter les droits fondamentaux définis dans le cadre de l'Union ne s'impose aux États membres que lorsqu'ils agissent *dans le champ d'application du droit de l'Union* » (nous soulignons).

Les difficultés ne se dissipent toutefois pas lorsque l'on s'est mis d'accord sur le critère déterminant l'applicabilité de la Charte à l'égard des États membres. C'est que toute la difficulté réside bien sûr dans la capacité à délimiter ce « champ d'application du droit de l'Union ». Il convient de noter d'emblée que la jurisprudence demeure passablement floue – et controversée – à ce sujet. Il paraît toutefois possible de distinguer – sans prétention à l'exhaustivité – les actes des États membres qui rentrent *certainement* (1) dans le cadre du droit de l'Union, et ceux qui en relèvent *vraisemblablement* ¹³⁶ (2), avant de

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

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

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

136. Pour mémoire, l'on mentionnera que certains avocats généraux ont cherché à étendre encore davantage la compétence de la Cour pour contrôler le respect des droits fondamentaux par les États membres. Ainsi de l'AG Poiares Maduro, qui l'étend aux mesures qui, en raison même du fait qu'elles échappent au droit de l'Union, créent une atteinte à un droit fondamental (conclusions présentées le 6 mai 2004 dans C-72/03 *Carbonati Apuani, Rec.*, p. I-8027). Ainsi encore de l'AG Jääskinen, qui laisse entendre de manière surprenante que le principe général de non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle pourrait être opposable aux États membres en dehors du champ d'application du droit de l'Union (conclusions présentées le 15 juillet 2010 dans C-147/08 *Jürgen Römer*, non encore publiées au *Recueil*, pt. 132).



faire état d'une série de suggestions formulées par des avocats généraux pour clarifier la jurisprudence sur ce point (3).

Avant d'entamer cet examen des contours du « champ d'application du droit de l'Union », il convient de tordre le cou à l'idée selon laquelle l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux ferait de celle-ci une deuxième Convention européenne des droits de l'Homme, liant les États membres dans tous leurs domaines d'action, et ferait de la Cour de justice une seconde Cour européenne des droits de l'Homme, à laquelle l'on pourrait s'adresser dès que semble poindre une atteinte à un droit consacré dans la Charte. Si celle-ci ne restreint pas le champ d'application des droits fondamentaux de l'Union européenne vis-à-vis des États membres, elle ne l'étend évidemment pas non plus : les plaideurs, tant devant la Cour de justice que devant le juge national, se devront d'y être particulièrement attentifs ¹³⁷.

1. Les certitudes

Il ressort d'une jurisprudence constante que les États membres doivent respecter les droits fondamentaux consacrés dans l'ordre juridique de l'Union européenne lorsqu'ils :

- arrêtent des mesures d'*exécution* d'un règlement ou d'une décision émanant de l'Union européenne ¹³⁸. Dans cette hypothèse, les autorités nationales agissent comme de simples agents chargés d'appliquer et de faire respecter les prescrits du droit de l'Union sans disposer de quelque pouvoir discrétionnaire que ce soit ;
- *transposent* une directive européenne dans leur droit national. La législation ou la réglementation procédant à cette transposition est considérée comme tombant dans le champ d'application du droit de l'Union une fois écoulé le délai de transposition de la directive concernée ¹³⁹. Le pouvoir

137. Pour des affaires ayant récemment donné lieu au prononcé d'une ordonnance fondée sur le libellé de l'article 51, § 1^{er}, de la Charte, voy. C-457/09 *Chartry*, 11 août 2011, non encore publié au *Recueil* (réglementation nationale prévoyant le caractère prioritaire d'une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité) ; C-434/11 *Corpul*, 14 décembre 2011, non encore publié au *Recueil* (admissibilité d'une réglementation nationale établissant des diminutions salariales en ce qui concerne plusieurs catégories de fonctionnaires publics) ; C-483 et C-484/11, *Boncea*, 14 décembre 2011, non encore publié au *Recueil* (Indemnisation des personnes ayant subi des condamnations à caractère politique sous le régime communiste) ; C-466/11 *Gennaro Currà*, 12 juillet 2012, non encore publié au *Recueil* (action intentée par les victimes de massacres contre un État membre en sa qualité de responsable pour les actes commis par ses forces armées en temps de guerre).

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

139. L'hypothèse de la directive dont le délai de transposition n'est pas encore écoulé est discutée ci-dessous, au titre des « vraisemblances ».



discrétionnaire dont disposerait éventuellement l'État membre dans ce cadre ne l'exonère pas du respect des droits fondamentaux ¹⁴⁰ ;

- posent un *acte administratif* dans un domaine couvert par une directive ¹⁴¹ ou un règlement ¹⁴². Ainsi en est-il notamment des décisions relatives à l'accès au territoire, à l'expulsion ou au non-renouvellement du permis de séjour de ressortissants d'États membres ou d'États tiers ;
- portent *prima facie atteinte* à une liberté – économique – de circulation ¹⁴³. L'hypothèse est ici celle d'un acte – ou d'une omission d'agir – qui gêne l'exercice d'une des libertés de circulation consacrées dans le traité. La simple existence de cette gêne fait rentrer l'acte ou l'omission en question dans le champ d'application du droit de l'Union, et le ou la soumet donc au respect des droits fondamentaux de l'Union.

2. Les vraisemblances

À la lecture de certains arrêts de la Cour de justice et des conclusions de ses avocats généraux, il semble vraisemblable – ou à tout le moins plaidable – de considérer que sont également soumis au respect des droits fondamentaux reconnus dans l'ordre juridique de l'Union :

- les mesures de *transposition* d'une directive d'harmonisation *minimale* qui vont plus loin que les prescrits de celle-ci ¹⁴⁴. En d'autres termes, la liberté laissée aux États d'instaurer un régime plus restrictif ou protecteur que celui établi par la directive ne soustrait pas ces États au devoir de respecter les droits fondamentaux reconnus dans l'Union européenne ;

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

141. Voy. p. ex. C-482/01 et C-493/01 *Orfanopoulos et Oliveri*, 29 avril 2004, *Rec.*, p. I-5257 ; Aff. 36/75 *Roland Rutili* 28 octobre 1975, *Rec.*, p. 1219.

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

143. Aff. 352/85 *Bond van Adverteerders*, 26 avril 1988, *Rec.*, p. 2085 ; C-260/89 *ERT*, 18 juin 1991, *Rec.*, p. I-2925 ; C-368/95 *Vereinigte Familiapress*, 26 juin 1997, *Rec.*, p. I-3689 ; C-60/00 *Carpenter*, 11 juillet 2002, *Rec.*, p. I-6279 ; C-250/06 *United Pan-Europe*, 13 décembre 2007, *Rec.*, p. I-11135. Depuis ses origines, cette jurisprudence a fait l'objet de certaines contestations en doctrine : voy. e.a. J. COPPEL, A. O'NEILL, *op. cit.* ; F. JACOBS, « Human Rights in the European Union : the Role of the Court of Justice », *E.L.R.*, 2001, pp. 331-341. Elle a du reste été abandonnée par la Cour le temps d'un arrêt : Aff. 60/84 *Cinéthèque*, 11 juillet 1985, *Rec.*, p. 2605.

144. Voy. C-472/10 *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság*, conclusions présentées le 6 décembre 2011 par l'avocat général TRSTENJAK, non encore publiées au *Recueil*, pt. 54. Dans le même sens F. DE CECCO, « Room to Move ? Minimum Harmonization and Fundamental Rights », *C.M.L.R.*, 2006, vol. 43, pp. 9-30. *Contra* : E. SPAVENTA, « Remembrance of Principles Lost : On Fundamental Rights, the Third Pillar, and the Scope of Union Law », *Y.E.L.*, 2006, spéc. pp. 173-174.

- les mesures de *transposition* d'une directive dont le délai de transposition n'a pas encore expiré, quand bien même la mise en cause de telles mesures surgirait-elle à l'occasion d'un *litige entre particuliers* ¹⁴⁵. Il n'en va en revanche pas de même pour les mesures qui ne visent pas à transposer une telle directive (avant l'expiration de son délai de transposition), mais qui concernent simplement la même matière ¹⁴⁶. Cette jurisprudence aux contours très fins – et encore passablement incertains – est apparue dans le cadre du contentieux de la discrimination à l'échelon national, en présence des fameuses directives « anti-discrimination » ;
- toute mesure régissant la même matière qu'une directive dont le délai de transposition a expiré, quand bien même la mise en cause de cette mesure surgirait-elle à l'occasion d'un *litige entre particuliers* ¹⁴⁷. Apparue dans un arrêt du 19 janvier 2010, cette jurisprudence demande à être confirmée, tant elle met à mal – davantage encore que l'hypothèse précédente – le principe selon lequel les directives ne jouissent pas d'un effet direct horizontal. À cet égard, il est à noter que l'arrêt du 19 janvier 2010 – au même titre que les arrêts *Mangold* et *Bartsch* formant la trame de la jurisprudence mentionnée au point précédent – concernait une directive visant à mettre en œuvre le principe de non-discrimination dans les relations de travail. Il n'est pas certain que la Cour eût tenu le même raisonnement (1) s'agissant d'une directive n'ayant pas pour but de mettre en œuvre un droit fondamental et (2) si le droit fondamental mis en cause n'avait pas été le droit à l'égalité de traitement et à la non-discrimination, dont on connaît l'importance toute particulière qu'il revêt dans l'ordre juridique de l'Union européenne ¹⁴⁸. Relatif au droit au congé annuel payé, l'arrêt *Dominguez* du 24 janvier 2012 semble du reste conforter cette hypothèse. La Cour se contente d'y analyser la conformité d'une législation nationale avec la directive sur l'aménagement du temps de travail, sans se pencher sur la possibilité d'utiliser cette directive comme trait d'union pour faire rentrer les faits de la cause dans le champ d'application

145. C-144/04 *Mangold*, 22 novembre 2005, *Rec.*, p. I-9981, pt. 75.

146. C-427/06 *Bartsch*, 23 septembre 2008, *Rec.*, p. I-7245, pt. 24 ; C-147/08 *Römer*, 10 mai 2011, non encore publié au *Recueil*, pts 60-64.

147. Voy. C-555/07 *Kücükdeveci*, 19 janvier 2010, *Rec.*, p. I-365, pts 23 à 25.

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



- du droit de l'Union et y appliquer directement le droit au congé annuel payé garanti à l'article 31, § 2, de la Charte ¹⁴⁹ ;
- les mesures de *transposition* d'une *décision-cadre* adoptée – par hypothèse, avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne – dans le cadre de feu le « troisième pilier » de l'Union européenne ¹⁵⁰ ;
 - les mesures nationales qui *reproduisent* le contenu d'un acte de droit dérivé dans un domaine tout à fait étranger au droit de l'Union ¹⁵¹ ;
 - les actes administratifs qui *concernent* une question réglée par une mesure de droit dérivé mais qui interviennent dans un contexte totalement *étranger* au droit de l'Union ¹⁵² ;
 - les mesures qui *rendent impossible* l'exercice de la libre circulation des citoyens consacré à l'article 21 du TFUE. Dans son arrêt *Ruiz Zambrano* du 8 mars 2011, la Cour n'hésite pas à déclarer contraire au statut de citoyen européen contenu à l'article 20 TFUE toute mesure nationale « ayant pour effet de priver les citoyens de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union » ¹⁵³. Il ressort d'arrêts ultérieurs qu'une atteinte aux droits fondamentaux du citoyen de l'Union n'entraîne pas nécessairement une privation de la jouissance effective de l'essentiel de leurs droits ¹⁵⁴. En revanche, il semble que si une mesure aboutissait à rendre impossible l'exercice de la libre circulation des citoyens, cette mesure tomberait dans le champ d'application du droit de l'Union et serait également soumise au contrôle de sa conformité au regard des droits fondamentaux ¹⁵⁵ ;
 - les mesures qui, sans rendre impossible l'exercice de la libre circulation des citoyens, aboutissent néanmoins à *restreindre* ce droit. Dans ses conclusions

149. C-282/10 *Dominguez*, 24 janvier 2012, non encore publié au *Recueil*.

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

151. C-1/99 *Kofisa Italia*, 11 janvier 2001, *Rec.*, 2001, p. I-207.

152. C-101/01 *Lindqvist*, 6 novembre 2003, *Rec.*, p. I-12971 ; C-465/00, C-138/01, C-139/01 *Rechnungshof*, 20 mai 2003, *Rec.*, p. I-4989.

153. C-34/09 *Ruiz Zambrano*, 8 mars 2011, non encore publié au *Recueil*, pt. 42.

154. C-434/09 *McCarthy*, 5 mai 2011, non encore publié au *Recueil*, pts 49-50 ; C-256/11 *Murat Dereci*, 15 novembre 2011, non encore publié au *Recueil*, pts 68 et 72.

155. Voy. en particulier C-256/11 *Murat Dereci*, 15 novembre 2011, non encore publié au *Recueil*, pts 70-74.



relatives à l'affaire *Iida*, l'avocat général Trstenjak a ainsi considéré qu'une mesure rentre dans le champ d'application de la Charte des droits fondamentaux dès qu'elle a pour effet de restreindre ou de dissuader l'exercice du droit à la libre circulation des citoyens ¹⁵⁶. L'avocat général plaide ainsi pour un alignement du régime juridique applicable à la libre circulation des citoyens sur celui relatif aux libertés économiques que nous avons examiné au chapitre des « certitudes ». Reste à voir si la Cour suivra son avocat général...

On l'aura compris, la jurisprudence hésitante et casuistique dont l'on vient de faire état rend très difficile la définition des contours du champ d'application du droit de l'Union et, partant, de l'applicabilité aux États membres des droits fondamentaux consacrés dans l'ordre juridique de l'Union. Cette difficulté est encore renforcée par certains *obiter dicta* dans lesquels la Cour de justice s'autorise à attirer l'attention États membres (et de leurs juridictions nationales) sur le nécessaire respect de la Convention européenne des Droits de l'Homme dans des affaires ou sur des questions qui ne ressortissent manifestement pas au champ d'application du droit de l'Union ¹⁵⁷.

3. Les tentatives de clarification

Sans vouloir ajouter à la confusion créée par la jurisprudence susmentionnée, il paraît opportun de mentionner brièvement trois propositions visant à clarifier, au moins partiellement, l'étendue de l'applicabilité aux États membres des droits fondamentaux consacrés dans l'ordre juridique de l'Union. Ces propositions émanent toutes trois d'avocats généraux et témoignent du souci des membres de la Cour de justice de rétablir un minimum de sécurité juridique dans ce domaine. Reste à voir si l'une ou l'autre de ces suggestions sera un jour adoptée par les juges eux-mêmes.

(i) C'est à l'avocat général Jacobs que l'on doit la première réflexion sur cette question. La tentative de clarification qu'il propose peut être reconstituée à partir des propos qu'il a tenus dans une conférence et dans deux affaires portées devant la Cour de justice. Sommairement, cette solution s'articule en deux points :

1. En règle, il conviendrait de limiter l'applicabilité des droits fondamentaux (et donc le contrôle de la Cour) aux situations dans lesquelles un État exécute ou transpose un acte du droit de l'Union européenne.

156. C-40/11 *Iida*, conclusions du 15 mai 2012 non encore publiées au *Recueil*, spéc. pts 70-74.

157. Voy. e.a. C-109/01 *Akrich*, 9 septembre 2003, *Rec.*, p. I-9607, pts 59 et 60 ; C-127/08 *Metock*, 25 juillet 2008, *Rec.*, p. I-6241, pt. 79.



2. Cette règle connaîtrait toutefois deux exceptions :
- a) En raison de leur importance particulière dans l'ordre juridique de l'Union, le principe de proportionnalité et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité devraient bénéficier d'un champ d'application beaucoup plus large, et notamment lier les États membres lorsqu'ils portent *prima facie* atteinte à la libre circulation ¹⁵⁸.
 - b) Les États seraient soumis au respect des droits fondamentaux reconnus dans l'Union européenne dans tous les actes qu'ils posent à l'égard des ressortissants d'autres États membres se trouvant légalement sur leur territoire ¹⁵⁹.
- (ii) Dans ses conclusions présentées le 12 septembre 2007 dans l'affaire *Centro Europa 7* ¹⁶⁰, l'avocat général Poiares Maduro a poursuivi les réflexions de l'avocat général Jacobs sur le respect des droits fondamentaux par les États membres à l'égard des ressortissants d'autres États membres se trouvant légalement sur leur territoire. Rappelant que la Cour n'avait jamais suivi les suggestions émises par l'AG Jacobs sur ce point, il propose à la Cour d'affiner sa jurisprudence sans pour autant aller aussi loin que l'AG Jacobs ne l'aurait souhaité. Il plaide ainsi pour que seule « une violation grave et persistante des droits fondamentaux (...) rendant impossible pour cet État de se conformer à nombre de ses obligations communautaires » puisse être considérée comme une atteinte à la libre circulation et comme relevant du champ d'application du droit de l'Union.
- (iii) Mais c'est sans doute à l'avocat général Sharpston que l'on doit la proposition la plus intéressante, et la seule qui offre une solution d'ensemble au problème de l'applicabilité des droits fondamentaux aux États membres. Dans des conclusions du 30 septembre 2010 ¹⁶¹, l'avocat général britannique fait une suggestion aussi brillante de simplicité qu'audacieuse dans ses implications. Selon l'avocat général, « la règle la plus claire serait celle qui subordonnerait la disponibilité de la protection des droits fondamentaux de l'Union européenne non pas à l'applicabilité directe d'une disposition du traité ni à l'adoption de dispositions de droit dérivé, mais plutôt à l'existence et à l'étendue d'une compétence matérielle de l'Union européenne.

158. F. JACOBS, « Human Rights in the European Union : the Role of the Court of Justice », *E.L.R.*, vol. 26, 2001, p. 331-341.

159. Conclusions de l'AG JACOBS présentées le 9 décembre 1992 dans l'affaire C-168/91 *Konstantinidis*, *Rec.*, 1992, p. I-6577, et présentées le 30 mai 2005 dans l'affaire C-96/04 *Niebuß*, 27 avril 2006, *Rec.*, 2006, p. I-3561.

160. C-380/05 *Centro Europa 7*, 31 janvier 2008, *Rec.*, p. I-349.

161. C-34/09 *Ruiz Zambrano*, non encore publié au *Recueil*, spéc. pts 256-177.





En d'autres termes, la règle prévoirait que, pourvu que l'Union européenne dispose d'une compétence (qu'elle soit exclusive ou partagée) dans un domaine juridique particulier, les droits fondamentaux de l'Union européenne protègent le citoyen de l'Union européenne *même si cette compétence n'a pas encore été exercée* » (souligné dans le texte).

4. Les exceptions britannique, polonaise et tchèque

Pour clore ces réflexions sur la question de l'applicabilité de la Charte aux États membres, il convient de noter qu'aux termes de l'article 1^{er} du Protocole n° 30 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la Pologne et au Royaume-Uni, « (l)a Charte n'étend pas la faculté de la Cour de justice de l'Union européenne, ou de toute autre juridiction de la Pologne ou du Royaume-Uni, d'estimer que les lois, règlements ou dispositions, pratiques ou actions administratives de la Pologne ou du Royaume-Uni sont incompatibles avec les droits, les libertés et les principes fondamentaux qu'elle affirme ». Afin d'évacuer toute ambiguïté, il est affirmé que « (...) rien dans le titre IV de la Charte (« Solidarité ») ne crée de droits justiciables applicables à la Pologne ou au Royaume-Uni, sauf dans la mesure où la Pologne ou le Royaume-Uni a prévu de tels droits dans sa législation nationale »¹⁶².

Deux déclarations annexées au traité de Lisbonne viennent encore préciser la position polonaise. D'une part, dans la Déclaration n° 51, le gouvernement polonais souligne que la Charte « ne porte atteinte en aucune manière au droit des États membres de légiférer dans le domaine de la moralité publique, du droit de la famille ainsi que de la protection de la dignité humaine et du respect de l'intégrité humaine et physique ». D'autre part, dans la Déclaration n° 53, les autorités polonaises affirment que, nonobstant leur refus de se soumettre à la compétence de la Cour sur ce point, « (la Pologne) respecte intégralement les droits sociaux et du travail établis par le droit de l'Union européenne, et en particulier ceux qui sont consacrés au titre IV de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ».

Enfin, l'annexe I des conclusions du Conseil européen des 29 et 30 octobre 2009 contient un « protocole sur l'application de la Charte des droits fondamentaux à la République tchèque », dont l'article 1^{er} dispose que le protocole n° 30 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux à la Pologne et au Royaume-Uni s'applique à la République tchèque. Ce nouveau

162. J.O., 17 décembre 2007, C306/157.



protocole sera en principe annexé aux TUE et TFUE par le biais d'une réforme simplifiée des traités.

On a longtemps cru que ces protocoles auraient pour effet de soustraire purement et simplement les États concernés au contrôle de la conformité de leurs actes à la Charte des droits fondamentaux. Dans son arrêt *N. S.* concernant le Royaume-Uni, la Cour de justice a cependant retenu une interprétation étroite de ces « passe-droits », estimant que l'article 1^{er}, § 1^{er}, du Protocole sur l'application de la Charte à la Pologne et au Royaume-Uni se limite à « explicite[r] l'article 51 de la Charte, relatif au champ d'application de cette dernière, et n'a pas pour objet d'exonérer [ces deux États] de l'obligation de respecter les dispositions de la Charte, ni d'empêcher une juridiction de l'un de ces États membres de veiller au respect de ces dispositions »¹⁶³. La Cour s'est manifestement inspirée des conclusions de l'avocat général Trstenjak dans cette même affaire, qui présentait le § 1^{er} de l'article 1^{er} du Protocole comme une simple confirmation de ce « que la Charte des droits fondamentaux ne peut entraîner ni un glissement de compétence au détriment du Royaume-Uni ou de la République de Pologne ni un élargissement du champ d'application du droit de l'Union qui irait au-delà des compétences que les traités confient à l'Union »¹⁶⁴.

On notera cependant que ni la Cour de justice, ni son avocat général ne se sont prononcées sur la portée du second paragraphe de l'article 1^{er} dudit Protocole, qui dénie au Titre IV (« Solidarité ») de la Charte le statut de source de « droits justiciables » dans la mesure où ces droits ne seraient pas déjà prévus dans la législation nationale. Il laisse également intacte la question de la portée de la Déclaration n° 51 précitée, qui s'apparente à une réserve transversale de la part des autorités polonaises.

C. Vis-à-vis des particuliers

À en croire l'article 51, § 1^{er}, de la Charte, les autorités de l'Union européenne et les États membres sont les seuls débiteurs des droits et principes qui y sont consacrés. Les dispositions de la Charte ne semblent donc pas pouvoir être invoquées à l'encontre de particuliers. Comme l'observe très justement l'avocat général Trstenjak, cette conclusion est confirmée par le fait « que les particuliers ne peuvent pas non plus respecter la réserve légale prévue à l'article 52, paragraphe 1, de la Charte (« Toute limitation de l'exercice des

163. C-411/10 et C-493/10 *N. S.*, 21 décembre 2011, non encore publié au *Recueil*, pt. 120.

164. Pt. 169. Dans le même sens, voy. les conclusions présentées le 15 décembre 2011 par l'Avocat général KOKOTT dans l'affaire C-489/10 *Bonda*, non encore publiée au *Recueil*, pts 21-23.

droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi »). Cette condition, propre à un État de droit, et à laquelle sont subordonnées les atteintes aux droits fondamentaux, ne peut, par nature, s'adresser qu'à l'Union et à ses États membres en tant que représentants de la puissance publique »¹⁶⁵.

Ce constat appelle toutefois plusieurs tempéraments.

Premièrement, il n'est pas contestable que certaines libertés de *circulation* jouissent, au moins dans une certaine mesure, de ce que l'on appelle traditionnellement l'effet direct horizontal. La Cour a ainsi jugé que des dispositions du traité sur la liberté d'établissement¹⁶⁶, la libre circulation des travailleurs¹⁶⁷ et la libre prestation des services¹⁶⁸ pouvaient être invoquées à l'encontre d'organismes privés¹⁶⁹. Or, ces libertés sont reprises à l'article 15, § 2, de la Charte. Dans le même sens, on rappellera que la Cour a de longue date conclu à l'applicabilité horizontale du principe d'égalité de rémunération entre hommes et femmes, consacré à l'article 157 TFUE et 23 de la Charte¹⁷⁰. Il en résulte qu'au moins une poignée des droits consacrés par la Charte jouissent d'un certain degré d'applicabilité directe horizontale. Par ailleurs, on ne peut totalement exclure que, dans le souci d'éviter le développement d'une « Charte à deux vitesses », la Cour étende aux autres droits qui y sont consacrés la portée horizontale qu'elle reconnaît aux libertés de circulation. Du reste, les critiques récurrentes relatives à la prévalence de l'« Europe du marché » sur celle des droits de l'homme ne peuvent qu'inciter la Cour à œuvrer dans cette direction.

Ensuite, on observera que la Cour reconnaît *déjà* aux droits fondamentaux un effet direct horizontal dans les litiges qui les mettent aux prises aux libertés de circulation susmentionnées. La Cour admet en effet qu'un groupement de particuliers ou qu'un organisme privé puisse se prévaloir de l'exercice de ses droits fondamentaux pour justifier une atteinte une liberté de

165. Conclusions présentées le 8 septembre 2011 dans l'affaire C-282/10, *Dominguez*, non encore publiée au *Recueil*, pt. 83.

166. C-309/99 *Wouters*, 19 février 2002, *Rec.*, p. I-1577, pt. 120 ; C-438/05 *Viking*, 11 décembre 2007, *Rec.*, p. I-10779, pt. 33.

167. Aff. 36/74 *Walrave et Koch*, 12 décembre 1974, *Rec.*, p. 1405, pt. 17 ; C-415/93 *Bosman*, 15 décembre 1995, *Rec.*, p. I-4921, pt. 82 ; C-281/98 *Angonese*, 6 juin 2000, *Rec.*, p. I-4139, pt. 31.

168. Aff. 36/74 *Walrave et Koch*, 12 décembre 1974, *Rec.*, p. 1405, pt. 17 ; C-51/96 et C-191/97 *Deliège*, 11 avril 2000, *Rec.*, p. I-2549, pt. 47 ; C-341/05 *Laval*, 18 décembre 2007, *Rec.*, p. I-11767, pt. 98.

169. Pour une timide ouverture à l'invocabilité directe horizontale de la libre circulation des marchandises, voy. C-171/11 *Fra.bo*, 12 juillet 2012, non encore publié au *Recueil*.

170. Voy. aff. 43/35 *Defrenne II*, 8 avril 1976, *Rec.*, p. 455, pt. 39.

circulation invoquée par un autre particulier¹⁷¹. Dans de telles circonstances, il est vrai, le droit fondamental fait simplement office de *bouclier*, de justification destinée à montrer que le droit de l'Union européenne n'a pas été violé.

Troisièmement, on rappellera que dans ses arrêts *Mangold*¹⁷² et *Kücükdeveci*¹⁷³, la Cour de justice a reconnu aux particuliers le droit de se prévaloir du principe général de non-discrimination sur la base de l'âge pour faire obstacle, dans un litige entre personnes privées, à l'application d'une mesure nationale contraire à ce principe¹⁷⁴. Pour faire bonne mesure, on observera cependant que cette « invocabilité d'éviction » a été rejetée par la Cour dans son arrêt *Dominguez* relatif au droit au congé annuel payé¹⁷⁵. Il est difficile de réconcilier ces solutions divergentes, qui ne paraissent pas pouvoir s'expliquer par des différences dans le degré d'impérativité des droits en cause¹⁷⁶, et qui laissent planer le spectre de la hiérarchisation tant redoutée entre droits fondamentaux de la première (principe de non-discrimination et d'égalité de traitement) et de la seconde (droit au congé annuel payé) génération. Il est pourtant impératif que la Cour dissipe toute ambiguïté sur ces questions, qui sont grosses de conséquences concrètes. À titre d'exemple, l'on évoquera l'arrêt *ANGED* du 21 juin 2012 dans lequel la Cour a jugé contraire au droit au congé annuel payé toute réglementation nationale privant des travailleurs en incapacité de travail durant leur période de congé annuel de la possibilité de récupérer les jours de congé coïncidant avec cette incapacité de travail¹⁷⁷. Si l'on suit la jurisprudence *Kücükdeveci*, tout juge national saisi d'un litige à ce sujet entre un travailleur et un employeur privé doit laisser inappliquée la législation nationale contraire aux enseignements de l'arrêt *ANGED*. En revanche, s'il s'inspire de la jurisprudence *Dominguez*, ce même juge national ne pourra qu'appliquer la réglementation interne en vigueur,

171. Voy. C-438/05 *Viking*, 11 décembre 2007, *Rec.*, p. I-10779, pt. 77 ; C-341/05 *Laval*, 18 décembre 2007, *Rec.*, p. I-11767, pt. 103. Dans le même sens, voy. les conclusions présentées le 28 mars 2012 par l'Avocat général TRSTENJAK dans l'affaire C-171/11 *Fra.bo*, non encore publiée au *Recueil*, pt. 56.

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

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

174. La Cour a jugé que ces cas de figure rentraient dans le champ d'application du droit de l'Union dès lors que la législation nationale visait à transposer la directive 2000/78 sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (*Mangold*) ou que cette législation concernait une matière visée par cette directive (*Kücükdeveci*). Sur ce point, voy. *supra*.

175. C-282/10 *Dominguez*, 24 janvier 2012, non encore publié au *Recueil*.

176. Comp. les conclusions de l'Avocat général TRSTENJAK dans l'affaire *Dominguez*, pts 160-163 et l'arrêt de la Cour dans cette même affaire, pts 34-35.

177. C-78/11 *ANGED*, 21 juin 2012, non encore publié au *Recueil*.

pouvant au mieux s'efforcer de l'interpréter dans un sens conforme à l'arrêt *ANGED*¹⁷⁸.

SECTION 4

La Charte face aux autres systèmes de garantie des droits fondamentaux

A. La Charte et les juridictions nationales belges

1. L'utilisation de la Charte par les juridictions belges

(i) Il ressort de la jurisprudence publiée entre 2000 (proclamation de la Charte) et 2009 (entrée en vigueur de la Charte) que les cours et tribunaux belges n'ont pas fait montre d'un zèle excessif dans l'utilisation de la Charte des droits fondamentaux *avant l'entrée en vigueur* de celle-ci¹⁷⁹.

Tant la Cour constitutionnelle que le Conseil d'État ont rappelé ou sous-entendu à diverses reprises que la Charte était dénuée d'effet juridique contraignant et qu'un moyen tiré directement ou indirectement de sa violation, devait être déclaré irrecevable¹⁸⁰. Cela n'a toutefois pas empêché la Cour constitutionnelle de considérer que la Charte pouvait être prise en

178. On rappellera à cet égard la mise en garde lancée par l'Avocat général BOT à la Cour dans l'affaire *Küçükdeveci* : « Pour finir, nous souhaitons faire remarquer que, eu égard à l'immixtion toujours croissante du droit communautaire dans les relations entre personnes privées, la Cour sera, à notre avis, inévitablement confrontée à d'autres hypothèses posant la question de l'invocabilité dans le cadre de litiges entre particuliers de directives qui contribuent à garantir des droits fondamentaux. Ces hypothèses augmenteront vraisemblablement si la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne acquiert à l'avenir une force juridique contraignante, puisque parmi les droits fondamentaux repris dans cette Charte, un certain nombre figure dans l'acquis communautaire sous la forme de directives (50). Dans cette perspective, la Cour doit, selon nous, dès aujourd'hui réfléchir au point de savoir si l'identification de droits garantis par des directives comme constituant des droits fondamentaux permet ou non de renforcer l'invocabilité de celles-ci dans le cadre de litiges entre particuliers. La présente affaire offre à la Cour l'occasion de préciser la réponse qu'elle souhaite apporter à cette importante question. » (pt.90).

179. Pour un examen – sommaire – des jurisprudences de certains autres États membres de l'Union européenne, voy. A. BAILLEUX, *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire*, Bruxelles, Bruylant, pp. 118-120.

180. Voy. C.C., 19 mars 2009, n° 58/2009 ; C.E., 29 juin 2009, n° 194.286 ; C.E., 23 novembre 2009, n° 198.116 ; C.E., 18 juin 2007, n° 172.359, p. 10 ; C.E., 28 octobre 2009, n° 197.433, p. 6 ; C.E., 31 janvier 2007, n° 167.371, p. 6 ; C.E., 10 mars 2009, n° 191.246, pt. 2.2.3. S'agissant du Conseil du Contentieux des étrangers, voy. C.C.E., 29 juillet 2009, n° 30 162, pt. 3.1. : « Le Conseil rappelle également que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dont la partie requérante allègue la violation, n'a pas d'effet contraignant dans l'ordre juridique interne des États membres ».

considération en ce qu'elle affirme l'existence de valeurs communes de l'Union « qui se retrouvent également pour l'essentiel dans des dispositions de la Constitution »¹⁸¹. Dans un arrêt du 23 novembre 2005, la Cour constitutionnelle a ainsi considéré que les articles 19 et 24, §1^{er} de la Constitution devaient être interprétés « à la lumière » de l'article 13 de la Charte, lequel élevait la liberté académique au rang de « valeur commune » de l'Union¹⁸².

Avant le 1^{er} décembre 2009 la Charte des droits fondamentaux est rarement apparue sous la plume des juridictions de fond. Tout au plus épinglèrent-on des références aux articles 3 (dignité humaine) et 15 de la Charte (droit de travailler) dans des arrêts de la Cour du travail de Liège des 26 avril 2006¹⁸³ et 18 juin 2007¹⁸⁴, ainsi qu'un renvoi à l'article 47 de la Charte (droit au juge) dans un arrêt de la cour d'appel de Gand du 21 mars 2006¹⁸⁵. Si ces arrêts ne se prononcent pas sur la valeur juridique de la Charte, force est de constater que la référence à celle-ci y apparaît relativement accessoire dès lors qu'elle s'accompagne de références à d'autres instruments juridiques – contraignants, ceux-là.

On notera au passage que la plupart des références à la Charte opérées par les juridictions belges interviennent dans des affaires qui ne se situent pas « dans le champ d'application du droit de l'Union » tel que défini plus haut. À titre d'exemple, l'on citera l'arrêt précité de la cour du travail de Liège du 26 avril 2006, dans lequel la cour a déclaré que « s'il est légitime pour un C.P.A.S. confronté à une demande d'aide sociale relative à la prise en charge de frais médicaux ou pharmaceutiques d'examiner le caractère nécessaire de l'exposition de ces frais pour permettre à la personne de mener une vie conforme à la dignité humaine, il ne peut par contre en aucun cas être admis qu'à cette fin, le C.P.A.S. impose à la personne de se soumettre à un examen médical sans avoir obtenu son consentement, ce qui constituerait une violation de l'article 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 ». Il apparaît que dans cette affaire qui ne concernait en rien le droit de l'Union, les juges ont assimilé la Charte à une

181. C.C., 10 juillet 2008, n° 101/2008.

182. Arrêt n° 167/2005, pt. B18.3 Dans un arrêt n° 81/2007 du 7 juin 2007, la Cour s'est référée à l'article 49, §3, de la Charte, relatif à la proportionnalité des peines par rapport à la gravité des infractions qu'elles sanctionnent. À cette occasion, la Cour a rappelé que « (s)i cette Charte n'est pas, en elle-même, juridiquement contraignante, elle traduit le principe de l'État de droit sur lequel, en vertu de l'article 6, du Traité UE, l'Union est fondée et elle constitue une illustration des droits fondamentaux que l'Union doit respecter (...) » (pt. B.9.2).

183. R.G. n° 33.738/05.

184. R.G. n° 33.316/05.

185. R.G. n° 2004/AR/1804.

nouvelle Convention européenne des droits de l'Homme, oubliant que le catalogue des droits de l'Union ne jouit pas de la même portée « absolue » que sa devancière.

(ii) Les choses n'ont guère changé *depuis l'entrée en vigueur de la Charte*, le 1^{er} décembre 2009.

On observera d'abord que les plaideurs continuent de traiter la Charte comme un instrument de protection des droits de l'homme comme les autres, et invoquent ses garanties pêle-mêle avec celles de la Convention européenne des Droits de l'Homme et d'autres conventions internationales de protection des droits fondamentaux, dans des domaines parfois très éloignés du droit de l'Union européenne¹⁸⁶. Confrontés à ces feux nourris de références aux droits de l'homme, les juges – juges du fond ou juges « suprêmes » – ne prennent généralement pas la peine de séparer le bon grain de l'ivraie et examinent *in globo* le bien-fondé du grief¹⁸⁷. Ils n'hésitent pas, du reste, à procéder eux-mêmes à de telles confusions¹⁸⁸, voire à se référer à la seule Charte dans des domaines qui ne présentent pas de lien de rattachement évident avec le droit de l'Union¹⁸⁹. Si elle se comprend eu égard à la grande proximité de contenu de ces différents instruments¹⁹⁰, l'on peut regretter une telle pratique, qui risque d'amplifier encore les malentendus relatifs au champ d'application de la Charte. En revanche, il ne paraît en rien problématique de s'appuyer sur une disposition de la Charte des droits fondamentaux pour

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

187. Voy. p. ex. C.C., 22 décembre 2011, n° 210/2011, pt. B.11 et B.12. C.C.E., 29 mai 2012, n° 81 860, pt. 3.5.4 ; C.C.E., 25 avril 2012, n° 80 102 ; C.C.E., 21 décembre 2010, n° 53 514, pt. 4.3.

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

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

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

confirmer l'existence, en droit belge, d'un principe général de droit ¹⁹¹. Si le contenu de la Charte s'inspire largement des « traditions constitutionnelles communes aux États membres », il n'y a rien d'illogique à considérer qu'en sens inverse, le *bill of rights* de l'Union européenne peut influencer le contenu de ces traditions en dehors même de son champ d'application.

Ces difficultés liées au champ d'application de la Charte sont à l'origine de plusieurs questions préjudicielles relatives à la compatibilité, avec le droit de l'Union, du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité dont il sera question plus loin. Dans un jugement du 24 juin 2010 rendu en matière fiscale, le tribunal de première instance de Liège considère ainsi que « le droit fiscal étant une atteinte au droit de propriété [garanti par l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux], l'impôt dans son ensemble entre dans le champ d'application du droit communautaire » ¹⁹². Il en déduit que les droits fondamentaux reconnus dans l'ordre juridique de l'Union s'appliquent au cas de l'espèce et qu'en vertu du principe de primauté du droit de l'Union, il doit écarter d'office toute norme contraire auxdits droits. Le juge note cependant ensuite que l'article 26, § 4, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 l'empêche de procéder à ce contrôle avant d'avoir interrogé la Cour constitutionnelle sur la conformité de la règle en cause avec les dispositions analogues de la Constitution. Il entreprend donc d'interroger la Cour de justice de l'Union sur la légalité d'un tel dispositif.

Sans surprise, la Cour de justice se déclare manifestement incompétente pour répondre à cette question, au motif que le litige au principal, « qui oppose un ressortissant belge à l'État belge à propos de la taxation d'activités exercées sur le territoire de cet État membre, ne présente aucun élément de rattachement à l'une quelconque des situations envisagées par les dispositions du traité relatives à la libre circulation des personnes, des services ou des capitaux. En outre, ledit litige ne porte pas sur l'application de mesures nationales par lesquelles l'État membre concerné mettrait en œuvre le droit de l'Union » ¹⁹³. La Cour avait rendu une ordonnance de rejet similaire quelques mois auparavant, en réponse à une question préjudicielle de même nature posée par le même tribunal dans le cadre d'un litige très comparable ¹⁹⁴. Elle réitérera encore sa position dans une troisième ordonnance, en réponse à la même question préjudicielle posée, une fois encore, par le tribunal de première instance de Liège ¹⁹⁵.

191. En ce sens, voy. Liège (6^e ch), 15 juin 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 468.

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

193. C-314/10 *Pagnoul*, 22 septembre 2011 (ord.), non encore publié au *Recueil*, pt. 24.

194. C-457/09 *Chartry*, 1^{er} mars 2011 (ord.), non encore publié au *Recueil*, pt. 25.

195. C-538/10 *Lebrun*, 22 septembre 2011 (ord.), non encore publié au *Recueil*, pt. 19.

Notons encore que des considérations du même ordre ont conduit la Cour de justice à se déclarer incompétente pour répondre à des questions préjudicielles posées par le tribunal de première instance de Namur relatives à la compatibilité, avec le « droit » à la santé publique tel que garanti par l'article 35 de la Charte, d'une législation qui taxe le tabac au lieu de l'interdire ¹⁹⁶.

Certaines juridictions sont cependant conscientes des limites du champ d'application de la Charte. À cet égard, on épinglera un arrêt du 2 mars 2012 de la Cour de cassation dans lequel la haute juridiction estime que l'article 332^{quinquies} du Code civil – relatif aux actions en recherche de paternité – ne saurait être déclaré contraire aux articles 3 et 24 de la Charte des droits fondamentaux dès lors qu'il ne met pas en œuvre le droit de l'Union ¹⁹⁷. De même, évoluant dans la zone grise du champ d'application de la Charte, le Conseil du Contentieux des Etrangers a pu juger qu'une ressortissante congolaise, ascendante d'un citoyen belge, ne pouvait utilement invoquer l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux au motif que ledit citoyen n'avait pas exercé son droit à la libre circulation ¹⁹⁸. On notera enfin le souci de la Cour d'appel de Bruxelles de justifier la nécessité de contrôler la compatibilité de l'article 75 de la Loi sur la protection de la concurrence économique avec la Charte des droits fondamentaux par le fait que l'Auditorat visé par cette disposition applique non seulement le droit belge, mais aussi le droit européen de la concurrence ¹⁹⁹.

Sur le fond, il ne semble pas que les références à la Charte aient jusqu'ici abouti à « faire bouger les lignes » jurisprudentielles dans quelque matière que ce soit. Il est au demeurant très rare que les juridictions belges se penchent en détail sur le contenu ou la portée des droits garantis par la Charte.

À titre d'exception notable, l'on épinglera l'arrêt précité de la Cour de cassation dans lequel cette dernière, avant de conclure à l'inapplicabilité de la Charte aux faits de l'espèce, déclare que les articles 3 (droit à la dignité humaine) et 24, §§ 2 et 3 (droits de l'enfant), de la Charte sont dépourvus d'effet direct. La Cour considère à cet égard qu'« [a]ucune de ces dispositions n'est, en soi, suffisamment précise et complète pour avoir un effet direct dès

196. C-267/10 et C-268/10 *Rossius*, 23 mai 2011 (ord.), non encore publié au *Recueil*.

197. Cass., 2 mars 2012, C.10.0685.F/33. On notera au passage que ce type de législation n'est pas nécessairement sans lien avec le droit de l'Union, notamment lorsqu'elle trouve à s'appliquer en matière de coopération judiciaire civile entre États membres : voy. C-400/100 *J. McB.*, 5 octobre 2010, non encore publié au *Recueil*.

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

199. Bruxelles, 6 avril 2011, R.G. n° 2011/MR/3, pt. 40.

lors qu'elles laissent à l'État plusieurs possibilités de satisfaire aux exigences de l'intérêt de l'enfant. Elles ne peuvent servir de source de droits subjectifs et d'obligations dans le chef des particuliers. Elles permettent notamment à l'État et aux autorités contractantes de déterminer au mieux les intérêts de l'enfant dans le cadre des modalités d'établissement de la filiation biologique. Les articles 318, 331^{nonies} et 332 du Code civil contiennent une réglementation qui protège les intérêts des enfants. Il n'appartient pas au juge d'écarter la protection des intérêts de l'enfant imposée par le législateur au profit d'une appréciation personnelle qu'il considère comme plus appropriée ».

La position de la Cour de cassation n'emporte guère la conviction. Une chose est en effet de constater que la mise en œuvre du droit à la dignité humaine et des droits de l'enfant ménage, dans le chef du législateur, une large marge d'appréciation soustraite au pouvoir de contrôle du juge. Une (tout) autre est de considérer que ces droits n'ont pas d'effet direct, avec pour conséquence que le juge n'est *jamais* compétent pour constater leur violation, fût-ce par le biais d'un contrôle marginal. On regrettera par ailleurs la confusion opérée entre la question de l'effet direct d'une norme et celle de son applicabilité directe *horizontale* (c'est-à-dire son opposabilité à des particuliers).

2. La question prioritaire de constitutionnalité

Depuis l'arrêt *Le Ski* du 27 mai 1971²⁰⁰, il est admis qu'en cas de conflit entre une norme de droit interne et une norme internationale dotée d'effet direct, la seconde doit prévaloir sur la première²⁰¹, de sorte que le juge est tenu d'écarter l'application de la norme interne contraire dans le cadre du règlement du litige dont il est saisi. La primauté dont question, et le devoir corrélatif d'éviction, furent admis de longue date lorsque la norme interne contraire s'identifie à un acte de nature législative – et *a fortiori* à un acte de rang infralégislatif ; depuis 2004, la Cour de cassation en a étendu l'application à la norme constitutionnelle elle-même²⁰².

200. Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 886.

201. À tout le moins si cette dernière est moins protectrice des droits et libertés en cause ; dans le cas contraire en effet, la norme interne – la « clause la plus favorable » – doit être préférée. Voy. Cass., 20 janvier 1989, *Pas.*, 1989, p. 545. Sur ce thème, voy. O. DE SCHUTTER et S. VAN DROOGHENBROECK, *Droit international des droits de l'Homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 1999, pp. 89 et s.

202. Cass., 2 juin 2003, 9 novembre 1994 et 16 novembre 2004. Ces trois arrêts sont publiés à la *R.C.J.B.*, 2007, pp. 24 et s., avec les observations de M. MAHIEU et J. VAN MEERBEECK, « Traité international et Constitution nationale ».

Les dispositions de la Charte des droits fondamentaux dotées d'effet direct²⁰³ – à tout le moins lorsque celle-ci est « invocable » selon les principes qui viennent d'être rappelés – forment un nouveau point d'appui pour ce contrôle du droit interne au regard du droit international. Au nom de sa contrariété avec l'une de ces dispositions, une loi, un décret ou une ordonnance devrait voir son application refusée par n'importe quel juge, judiciaire ou administratif.

Pareil contrôle de conformité « diffus » s'est trouvé mis en concurrence, lors de la mise en place de la Cour constitutionnelle et par le truchement des extensions successives des compétences de celle-ci, avec un contrôle de constitutionnalité « centralisé ». À ladite Cour et à elle seule²⁰⁴, il revient de contrôler la compatibilité des lois, décrets et ordonnances avec les droits et libertés garantis par le titre II de la Constitution ainsi que par les articles 170, 172 et 191 de celle-ci, et ce, par voie de recours en annulation ou par voie préjudicielle. Tout juge devant lequel est soulevée pareille question à l'occasion d'un litige dont il est saisi, est tenu de la soumettre à la Cour constitutionnelle. À cette obligation, il existe des exceptions à géométrie variable : avant la réforme du 12 juillet 2009, elles étaient limitativement contenues aux paragraphes 2 et 3 de l'article 26 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle.

Dans la pratique, la Cour constitutionnelle s'abstient d'exercer un contrôle de constitutionnalité « pur », s'efforçant au contraire d'interpréter et d'enrichir les dispositions constitutionnelles dont elle a la garde à la lumière des dispositions internationales qui leur correspondent, et, le cas échéant, de la jurisprudence des organes chargés d'en assurer le respect.

Les données juridiques rappelées ci-dessus sont bien connues²⁰⁵. Non moins connue est la difficulté à laquelle leur mise en œuvre concrète a donné lieu. Qu'arrive-t-il en effet lorsque devant un juge est soulevée la question de la compatibilité d'un acte législatif avec un droit fondamental concurrentement garanti par une norme internationale ou européenne dotée d'effet

203. Sur le statut de « principes » au sein de la Charte, voy. *supra*, n^{os} 14 et 23.

204. Voy. l'article 142 de la constitution *juncto* les articles 1^{er} et 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

205. Voy., pour une analyse approfondie, J. VELAERS, « Samenloop van grondrechten : het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen », *T.B.P.*, 2005, n^o 4/5, *Twintig jaar rechtsspraak van het Arbitragehof*, pp. 297 et s. La question se posait déjà en matière de répartition des compétences, notamment au regard de l'union économique et monétaire. Voy. à cet égard X. DELGRANGE et P. VAN YPERSELE, « Le juge du fond, la Cour d'arbitrage et la Cour de justice », observations sous C.J.C.E., arrêt du 9 août 1994, *Lancry*, C-363/93 et C-407 à 411/93, *Rev. b. dr. const.*, 1995/4, pp. 403-431.

direct et par une norme constitutionnelle confiée à la garde de la Cour du même nom ? À quel contrôle convient-il d'accorder la priorité ? Le contrôle de conformité au droit international, que le juge saisi est en mesure d'exercer lui-même, ou le contrôle de constitutionnalité, monopole de la seule Cour constitutionnelle saisie à titre préjudiciel ?

Jusqu'en 2004, Cour de cassation et Conseil d'État avaient semblé opter pour la seconde branche de l'alternative²⁰⁶, et donner ainsi priorité au renvoi préjudiciel devant la Cour constitutionnelle. Ce *modus vivendi* relativement paisible fut cependant rompu par quelques arrêts retentissants²⁰⁷ dans lesquels la Cour de cassation privilégia le contrôle de conformité au droit international et, constatant que le titre II de la Constitution n'offrait pas de protection plus étendue que la disposition conventionnelle en cause, s'abstint purement et simplement de renvoyer à la Cour constitutionnelle les questions préjudicielles soulevées par le pourvoi.

Une solution de compromis fut trouvée pour éviter une « guerre des juges », solution censée ménager les prérogatives des uns et des autres tout en en assurant la coordination. Cette solution, secrétée à l'occasion d'un symposium réunissant les trois cours suprêmes belges²⁰⁸, fit l'objet d'une modification de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle par une loi spéciale du 12 juillet 2009²⁰⁹. Elle consiste, en substance, à ménager la priorité du contrôle de constitutionnalité en cas de concours de droits fondamentaux, tout en assortissant l'obligation de renvoi devant la Cour constitutionnelle d'une série d'exceptions qui visent à préserver les impératifs de l'économie de procédure.

En l'occurrence, fut adjoint à l'article 26 de la loi spéciale précitée un quatrième paragraphe libellé comme suit :

« § 4 Lorsqu'il est invoqué devant une juridiction qu'une loi, un décret ou une règle visée à l'article 134 de la Constitution viole un droit fondamental garanti de manière totalement ou partiellement analogue par une disposition du titre II de la Constitution ainsi que par une disposition de droit

206. Voy. P. POPELIER, « Prejudiciële vragen bij samenloop van grondrechten. Prioriteit voor bescherming van grondrechten of voor bescherming van de wet ? », *R.W.*, 2009-2010, pp. 50-51 et réf. citées.

207. Voy. Cass., 9 novembre 2004, P. 04.0849 N ; Cass., 16 novembre 2004, P. 04.1127.N. Plus tardivement, voy. Cass., 28 mars 2007, P. 07.0031.F.

208. Voy. en effet J. VELAERS *et al.*, « Le contrôle des lois, décrets et ordonnances au regard du titre II de la Constitution et des conventions internationales relatives aux droits de l'Homme, en cas de concours de droits fondamentaux », A. ARTS *e.a.* (dir.), *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le pouvoir judiciaire et le Conseil d'État*, Bruges, La Charte, 2005, pp. 101 et s.

209. *M.B.*, 31 juillet 2009.



européen ou de droit international, la juridiction est tenue de poser d'abord à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle sur la compatibilité avec la disposition du titre II de la Constitution.

Par dérogation à l'alinéa 1^{er}, l'obligation de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle ne s'applique pas :

1° dans les cas visés aux paragraphes 2 et 3 ;

2° lorsque la juridiction estime que la disposition du titre II de la Constitution n'est manifestement pas violée ;

3° lorsque la juridiction estime qu'un arrêt d'une juridiction internationale fait apparaître que la disposition de droit européen ou de droit international est manifestement violée ;

4° lorsque la juridiction estime qu'un arrêt de la Cour constitutionnelle fait apparaître que la disposition du titre II de la Constitution est manifestement violée ».

D'innombrables pages – approbatives, sceptiques ou franchement critiques – ont d'ores et déjà été écrites sur le dispositif ainsi mis en place²¹⁰. Nous nous contenterons, pour notre part, d'épingler une difficulté relative à la détermination de son hypothèse d'application (i), avant d'examiner sa conformité avec le principe de primauté du droit de l'Union européenne qui se dégage de la jurisprudence de la Cour de justice (ii).

(i) Le concours de droits fondamentaux, générateur de la priorité réservée au contrôle de constitutionnalité, survient, selon les termes mêmes de l'alinéa premier, lorsque l'acte législatif querellé est soupçonné de violer un droit fondamental « garanti de manière totalement ou partiellement analogue » par le titre II de la Constitution ainsi que par une disposition de droit européen ou de droit international. Les travaux préparatoires de la loi du 12 juillet 2009

210. Voy., outre les références citées plus ponctuellement ci-après, C. HOREVOETS, « L'article 26 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage est-il voué à une perpétuelle mutation ? », *Itinéraires d'un constitutionnaliste. En hommage à F. Delpérée*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 631 et s. ; M. TRAEST, « Samenloop van grondrechten. Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof », *N.J.W.*, 2010, pp. 130 et s. ; F. DELPÉRÉE, « Un exemple de dialogue constitutionnel. La question préjudicielle et la question prioritaire », *Mélanges offerts à Michel Melchior*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 757 et s. ; J. VELAERS, « Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscollège bij samenloop van grondrechten », *T.B.P.*, 2010, pp. 387 et s. ; P. POPELIER, « Prejudiciële vragen bij samenloop van grondrechten. Prioriteit voor bescherming van gronrechten of voor bescherming van de wet ? », *R.W.*, 2009-2010, pp. 649 et s. ; M.-F. RIGAUX, « Le contentieux préjudiciel et la protection des droits fondamentaux : vers un renforcement du monopole du contrôle de constitutionnalité de la Cour constitutionnelle », *J.T.*, 2009, pp. 649 et s. ; M. LEROY, « Le concours d'irrégularités d'un acte législatif : hésitations et incertitudes du droit belge », *A.P.T.*, 2009, pp. 259 et s.





ont rallié²¹¹, sur ce point, les définitions données aux termes mis en exergue à l'occasion du symposium précité : « Un droit fondamental totalement analogue est un droit fondamental possédant un champ d'application égal, une portée égale et des conditions de restrictions égales (par exemple l'interdiction de discrimination de l'article 10 de la Constitution et de l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques). Un droit fondamental partiellement analogue est un droit ayant une portée partiellement égale mais un champ d'application différent (par exemple, l'interdiction de discrimination de l'article 10 de la Constitution et de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme) ou une portée (partiellement) égale mais avec des conditions de restriction différentes (par exemple, la liberté d'expression de l'article 19 de la Constitution et de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme) »²¹².

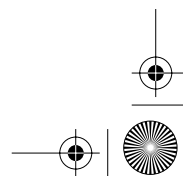
Toute la question est cependant de savoir jusqu'où il faudra mener l'investigation pour conclure semblablement à la disponibilité, au sein du titre II, d'une protection « totalement ou partiellement » analogue des droits fondamentaux garantis par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Faudra-t-il en fixer la limite à l'existence d'une « trace textuelle », si vague soit-elle, au sein du prescrit constitutionnel, ou faudra-t-il aller au-delà, et prendre en compte les interprétations jurisprudentielles extrêmement constructives qui furent données – parfois très discrètement – aux textes les plus vieillis de notre Loi fondamentale ? Un exemple illustre la difficulté²¹³. L'article 16 de la Charte consacre la liberté d'entreprise. Cette liberté ne reçoit aucune garantie textuelle dans le titre II de la Constitution ; non sans que cela ait été déploré par une certaine doctrine²¹⁴, le Constituant n'a pas entendu combler cette lacune, en 1994, lorsqu'il a inséré des droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution (article 23). Toutefois, la Cour constitutionnelle, dans un arrêt 100/2001 du 13 juillet 2001, semble avoir extrait la liberté susdite d'entre les lignes de l'article 12, al. 1^{er}, de la Constitution, aux

211. Voy. J. VELAERS, « Artikel 26, § 4.... », *op. cit.*, p. 392.

212. J. VELAERS *et al.*, « Le contrôle des lois... », *op. cit.*, p. 127.

213. Pour un exposé systématique des correspondances et non-correspondances existant entre le titre II de la Constitution et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, voy. *Les droits fondamentaux garantis par la Constitution au regard des instruments internationaux de protection des droits fondamentaux*, Rapport fait au nom du groupe de travail chargé de l'examen du titre II de la Constitution par D. GEERTS, *Doc. parl.*, Chambre, Doc 51, 2867/001.

214. Voy. P. MARTENS, « L'insertion des droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution », *R.B.D.C.*, 1995, pp. 13-14. Dans un arrêt 151/2010 du 22 décembre 2010, la Cour constitutionnelle a expressément laissé ouverte la question de savoir si la liberté de commerce et d'industrie pouvait être considérée comme implicitement incluse parmi les droits garantis par l'article 23 de la Constitution (pt. B.8).



termes duquel « La liberté individuelle est garantie ». On ne se cache point qu'une telle interprétation est particulièrement généreuse. Sa seule existence suffit-elle néanmoins à constituer la « protection totalement ou partiellement analogue » visée par l'article 26, § 4 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 ? Il y a là matière à discussion, et sans doute aussi, à controverse.

(ii) En consacrant la priorité du contrôle centralisé de constitutionnalité sur le contrôle diffus de conformité au droit international (des droits de l'homme), l'article 26, § 4, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 viole-t-il le principe de primauté du droit de l'Union européenne ?

Depuis son célèbre arrêt *Simmenthal*, la Cour de justice estime que le juge national a l'obligation d'assurer le plein effet des normes du droit de l'Union en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel²¹⁵. Selon le juge de Luxembourg en effet, serait incompatible avec les exigences inhérentes à la nature même du droit de l'Union, toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique, législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit de l'Union par le fait de refuser au juge compétent pour appliquer ce droit le pouvoir de faire, au moment même de cette application, tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle à la pleine efficacité des normes de l'Union²¹⁶. Tel serait le cas si, dans l'hypothèse d'une contrariété entre une disposition du droit de l'Union et une loi nationale, la solution de ce conflit était réservée à une autorité autre que le juge appelé à assurer l'application du droit de l'Union, investie d'un pouvoir d'appréciation propre, « même si l'obstacle en résultant ainsi pour la pleine efficacité de ce droit n'était que temporaire »²¹⁷.

Par ailleurs, la Cour de Luxembourg estime, depuis son arrêt *Rheinmühlen-Düsseldorf* de 1974²¹⁸, que les juridictions nationales ont la faculté la plus étendue de saisir la Cour si elles considèrent qu'une affaire pendante devant elles soulève des questions comportant une interprétation ou une appréciation en validité des dispositions du droit de l'Union nécessitant une décision de leur

215. Voir, notamment, aff. 106/77 *Simmenthal*, 9 mars 1978, *Rec.*, p. 629, pts 21 et 24 ; C-187/00 *Kutz-Bauer*, 20 mars 2003, *Rec.* p. I-2741, pt. 73 ; C-387/02, C-391/02 et C-403/02 *Berlusconi e.a.*, 3 mai 2005, *Rec.*, p. I-3565, pt. 72, C-314/08 *Filipiak*, 19 novembre 2009, *Rec.*, p. I-11049, pt. 81.

216. Voir arrêts *Simmenthal*, précité, point 22, ainsi que C-213/89 *Factortame e.a.*, 19 juin 1990, *Rec.*, p. I-2433, pt. 20.

217. Voir, en ce sens, arrêt *Simmenthal*, précité, pt. 23.

218. Aff. 166/73, 16 janvier 1974, *Rec.*, p. 33.



part²¹⁹. Selon un arrêt *Mecanarte*, une juridiction nationale saisie d'un litige concernant le droit de l'Union, qui considère qu'une disposition nationale est non seulement contraire au droit de l'Union, mais également affectée de vices d'inconstitutionnalité, n'est pas privée de la faculté ou dispensée de l'obligation, prévues à l'article 267 TFUE, de saisir la Cour de justice de questions concernant l'interprétation ou la validité du droit de l'Union du fait que la constatation de l'inconstitutionnalité d'une règle du droit interne est soumise à un recours obligatoire devant la cour constitutionnelle. En effet, énonce l'arrêt, l'efficacité du droit de l'Union se trouverait menacée si l'existence d'un recours obligatoire devant la cour constitutionnelle pouvait empêcher le juge national, saisi d'un litige régi par le droit de l'Union, d'exercer la faculté qui lui est attribuée par l'article 267 TFUE de soumettre à la Cour de justice les questions portant sur l'interprétation ou sur la validité du droit de l'Union, afin de lui permettre de juger si une règle nationale est ou non compatible avec celui-ci²²⁰.

Réunie en Assemblée générale, la section de législation du Conseil d'État a estimé que la réforme du 12 juillet 2009, alors en gestation, n'était pas incompatible avec les exigences européennes qui viennent d'être rappelées²²¹. Son analyse fut visiblement ralliée par le législateur spécial, mais divisa profondément la doctrine : dans le chef de certains auteurs, de sérieux doutes subsistaient²²².

Ces doutes ont percolé jusque dans les prétoires. Dans des jugements des 29 octobre 2009²²³, 24 juin 2010²²⁴ et 9 novembre 2010²²⁵, le tribunal de

219. Voir, notamment, aff. 166/73 *Rheinmühlen-Düsseldorf*, 16 janvier 1974, *Rec.* p. 33, pt. 3 ; C-348/89 *Mecanarte*, 27 juin 1991, *Rec.*, p. I-3277, pt. 44 ; C-210/06 *Cartesio*, 16 décembre 2008, *Rec.*, p. I-9641, pt. 88.

220. Voir arrêt *Mecanarte*, précité, pts 39, 45 et 46.

221. Avis 45.905/AG du 3 mars 2009, *Doc. parl.*, Chambre, 2007-08, n° 1283/2.

222. M. LEROY, « Le concours d'irrégularités d'un acte législatif : hésitations et incertitudes du droit belge », *A.P.T.*, 2009/4, pp. 264 et s. ; E. SLAUTSKY, « De la hiérarchie entre Constitution et droit international. Réflexions au départ de l'arrêt de la Cour de cassation du 16 novembre 2004 », *A.P.T.*, 2009, p. 235 ; P. VAN NUFFEL, « Prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie : leidraad voor de rechtspraak na het Verdrag van Lissabon », *R.W.*, 2009-2010, pp. 1169-1172.

223. C-457/09 *Chartry*, 1^{er} mars 2011 (ord.), non encore publié au *Recueil*. La question préjudicielle est pareillement libellée : « L'article 6 du traité sur l'Union européenne signé à Maastricht le 7 février 1992, entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993, ainsi que l'article 234 du traité instituant la Communauté européenne s'opposent-ils à ce qu'une loi nationale, telle celle du 12 juillet 2009 modifiant l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, impose un recours préalable devant la Cour constitutionnelle au juge national qui constate qu'un citoyen contribuable est privé de la protection juridictionnelle effective garantie par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, intégré dans le droit communautaire, par une autre loi nationale, soit l'article 49 de la loi-programme du 9 juillet 2004, sans que ce juge puisse assurer immédiatement l'applicabilité directe du droit



première instance de Liège décida de soumettre en substance, à la Cour de justice, la question de la compatibilité du nouvel article 26, § 4, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 avec les exigences du droit de l'Union. Une telle initiative fut également prise par le tribunal de première instance de Namur, statuant par jugements des 10 mars ²²⁶ et 17 novembre 2010 ²²⁷.

Ces questions préjudicielles se sont toutes soldées par un constat d'incompétence de la Cour de justice. Dans les cinq cas en effet, la question intervenait dans un litige ne donnant *pas* lieu à un concours de droits fondamentaux. Comme indiqué plus haut s'agissant des trois affaires « liégeoises », les droits fondamentaux garantis par l'Union européenne ne trouvaient pas à s'appliquer dès lors que les faits de l'espèce ne présentaient pas de lien de rattachement avec le droit de l'Union.

Avant de conclure à son incompétence pour répondre à la question, la Cour de justice s'est toutefois employée à donner aux juridictions nationales certains éléments de réponse dans ses ordonnances *Chartry*, *Lebrun* et *Castiaux* précitées. S'appuyant sur l'arrêt *Melki* rendu quelques mois plus tôt à propos du dispositif *français* de question prioritaire de constitutionnalité ²²⁸, la Cour a

communautaire au litige qui lui est soumis et puisse encore exercer un contrôle de conventionnalité lorsque la Cour constitutionnelle a reconnu la compatibilité de la loi nationale avec les droits fondamentaux garantis par le titre II de la Constitution ? ».

- 224. Civ. Liège (24^e ch.), 24 juin 2010, *R.G.C.F.*, 2010, p. 327-333 ; C-314/10 *Pagnoul*, 22 septembre 2011 (ord.), non encore publiée au *Recueil*.
- 225. C-538/10 *Lebrun*, 22 septembre 2011 (ord.), non encore publiée au *Recueil*.
- 226. C-432/11 *Cartiaux Service Plus*, 9 novembre 2011, ordonnance de radiation.
- 227. C-622/10 et C-623/10, *Paquot*, 7 juin 2011, ordonnance de radiation.
- 228. C-188/10 et C-169/10 *Melki et Abdeli*, 22 juin 2010, *Rec.*, p. I-5667. À propos de cet arrêt, voy. notamment P. GILLIAUX, « Constitutionnalité et conformité au droit de l'Union. Question de priorité », *J.D.E.*, novembre 2010, pp. 269-275 ; A. IANNIELLO SALICETI, « Constitution et primauté : un bilan jusqu'à l'arrêt 'Melki et Abdeli' », *R.D.U.E.*, 3/2010, pp. 583-624 ; J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit européen. La porte étroite », *R.T.D.E.*, n° 46, juillet-sept. 2010, pp. 577-587 ; Ph. MANIN, « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne, un bilan provisoire », *A.J.D.A.*, 22 novembre 2010, pp. 2188-2196 ; D. SARMIENTO, « L'arrêt Melki : esquisse d'un dialogue des juges constitutionnels et européens sur toile de fond française », *R.T.D.E.*, n° 46, juillet-sept. 2010, pp. 588-598 ; D. SIMON et A. RIGAUX, « Le feuilleton de la question prioritaire de constitutionnalité : Drôle de drame, Quai des brumes, Le jour se lève ? », *Europe*, juin 2010, pp. 1-2 ; D. SIMON et A. RIGAUX, « Solange, le mot magique du dialogue des juges... », *Europe*, juillet 2010, pp. 1-2 ; D. SIMON et A. RIGAUX, « Perseverare autem diabolicum ? La Cour de cassation refuse de donner effet à la question prioritaire de constitutionnalité... », *Europe*, août-septembre 2010, pp. 1-2 ; J. VELAERS, « « Het arrest Melki-Abdeli van het Hof van Justitie van de Europese Unie : een voorwaardelijk 'fiat' voor de voorrang van de toetsing aan de Grondwet op de toetsing aan de internationaal en Europees recht », *op. cit.* ; W. VERRIJDT, « Should the EU Effectiveness Principle be Applied to Judge National Constitutional Review Procedure ? », *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'Homme. Liber amicorum M. Melchior*, Anthemis, Limal, 2010, pp. 547-557.

ainsi affirmé que « le juge national [doit être] libre de saisir, à tout moment de la procédure qu'il juge approprié, la Cour de justice de toute question qu'il juge nécessaire » et que « l'article 234 CE [aujourd'hui 267 TFUE] s'oppose à une législation d'un État membre qui instaure une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité des lois nationales, pour autant que le caractère prioritaire de cette procédure a pour conséquence d'empêcher, tant avant la transmission d'une question de constitutionnalité à la juridiction nationale chargée d'exercer le contrôle de constitutionnalité des lois que, le cas échéant, après la décision de cette juridiction sur ladite question, toutes les autres juridictions nationales d'exercer leur faculté ou de satisfaire à leur obligation de saisir la Cour de questions préjudicielles »²²⁹.

Ces éléments de réponse indiquent la seule voie à suivre pour appliquer l'article 26, § 4, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 d'une manière conforme au droit de l'Union européenne.

D'une part, il faut que le juge *a quo* reste libre d'interroger la Cour de justice *avant* même de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle. Moyennant une interprétation conciliante, l'octroi d'une telle liberté au juge ne paraît pas nécessairement incompatible avec le libellé de l'article 26, § 4, de la loi spéciale²³⁰. Toute difficulté résiduaire n'en est pas évacuée pour autant.

Une première question se pose : à supposer qu'il résulte de la réponse luxembourgeoise – en validité ou en interprétation – que la loi incriminée est effectivement contraire au droit de l'Union, le juge administratif ou judiciaire *a quo* doit-il encore attendre que la Cour constitutionnelle ait résolu la question de constitutionnalité pour trancher le litige dont il est saisi en refusant d'y appliquer la loi scélérate, conformément aux principes de l'arrêt *Le ski* ? En cas de réponse négative, l' impatient juge administratif ou judiciaire *a quo* octroierait bel et bien, et au-delà de l'interprétation conciliante ci-avant suggérée, une priorité au *contrôle* de conformité au droit international par rapport au *contrôle* de constitutionnalité²³¹. Si une telle priorité peut sembler difficilement conciliable avec l'article 30 de la loi spéciale du 6 janvier 1989²³², force

229. C-457/09 *Chartry*, 1^{er} mars 2011 (ord.), non encore publié au *Recueil*, pts 19-20 ; C-314/10 *Pagnoul*, 22 septembre 2011 (ord.), non encore publiée au *Recueil*, pt. 21 ; C-538/10 *Lebrun*, 22 septembre 2011 (ord.), non encore publiée au *Recueil*, pt. 16.

230. Voy. J. VELAERS, « Het arrest... », *op. cit.*, n° 31.

231. Voy. semble-t-il, dans le sens d'une telle possibilité, P. GILLIAUX, « Constitutionnalité.... », p. 273.

232. Celui-ci dispose « la décision de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle suspend la procédure et les délais de procédure et de prescription depuis la date de cette décision jusqu'à celle à laquelle l'arrêt de la Cour constitutionnelle est notifié à la juridiction qui a posé la question préjudicielle ».

est d'observer qu'elle ne heurte pas fondamentalement l'« esprit » de la réforme du 12 juillet 2009. Rappelons en effet qu'aux termes de l'article 26, § 4, al. 2, 3^o, nouveau de la loi spéciale du 6 janvier 1989, l'incompatibilité de l'acte législatif litigieux avec les exigences du droit international ou européen, lorsqu'elle est attestée par un « arrêt d'une juridiction internationale », rend inutile tout contrôle parallèle de constitutionnalité du même acte législatif. Dès lors, si l'esprit du système mis en place par la réforme du 12 juillet 2009 confesse explicitement l'inutilité d'une telle prolongation, celle-ci n'apparaît-elle pas injustifiable au regard de l'impératif du délai raisonnable porté par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme et l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ?

La seconde « difficulté résiduaire » concerne les mesures nationales qui se limitent à transposer les dispositions impératives d'une directive. Le juge national peut-il interroger en priorité la Cour constitutionnelle sur la compatibilité de telles mesures avec les droits garantis par la Constitution, privant par-là la Cour de justice de la possibilité de contrôler d'abord la validité de la directive elle-même au regard des droits fondamentaux ? Dans son arrêt *Melki*, la Cour a rappelé à cet égard l'obligation des juridictions de dernière instance de l'interroger sur la validité de semblable directive « avant que le contrôle incident de constitutionnalité (...) puisse s'effectuer par rapport aux mêmes motifs mettant en cause la validité de la directive ». En effet, poursuit la Cour, « la question de savoir si la directive est valide revêt, eu égard à l'obligation de transposition de celle-ci, un caractère préalable ».

La Cour cherche ainsi à éviter que des juridictions constitutionnelles puissent, par le biais du contrôle de mesures de transposition de droit dérivé, exercer *de facto* un contrôle de constitutionnalité du droit de l'Union. De manière indirecte mais néanmoins certaine, l'arrêt *Melki* réaffirme donc le principe de la primauté du droit de l'Union sur les constitutions nationales. Cette réaffirmation n'a rien d'étonnant de la part du juge luxembourgeois. Sa réception et sa mise en œuvre dans l'ordre juridique belge n'en demeure pas moins malaisée, comme en témoignent les prises de position contradictoires du juge constitutionnel sur les rapports entre la Constitution et le droit de l'Union²³³. En tout état de cause, la Cour constitutionnelle semble avoir pris bonne note des inquiétudes de la Cour de justice. S'appuyant sur l'arrêt *Melki*, elle a en effet jugé, dans un arrêt du 19 avril 2012, que « lorsque la Cour constitutionnelle est saisie d'une question préjudicielle l'interrogeant sur la compatibilité avec les articles 10 et 11 de la Constitution d'une disposition législative

233. Comp. C.C., 21 janvier 2009, n° 11/2009, et C.C., 12 février 2009, n° 17/2009.

transposant les dispositions impératives d'une directive dont la compatibilité avec le principe général d'égalité est mise en cause, il appartient à la Cour de justice de se prononcer préalablement sur la conformité de cette directive au principe général d'égalité reconnu par le droit de l'Union européenne ». Forte de ce constat, la Cour constitutionnelle a sursis à statuer et posé une question préjudicielle à la Cour de justice.

D'autre part, la jurisprudence de la Cour de justice exige que le juge *a quo* demeure en mesure de l'interroger même *après* avoir reçu, de la Cour constitutionnelle, une réponse à sa question préjudicielle. La principale hypothèse visée ici semble être celle d'une mesure nationale qui aurait été blanchie par la Cour constitutionnelle, mais dont la conformité aux droits fondamentaux tels que garantis par l'Union européenne demeurerait douteuse aux yeux du juge *a quo*. La Cour confirme ici une jurisprudence bien établie, qui veut que le juge du fond reste en mesure de confier ses doutes à la Cour de justice par le biais du mécanisme préjudiciel.

Le problème vient de ce que le juge constitutionnel belge s'est rarement contenté d'opérer des contrôles de constitutionnalité « pure » des lois, décrets ou ordonnances déferés à sa censure, que ce soit par la voie d'un recours en annulation ou par le biais de questions préjudicielles. Dès ses tous premiers arrêts, il s'est estimé compétent pour contrôler la compatibilité des actes législatifs précités au regard des articles 10 et 11 de la Constitution *combinés* avec l'une ou l'autre norme de droit international ou européen²³⁴. Dans un premier temps, l'éligibilité au « contrôle combiné » fut limitée aux normes dotées d'un effet direct. Depuis un arrêt 106/2003 du 22 juillet 2003, cette réserve fut abandonnée²³⁵. Les dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, à condition que leur applicabilité soit vérifiée, peuvent donc sans difficulté être mobilisées dans le cadre de ce « contrôle combiné ».

Parallèlement, et depuis 2004, la Cour a pris le parti systématique d'interpréter les dispositions du titre II de la Constitution dont elle a la garde

234. Voy. C.C., 23 mai 1990, n° 18/90, pt. B.11.3 : « Parmi les droits et libertés garantis aux Belges par l'article (11) de la Constitution figurent bien les droits et libertés résultant de dispositions conventionnelles internationales liant la Belgique et rendues applicables dans l'ordre juridique interne par un acte d'assentiment. Il en est ainsi à tout le moins des droits et libertés résultant de dispositions ayant effet direct, ce qui est le cas de l'article 11 de la Convention (européenne des droits de l'Homme) ».

235. C.C., 22 juillet 2003, n° 106/2003, pt. B. 4.2 : « Compétente pour apprécier si une norme législative viole les articles 10 et 11 de la Constitution, la Cour doit, lorsqu'elle est interrogée sur une violation de ces dispositions combinées avec une convention internationale, non pas examiner si celle-ci a effet direct dans l'ordre interne, mais apprécier si le législateur n'a pas méconnu de manière discriminatoire les engagements internationaux de la Belgique ».

à la lumière des dispositions homologues contenues dans l'un ou l'autre instrument de protection des droits de l'Homme²³⁶. Par ce biais également, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne fait son entrée dans les raisonnements de la Place royale.

Dès l'abord, s'est posée la question de savoir si l'autorité de la chose jugée dont bénéficient les arrêts de la Cour (article 9 et 28 de la loi spéciale du 6 janvier 1989) va jusqu'à s'étendre à l'interprétation donnée par celle-ci aux dispositions internationales et européennes qu'elle mobilise si généreusement dans ses contrôles de constitutionnalité « métissés ». Dans l'affirmative, il faut en conclure que tout autre juge se voit empêché de remettre en cause, au nom d'une prétendue contrariété avec l'une des dispositions susdites, la validité d'un acte législatif préalablement « blanchi » par la Cour constitutionnelle. Dans la négative, il faut tout au contraire en déduire que n'importe quel juge administratif ou judiciaire demeure libre de s'écarter de l'interprétation d'une norme européenne ou internationale retenue par la Cour constitutionnelle, aux fins d'affirmer l'inconventionnalité d'un acte législatif dont cette dernière aurait pourtant, préalablement, certifié la constitutionnalité.

Certains commentateurs ont cru apercevoir, en creux de l'article 26, § 4, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 et de la priorité du contrôle de constitutionnalité qu'il organise, la consécration certaine de la première thèse²³⁷ : l'interprétation donnée par le juge constitutionnel aux dispositions internationales et européennes que mobilise son contrôle « métissé », lient le juge *a quo*. Celui-ci ne pourrait donc plus s'appuyer sur ces mêmes dispositions pour refuser l'application de la loi, du décret ou de l'ordonnance dont la constitutionnalité a été

236. Depuis 2004, la rengaine est bien connue : « En vertu de l'article 26, § 1^{er}, 3^o, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, modifié par la loi spéciale du 9 mars 2003, la Cour est compétente pour contrôler les normes législatives, par voie de décision préjudicielle, au regard des articles du titre II 'Des Belges et de leurs droits' et des articles 170, 172 et 191 de la Constitution. Toutefois, lorsqu'une disposition conventionnelle liant la Belgique a une portée analogue à une ou plusieurs des dispositions constitutionnelles précitées, les garanties consacrées par cette disposition conventionnelle constituent un ensemble indissociable avec les garanties inscrites dans les dispositions constitutionnelles en cause. Par ailleurs, la violation d'un droit fondamental constitue *ipso facto* une violation du principe d'égalité et de non-discrimination. Il s'ensuit que, lorsqu'est alléguée la violation d'une disposition du titre II ou des articles 170, 172 ou 191 de la Constitution, la Cour tient compte, dans son examen, des dispositions de droit international qui garantissent des droits ou libertés analogues » (C.C., 22 juillet 2004, n° 136/2004, pt. B.5.2 à B.5.4).

237. Voy., semble-t-il, M.-F. RIGAUX, « Le contentieux préjudiciel... », *op. cit.*, p. 649 : « (...) la Cour constitutionnelle aura (...) le monopole de l'interprétation des règles de nature législative au regard des droits fondamentaux garantis de manière conjointe voire concurrente par une règle constitutionnelle interne et par une règle de droit concurrente ».



préalablement certifiée. Cette interprétation ne fait toutefois pas, tant s'en faut, l'unanimité doctrinale²³⁸ ; elle fut au demeurant explicitement battue en brèche par la Section du contentieux administratif du Conseil d'État, à l'occasion d'un arrêt admirablement motivé du 2 juillet 2010²³⁹. Lues à la lumière de l'arrêt *Melki*, les ordonnances *Chartry*, *Lebrun*, et *Pagnoul* de la Cour de justice ont sans doute infligé le coup de grâce à cette interprétation. La Cour de justice y affirme que le juge du fond doit non seulement rester libre de poser une question préjudicielle à la Cour de justice à l'issue de la procédure de renvoi préjudiciel devant la Cour constitutionnelle, mais qu'il doit en outre être en mesure de « laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente [de contrôle de constitutionnalité], ladite disposition législative nationale s'il la juge contraire au droit de l'Union »²⁴⁰.

Si les ordonnances *Chartry*, *Lebrun* et *Pagnoul* n'en disent mot, il semble bien que la compatibilité avec le droit de l'Union de l'article 26, § 4, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 soit encore subordonnée à une *troisième condition*, issue directement de l'arrêt *Melki*. Dans ce dernier, la Cour estime qu'un dispositif national accordant priorité au contrôle de constitutionnalité n'est « eurocompatible » qu'à charge que toutes les autres juridictions nationales demeurent libres « d'adopter

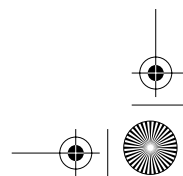
238. Voy. J. VELAERS, « Artikel 26, § 4, ... », *op. cit.*, pp. 405 et s. ; M. TRAEST, « Samenloop... », *op. cit.*, p. 153 ; P. POPELIER, « Prejudiciële vragen... », *op. cit.*, pp. 55 et s. ; W. VERRIJDT, « Should... », *op. cit.*, p. 556.

239. C.E., 2 juillet 2010, n° 206.397, pt. 11.1 et 11.2 : « Artikel 9, § 2, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof bepaalt dat de door het Grondwettelijk Hof gewezen arresten waarbij beroepen tot vernietiging verworpen worden, bindend zijn voor de rechtscolleges wat de door die arresten beslechte rechtspunten betreft.

Die bindende kracht strekt zich onder meer uit tot de interpretatie die het Grondwettelijk Hof aan de bestreden norm heeft gegeven, als het Hof het beroep daartegen heeft verworpen onder uitdrukkelijk voorbehoud van een welbepaalde interpretatie van die norm. In een zodanig geval maakt de interpretatie een door het Hof beslecht rechtspunt uit, zodat de rechtscolleges, waaronder de Raad van State, ertoe gehouden zijn de norm toe te passen in de bedoelde interpretatie.

Artikel 9, § 2, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 kan evenwel niet geacht worden afbreuk te doen aan de bevoegdheid van de rechtscolleges om bepalingen van intern recht, waaronder bepalingen van wetgevende aard, te toetsen aan bepalingen van Europees of internationaal recht. Daaruit volgt dat de bindende kracht bedoeld in artikel 9, § 2, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 beperkt is tot hetgeen het Grondwettelijk Hof heeft beslist in verband met de toetsing van de bestreden norm aan de Grondwet (of aan de te dezen niet *ter zake* doende bevoegdheidsbepalende regels), eventueel in samenhang met bepalingen van Europees of internationaal recht. De andere rechtscolleges blijven bevoegd om de bedoelde norm te toetsen aan bepalingen van Europees of internationaal recht, ook als het Grondwettelijk Hof die bepalingen onrechtstreeks als referentienormen in zijn beoordeling zou hebben betrokken. Dit geldt in het bijzonder voor bepalingen van Europees of internationaal recht waarbij een grondrecht op geheel of gedeeltelijk analoge wijze als in titel II van de Grondwet wordt gewaarborgd ».

240. Arrêt *Melki* précité, pt. 53.





toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union »²⁴¹.

Le dispositif de contrôle prioritaire de constitutionnalité mis en place par l'article 26, § 4, de la loi du 6 janvier 1989, présente-t-il les « interstices » et éléments de souplesse suffisants pour que les *requisits* européens de la protection juridictionnelle provisoire puissent être intégralement honorés²⁴² ?

L'article 30 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 prévoit certes que la procédure devant le juge *a quo* est suspendue durant toute la durée de l'instance préjudicielle devant la Cour constitutionnelle. Par évidence cependant, une telle mesure est insuffisante, n'aboutissant tout au plus qu'au « gel » de la possibilité de trancher le litige mené devant le juge *a quo* en application de la loi litigieuse. Ladite loi demeure toutefois applicable pour le surplus, en ce compris aux parties litigantes elles-mêmes, et est donc susceptible de continuer à leur causer préjudice durant toute la durée de l'instance préjudicielle. Or, la jurisprudence européenne semble requérir que des mesures provisoires puissent consister en une neutralisation temporaire de *l'ensemble des effets de la loi litigieuse* à l'égard de la partie qui les sollicite, voire en des injonctions positives contrariant provisoirement lesdits effets. De telles mesures sont hors de portée de la Cour constitutionnelle, lorsqu'elle statue dans le cadre d'un renvoi préjudiciel. Elles ne peuvent qu'être le fait du juge administratif ou judiciaire saisi du litige. S'agissant du Conseil d'État, on vise les possibilités offertes par les articles 17 ou 18 des Lois coordonnées du 12 janvier 1973. S'agissant du juge judiciaire, les fondements envisageables seraient les articles 19, al. 2 ou 584 du Code judiciaire²⁴³.

Saisi d'une demande de mesures provisoires sur le fondement de l'une des dispositions précitées, le juge administratif ou judiciaire ne pourra évidemment éviter de se livrer à un contrôle *prima facie*, attelé à mettre en évidence le sérieux des griefs d'incompatibilité avec le droit de l'Union qui peuvent être adressés à l'acte litigieux. Force est d'observer qu'ici encore, la priorité du contrôle de constitutionnalité s'en trouvera quelque peu écornée.

B. La Charte et la Cour européenne des Droits de l'Homme

Dans le « processus de construction informelle d'un espace européen de protection des droits fondamentaux »²⁴⁴, la protection des droits fondamentaux

241. Arrêt *Melki* précité, pt. 53.

242. Sur la question, voy. ég. J. VELAERS, « Het arrest... », *op. cit.*, n^{os} 37-42.

243. *Ibid.*, n^{os} 40-42.

244. Nous reprenons ici l'expression de l'avocat général Poiares Maduro dans l'affaire *Elgafaji* (C-465/07, 9 septembre 2008, pt. 22).



résulte également de l'action parallèle de la Cour européenne des droits de l'homme.

Alors même qu'il ne s'agit nullement d'une source contraignante à son égard, la Cour européenne des droits de l'homme utilise la Charte des droits fondamentaux de l'Union à l'appui de certains de ses raisonnements²⁴⁵. Ainsi, à l'occasion de l'arrêt *Goodwin contre Royaume-Uni* du 11 juillet 2002, elle a justifié un revirement de jurisprudence en matière de droit au mariage des transsexuels en se fondant notamment sur « le libellé de l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée récemment [qui] s'écarte – et cela ne peut être que délibéré – de celui de l'article 12 de la Convention en ce qu'il exclut la référence à l'homme et à la femme » (point 100)²⁴⁶. Dans un autre contexte, la Charte des droits fondamentaux de l'Union a également été mentionnée comme cadre juridique pertinent dans l'arrêt *Bosphorus contre Irlande*, de juin 2005. Tout en soulignant son caractère « non entièrement contraignant » (point 80), la Cour de Strasbourg la cite comme l'un des éléments permettant de conclure à l'existence d'une protection équivalente des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne²⁴⁷.

Sans détailler plus avant la question des références à la Charte dans la jurisprudence de la Cour EDH, nous concentrerons les développements ultérieurs sur la question de l'adhésion prochaine de l'Union européenne à la

245. Voy. plus largement au sujet des références de la Cour eur. D.H. au droit de l'UE, Voy. E. BRIBOSIA et S. VAN DROOGHENBROECK, « Emprunts et migrations... », *op. cit.*, pp. 165-178.

246. L'on relèvera néanmoins le contraste entre ce raisonnement de la Cour de Strasbourg et celui de l'avocat général MISCHO dans l'affaire *D et Royaume de Suède c. Conseil*, (Conclusions présentées le 22 février 2001, aff. jointes C-122/99 P et C-125/99 P, *Rec.* 2001, p. I-4319 et s., point 97). En s'appuyant sur les explications de la Charte, il utilise l'article 9, dans un contexte certes différent, comme une confirmation de la différence de situation entre le mariage et l'union entre personnes de même sexe.

« Signalons enfin que l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée à Nice en décembre 2000 dispose que « le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice ». Dans les explications établies sous la responsabilité du *Præsidium* de la convention qui n'ont pas de valeur juridique mais qui sont simplement destinées à éclairer les dispositions de la Charte à la lumière des discussions qui se sont tenues au sein de la convention, on peut lire que l'article 9 « n'interdit ni n'impose l'octroi du statut du mariage à des unions entre personnes du même sexe ». Ceci, selon nous, confirme la différence de situation entre le mariage, d'une part, et l'union entre personnes du même sexe, d'autre part ». Dans le même sens, on ajoutera que dans un arrêt *Schalk et Kopf* du 24 juin 2010, la Cour européenne des Droits de l'Homme a estimé que, loin de consacrer l'existence d'un droit au mariage homosexuel, l'article 9 de la Charte – lu à la lumière des Explications y afférentes – laisse aux États membres la liberté de reconnaître ou non un tel droit. Dans cette affaire, le recours à la Charte a ainsi contribué à « geler » plutôt qu'à « dynamiser » l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'Homme.

247. Cour eur. D.H., arrêt du 30 juin 2005, req. 45036/98, point 159.



Convention européenne des droits de l'homme (1), tout en présentant les solutions qui ont été développées par la Cour EDH, à défaut d'adhésion, pour mettre en cause la responsabilité des États membres pour des actes de l'UE (2).

1. L'adhésion de l'UE à la C.E.D.H. : une perspective lointaine d'aboutissement d'un processus de longue haleine

Au même titre que la question de l'adoption d'un catalogue de droits fondamentaux, celle de l'adhésion de la Communauté ou de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme a jalonné les débats relatifs au renforcement de la protection des droits fondamentaux en Europe depuis plusieurs décennies ²⁴⁸.

Pareille adhésion présente à l'évidence un apport indispensable au système mis en place ²⁴⁹. Pas tant en vue de combler une lacune éventuelle dans le contenu du catalogue des droits fondamentaux de l'Union européenne mais bien plutôt en tant qu'elle permet d'instaurer un contrôle externe – exercé par la Cour européenne des droits de l'Homme – sur la compatibilité du droit et des pratiques de l'Union avec la Convention européenne des droits de l'Homme. La nécessité d'un tel contrôle externe gît au cœur du mouvement de protection internationale et européenne des droits de l'Homme : il est bon que les *insiders* d'un système juridique donné n'aient pas de comptes à rendre qu'à eux-mêmes. Plus pragmatiquement, et dans la problématique qui nous occupe, pareil contrôle externe permet ultimement d'assurer la cohérence du droit européen des droits de l'Homme et d'aplanir les divergences de vues qui, quoique peu fréquentes ²⁵⁰, peuvent toujours survenir dans la manière dont les deux Europes, et leurs juges respectifs, en conçoivent les exigences.

À l'occasion d'un avis rendu à la demande du Conseil des ministres, le 28 mars 1996 ²⁵¹, la Cour de justice avait estimé que pareille adhésion ne

248. Voir mémorandum de la Commission « Adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme », 4 avril 1979, Bull. 1979, suppl. 2, COM(79)210 final.

249. Voy. O. DE SCHUTTER, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme : feuille de route de la négociation », *R.T.D.H.*, 2010, p. 541. À l'inverse, l'adhésion ne prive pas d'intérêt l'accession de la Charte au statut d'instrument juridiquement contraignant : voy. en effet P. CRAIG, *The Lisbon Treaty. Law, Politics and Treaty Reform*, Oxford, University Press, 2010, pp. 202-203.

250. Voy. E. Βριβουσια et S. VAN DROOGHENBROECK, « Emprunts et migrations... », *op. cit.* ; J. CALLEWAERT, « The European Convention on Human Rights and European Union Law : a Long Way to Harmony », *E.H.R.L.R.*, 2009, n° 6, pp. 768 et s.

251. Avis 2/94, *Rec.*, p. I-1759.



pouvait se concevoir sans fondement explicite, au sein des traités, de la compétence pour ce faire.

Il fallut finalement attendre le traité de Lisbonne, reprenant à cet effet l'engagement qui figurait dans le défunt traité constitutionnel pour qu'un fondement exprès soit inscrit dans le traité sur l'Union européenne, encadré toutefois de conditions de fond et d'exigences de forme ²⁵².

Le caractère obligatoire de l'adhésion ressort des termes utilisés à l'article 6, § 2, du TUE en vertu duquel il est prévu que « l'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ». En outre, si besoin était, la personnalité juridique est reconnue expressément à l'Union européenne. L'adhésion était donc appelée à se concrétiser, au lendemain de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, ce qu'est venu confirmer le programme de Stockholm, adopté par le Conseil européen du 10 et 11 décembre 2009, qui formule le vœu qu'elle adienne rapidement ²⁵³.

Toutefois, le chemin à parcourir sera encore long et pourrait être semé d'embûches ²⁵⁴.

(i) Au plan procédural d'abord, l'accord portant adhésion de l'Union à la C.E.D.H. doit être adopté par le Conseil à l'unanimité (art. 218, § 8, al. 2, TFUE), moyennant approbation du Parlement européen (art. 218, § 6, al. 2, *litt. a*, pt. ii TFUE). Cette décision n'entrera en vigueur qu'après son approbation par tous les États membres, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives (art. 218, § 8, al. 2, TFUE). De telles exigences qui ne figuraient pas dans le traité constitutionnel et s'écartent à un double titre de la procédure classique de conclusion des accords internationaux par le Conseil, sont de nature à engendrer des risques accrus de blocages dans le processus de concrétisation de l'adhésion. En outre, la formalisation de l'adhésion requerra

252. Sur la question, et parmi les références les plus récentes, voy. J.-P. JACQUÉ, « The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms », *C.M.L.Rev.*, 2011, pp. 995-1023 ; F. BENOIT-ROHMER, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », *J.D.E.*, décembre 2011, pp. 285-293 ; C. LADENBURGER, « Vers l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTD eur.*, n° 47 (1), 2011, pp. 20 et s. ; O. DE SCHUTTER, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme : feuille de route de la négociation », *R.T.D.H.*, 2010, pp. 535 et s. ; F. VAN DEN BERGHE, « The EU and Issues of Human Rights Protection : Same Solutions to More Acute Problems ? », *E.L.J.*, 2010, pp. 112 et s.

253. *J.O.*, C 115/1, 4 mai 2010, p. 8.

254. O. De SCHUTTER, « L'adhésion... », *op. cit.*, pp. 547 et s.

l'adoption d'un accord d'adhésion au sein du Conseil de l'Europe afin d'en préciser les modalités, accord qui devra quant à lui être ratifié par l'ensemble des États parties à la C.E.D.H. – soit 47 pays à l'heure actuelle – ainsi que par l'Union européenne elle-même. Si l'on garde à l'esprit le processus de ratification particulièrement long et laborieux du Protocole n° 14 à la C.E.D.H. qui a permis d'ouvrir la voie à l'adhésion du côté du Conseil de l'Europe²⁵⁵, cela ne laisse guère augurer une perspective de formalisation rapide de cette adhésion, alors même qu'un accord politique sur le principe est dorénavant acquis.

Le coup d'envoi des négociations a été donné le 7 juillet 2010²⁵⁶. Elles se sont déroulées dans le cadre d'un groupe informel regroupant 14 membres (7 provenant d'États membres de l'UE et 7 provenant d'États non membres de l'UE) choisis sur la base de leur expertise (UE-CDDH). Elles ont débouché, fin 2011, sur la soumission par le Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) du projet d'accord d'adhésion au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe²⁵⁷. Ce dernier devrait approuver le projet d'accord après qu'il ait été soumis pour avis à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe et, le cas échéant, que la Cour de justice ait rendu un avis sur la compatibilité de l'accord envisagé avec le droit de l'Union. Ce n'est qu'à dater de cette approbation que le processus de ratification final de l'accord pourra être entamé.

(ii) Au plan du fond ensuite, plusieurs conditions sont formulées dans le traité de Lisbonne et ses Protocoles qui doivent être prises en compte dans l'élaboration des modalités de l'adhésion. Siège de l'obligation d'adhésion, l'article 6, § 2, du TUE contient des balises relativement à l'absence d'impact sur les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités. Au risque de la lourdeur, l'article 2 Protocole n° 8 annexé aux TUE et TFUE enfonce le clou : « l'accord (d'adhésion) doit garantir que l'adhésion de

255. Dans sa version des origines en effet (1950), telle qu'amendée par le Protocole n° 11 (1994), cet instrument n'était ouvert qu'à la ratification *par des États*, et non par des organisations internationales. Le Protocole n° 14, ouvert à la signature en 2004, lève l'obstacle de principe en prévoyant, dans son article 17 (devenant l'article 59 de la Convention), que « L'Union européenne peut adhérer (...) à la Convention (européenne des droits de l'Homme). Voy. F. KRENC et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le Protocole n° 14 : 'cautére sur une jambe de bois' ou véritable 'garantie de l'efficacité à long terme de la Cour européenne des droits de l'Homme' ? », *J.T.*, 2010, pp. 493 et s.

256. Le Conseil « Justice et affaires intérieures » a adopté, au cours de sa réunion des 3 et 4 juin 2010, le mandat permettant à la Commission européenne d'engager des négociations en vue de l'adhésion, tandis que, de son côté, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a chargé le Comité directeur pour les droits de l'homme d'élaborer, avec les représentants habilités de l'Union européenne, les instruments nécessaires à l'adhésion (Décision n° CM/882/26052010).

257. Voy. Rapport du CDDH au Comité des Ministres sur l'élaboration d'instruments juridiques pour l'adhésion de l'UE à la C.E.D.H. (disponible sur le site web suivant ; http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/cddh-ue/cddh-ue_documents_FR.asp).



l'Union n'affecte ni les compétences de l'Union ni les attributions de ses institutions ». Il sera donc exclu que l'Union s'arroge d'autres compétences que celles qui lui sont attribuées, à prétexte que leur exercice serait nécessaire pour exécuter l'une ou l'autre « obligation positive » issue de l'instrument conventionnel. Le *caveat* ainsi adressé se comprend sans difficulté : il est au demeurant parfaitement identique à celui encadrant l'adoption de la Charte des droits fondamentaux elle-même.

Le même Protocole n° 8, en son article 1^{er}, énonce encore que l'accord à intervenir²⁵⁸ (...) doit refléter la nécessité de préserver les caractéristiques spécifiques de l'Union et du droit de l'Union, notamment en ce qui concerne :

- a) les modalités particulières de l'éventuelle participation de l'Union aux instances de contrôle de la Convention européenne ;
- b) les mécanismes nécessaires pour garantir que les recours formés par des États non membres et les recours individuels soient dirigés correctement contre les États membres et/ou l'Union, selon le cas.

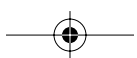
Quant à l'article 3 de ce Protocole, il prévoit en substance que l'accord d'adhésion ne pourra d'aucune sorte remettre en cause l'interdiction, issue de l'article 344 TFUE, de soumettre les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application des traités constitutifs de l'Union à un mode de règlement autre que celui qui est prévu par ceux-ci.

Telles sont les conditions « de fond » que le droit de l'Union impose aux négociateurs de l'adhésion. Sans entrer dans une analyse détaillée de leur portée pour laquelle nous renvoyons à l'étude d'Olivier De Schutter à ce sujet²⁵⁹, elles peuvent être synthétisées par un souci de préservation de « l'autonomie » du droit de l'Union²⁶⁰.

258. Voy. également la deuxième déclaration annexée au Traité de Lisbonne : « La Conférence convient que l'adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales devrait s'effectuer selon des modalités permettant de préserver les spécificités de l'ordre juridique de l'Union. Dans ce contexte, la Conférence constate l'existence d'un dialogue régulier entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'Homme.

259. Nous nous permettons de renvoyer à son analyse : O. DE SCHUTTER, « L'adhésion... », *op. cit.*, p. 547 et s. Adde, S. VAN RAEPENBUSCH, « La protection des droits fondamentaux après le traité de Lisbonne », *Liège, Stasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'Homme. Liber Amicorum M. Melchior*, Anthemis, Limal, 2010, pp. 532 et s.

260. Sur l'un des aspects de cette autonomie – *i.e.*, la nécessité que la Cour de Justice ait pu se prononcer elle-même sur la validité d'un acte de droit dérivé avant que celui-ci soit mis en cause devant la Cour européenne des droits de l'Homme, voy. le *Document de réflexion de la Cour de justice de l'Union européenne sur certains aspects de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* (10 mai 2010), consultable sur http://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_64268/





Ce souci a été pris en compte à différents égards dans le projet d'accord d'adhésion soumis au Comité des Ministres. Il s'est traduit notamment par l'instauration d'un mécanisme de co-défendeur et par un système d'adaptation de la condition d'épuisement des voies de recours internes lorsqu'est en cause le droit de l'UE. Ce dernier système dont les modalités précises font encore l'objet de discussions a pour objectif de permettre systématiquement une implication de la Cour de justice, préalablement à l'examen d'une question de violation de la C.E.D.H. par le droit de l'UE. Cela devrait permettre à la Cour de justice de préserver son monopole d'interprétation et d'appréciation de validité des actes de l'UE et de corriger, le cas échéant, en interne d'éventuelles violations de la C.E.D.H., avant que la Cour de Strasbourg ne les examine ²⁶¹.

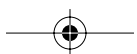
2. Les solutions intermédiaires : la responsabilité des États membres à raison des actes de l'Union

Faute que l'Union ne soit encore elle-même partie à la Convention, sa responsabilité propre ne saurait être engagée de manière directe au travers d'une requête introduite devant la Cour européenne des droits de l'Homme : la solution est acquise de longue date ²⁶².

Cela ne signifie toutefois pas que les États parties à la Convention soient déchargés de toute responsabilité conventionnelle à raison des actes posés par la « créature » qu'ils ont décidé de mettre en place. Un arrêt *Waite et Kennedy* du 18 février 1999, affirme en ce sens, de manière tout à fait générale, que « lorsque des États créent des organisations internationales pour coopérer dans certains domaines d'activité ou pour renforcer leur coopération, et qu'ils

261. Pour une première analyse des mécanismes prévus dans le projet d'accord d'adhésion, voy. notamment X. GROUSSOT, T. LOCK et L. PECH, « Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : analyse juridique du projet d'accord d'adhésion du 14 octobre 2011 », *Questions d'Europe*, n° 218, 7 novembre 2011, disponible en ligne sur le site de la Fondation Robert Schuman (www.robert-schuman.eu) ; C. LADENBURGER, « Vers l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 20 et s.

262. Voy. p. ex. Cour eur. D.H., arrêt *Bosphorus c. Irlande* du 30 juin 2005, § 152 : « D'une part, la Convention n'interdit pas aux Parties contractantes de transférer des pouvoirs souverains à une organisation internationale (y compris supranationale) à des fins de coopération dans certains domaines d'activité (...). En outre, même en tant que détentrice des pouvoirs souverains ainsi transférés, l'organisation internationale concernée ne peut, tant qu'elle n'est pas partie à la Convention, voir sa responsabilité engagée au titre de celle-ci pour les procédures conduites devant ses organes ou les décisions rendues par eux (*Confédération française démocratique du travail c. Communautés européennes*, no 8030/77, décision de la Commission du 10 juillet 1978, DR 13, p. 231, *Dufay c. Communautés européennes*, no 13539/88, décision de la Commission du 19 janvier 1989, non publiée (...)) ».



transfèrent des compétences à ces organisations, et leur accordent des immunités, la protection des droits fondamentaux peut s'en trouver affectée. Toutefois, il serait contraire au but et à l'objet de la Convention que les États soient ainsi exonérés de toute responsabilité au regard de la Convention dans le domaine d'activité concerné. Il y a lieu de rappeler que la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques et illusoires, mais concrets et effectifs »²⁶³.

L'arrêt *Matthews*, rendu le même jour, en déduisait donc que :

« Les actes de la Communauté européenne ne peuvent être attaqués en tant que tels devant la Cour, car la Communauté en tant que telle n'est pas partie contractante. La Convention n'exclut pas le transfert de compétences à des organisations internationales, pourvu que les droits garantis par la Convention continuent à être reconnus. *Pareil transfert ne fait donc pas disparaître la responsabilité des États membres* »²⁶⁴ (notre accent).

Les principes ainsi rappelés puisent fondamentalement leurs racines dans la règle de la *relativité des traités*. La particularité de la jurisprudence strasbourgeoise est cependant d'avoir dilué et adouci les conséquences ultimes de l'application de cette règle, en la conjuguant avec le souci, très diplomatique, de ne pas mettre en péril la bonne marche de la « Petite Europe » et les bienfaits de la coopération « supranationale » dont elle est porteuse. De ce « compromis » est résulté un tableau particulièrement complexe, et, faut-il le reconnaître, relativement instable.

Très schématiquement, quatre hypothèses peuvent être distinguées²⁶⁵.

Première hypothèse : la violation de la Convention résultant du droit primaire. L'arrêt *Matthews* semblait avoir posé pour principe que les États membres de l'Union peuvent, individuellement ou collectivement, être tenus intégralement responsables, devant la Cour européenne des droits de l'Homme, d'une violation de la Convention imputable à une norme « primaire » du droit de l'Union, dont la validité serait insusceptible d'être remise en cause devant la Cour de Justice²⁶⁶. *In speciem*, le Royaume-Uni s'était vu condamné pour une violation de la Convention dont le « foyer juridique » résultait, en substance,

263. Cour eur. D.H., arrêt *Waite et Kennedy c. Allemagne* du 18 février 1999, § 67.

264. Cour eur. D.H., arrêt *Matthews c. Royaume-Uni* du 18 février 1999, § 32.

265. Voy. A. BAILLEUX, « Le salut dans l'adhésion ? Entre Luxembourg et Strasbourg, actualités du respect des droits fondamentaux dans la mise en œuvre du droit de la concurrence », *R.T.D.E.*, pp. 50 et s. ; F. BENOÎT-ROHMER, « Bienvenue aux enfants de Bosphorus : la Cour européenne des droits de l'Homme et les organisations internationales », *R.T.D.H.*, 2010, pp. 19 et s.

266. Cour eur. D.H., arrêt *Matthews c. Royaume-Uni* du 18 février 1999.

de la combinaison de normes des traités et d'actes à caractère conventionnel. Les certitudes issues de ce précédent vacillent cependant à la lecture d'une décision rendue le 9 décembre 2008 dans une affaire *Etablissements Biret et Cie et la société Biret International c. Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grèce, Irlande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni et Suède*²⁶⁷. En l'occurrence, les lacunes de la protection juridictionnelle devant la Cour de justice, liées à l'étroitesse du *locus standi* individuel dans le cadre d'un recours en annulation (ancien art. 230, al. 4, TCE) avaient été dénoncées de manière frontale, sous visa des articles 6 et 13 de la Convention. La « conventionalité » du droit primaire se trouvait donc, par le prisme de la responsabilité conjointe de l'ensemble des États membres, mise en cause. La Cour de Strasbourg se déclara toutefois incompétente *ratione personae* pour connaître du grief, en se fondant sur les motifs suivants : « les griefs tirés des articles 6 et 13 de la Convention tiennent exclusivement à des lacunes alléguées de l'ordre juridique communautaire, qui auraient eu pour conséquence de priver les sociétés requérantes de l'accès à un tribunal pour faire valoir leurs griefs dans le cadre d'un procès équitable (...), (en sorte que) les violations alléguées de la Convention ne sauraient être imputées à l'un ou l'autre des 15 États membres mis en cause par les sociétés requérantes puisqu'aucun d'entre eux n'est intervenu, directement ou indirectement, dans ce litige ». Cette exclusion de responsabilité des États membres de l'Union à raison des violations prétendues de la Convention qui découleraient du *droit communautaire primaire*, nous semble contredire complètement l'enseignement de l'arrêt *Matthews c. Royaume-Uni* du 18 février 1999...

Deuxième hypothèse : les actes étatiques posés, en « compétence liée », pour les besoins de l'exécution d'une obligation issue du droit de l'Union. Dans l'arrêt « *Bosphorus* »²⁶⁸ du 30 juin 2005, la Cour de Strasbourg estima qu'un État partie à l'Union européenne devait être présumé ne pas violer la Convention lorsqu'il se borne à exécuter les obligations que lui impose le droit de l'Union. Cette présomption fut elle-même fondée sur le constat que, tant au plan substantiel que sur le plan procédural, l'ordre juridique de l'Union et le juge de Luxembourg offrent aux droits fondamentaux une protection « équivalente » à celle qu'assure lui-même le système de la Convention²⁶⁹.

267. Req. n° 13762/04.

268. Cour eur. D.H., arrêt du 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlande*.

269. *Ibid.*, pts 159-165.

Cette présomption n'est certes pas éternelle – elle ne vaut qu'aussi longtemps que la protection équivalente est structurellement vérifiée²⁷⁰. Elle n'est pas davantage irréfragable : elle peut être renversée si, *in concreto*, il se révèle que la protection offerte était entachée d'une « insuffisance manifeste »²⁷¹. Il n'empêche : même encadrée et relativisée par ces limites, la « présomption de conventionalité » demeure, en droit, critiquable, et s'est du reste exposée à la critique²⁷².

Génératrice d'un renversement *in concreto* de la présomption de conventionalité, la notion « d'insuffisance manifeste » n'était pas dépourvue d'ambiguïté²⁷³. On attendait donc avec impatience la première affaire où la Cour européenne aurait pu brandir ce « bâton » qu'elle avait pareillement conservé « derrière la porte »²⁷⁴, ou, à tout le moins, être quelque peu plus loquace sur l'essence et la taille de celui-ci. Rétrospectivement, il apparaît que ce bâton est fait d'un balsa particulièrement tendre, et que sa longueur ne dépasse pas celle d'un cure-dent. En l'affaire *Cooperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij U.A. c. Pays-Bas*²⁷⁵ en effet, la Cour eut à se prononcer sur la compatibilité, avec le principe du contradictoire tiré de l'article 6 de la Convention, de l'inexistence d'un droit de réplique automatique aux conclusions de l'avocat général près la Cour de Justice. Le constat d'« insuffisance manifeste » semblait *a priori* pouvoir s'imposer, eu égard à l'attitude de rébellion quasi-explicite dont la Cour de justice avait fait montre, sur ce point précis, par rapport à la jurisprudence strasbourgeoise²⁷⁶. Il

270. Voy. *ibid.*, pt. 155 *in fine* : « un constat de 'protection équivalente' de ce type ne saurait être définitif : il doit pouvoir être réexaminé à la lumière de tout changement pertinent dans la protection des droits fondamentaux »

271. *Ibid.*, pt. 156 : « Si l'on considère que l'organisation offre semblable protection équivalente, il y a lieu de présumer qu'un État respecte les exigences de la Convention lorsqu'il ne fait qu'exécuter des obligations juridiques résultant de son adhésion à l'organisation.

Pareille présomption peut toutefois être renversée dans le cadre d'une affaire donnée si l'on estime que la protection des droits garantis par la Convention était entachée d'une insuffisance manifeste. Dans un tel cas, le rôle de la Convention en tant qu'« instrument constitutionnel de l'ordre public européen » dans le domaine des droits de l'homme l'emporterait sur l'intérêt de la coopération internationale ».

272. Voy. en ce sens, jointe à l'arrêt, l'opinion concordante commune des juges ROZAKIS, TULKENS, TRAJA, BOTOUCHAROVA et ZAGREBELSKY. *Adde*, E. BRIBOSIA et S. VAN DROOGHENBROECK, « Emprunts et migrations... » ; *op. cit.*, pp. 169-171.

273. Voy. en ce sens l'opinion séparée jointe par le Juge RESS à l'arrêt *Bosphorus*.

274. L'affaire *Coopérative des Agriculteurs de Mayenne et la Coopérative Laitière Maine-Anjou contre la France* constitua certes une première application de la « doctrine Bosphorus », mais ne fournit pas à la Cour l'occasion de se montrer très explicite quant aux ressorts intimes de celle-ci (Cour eur. D.H., req. n° 16931/04, décision du 28 novembre 2006).

275. Cour eur. D.H., req. n° 13645/05, décision du 20 janvier 2009.

276. Voy. à cet effet C-17/98, *Emesa Sugar (Free Zone) NV*, ordonnance du 4 février 2000.

n'en fut cependant rien. Dans sa décision du 20 janvier 2009 rendue en l'affaire, la Cour de Strasbourg – quoique divisée – n'hésita pas à dualiser les standards conventionnels applicables à la matière aux fins d'éviter la conclusion selon laquelle la protection des droits fondamentaux assurée dans l'ordre juridique communautaire serait affectée, sur le point litigieux, d'une « insuffisance manifeste ». L'absence de réplique automatique à l'*amicus curiae* est jugée admissible au regard de l'article 6 dans le chef de la Cour de justice, alors qu'elle a été systématiquement condamnée dans le chef des cours suprêmes des États parties à la Convention²⁷⁷. À la première, est accordée le réalisme compréhensif²⁷⁸ d'une conception *matérielle* du principe du contradictoire²⁷⁹ ; les secondes, quant à elles, ont de tout temps dû subir l'application cybernétique et aveugle d'une conception *purement formelle* de ce même principe²⁸⁰.

Troisième hypothèse : l'État dispose d'une marge de manœuvre dans la mise en œuvre des obligations que lui imposent le droit de l'Union. Ci-avant analysé, l'arrêt *Bosphorus* ne conçoit aucun allègement de responsabilité étatique lorsque l'acte

277. Pour une synthèse de la jurisprudence de la Cour développée à propos des Cours suprêmes des États parties à la Convention, voy. e. a. S. VAN DROOGHENBROECK, « La réplique au Ministère public : *quousque tandem ?* », note sous Cass., 13 septembre 1999, *R.C.J.B.*, 2000, n° 4, pp. 744–771.
278. La Cour fait tout d'abord état de la possibilité – théoriquement envisageable – d'une réouverture des débats devant la Cour de Justice aux fins de permettre aux parties de répliquer aux conclusions de l'avocat général. Aux fins cependant de donner à cette possibilité une consistance autre que purement théorique, la Cour n'est pas en mesure de citer autre chose qu'un extrait des conclusions rendues par l'Avocat général Sharpston dans l'affaire C-212/06, *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement Wallon c. Gouvernement flamand*. La Cour évoque encore la possibilité, pour le juge national *a quo*, de poser une seconde question préjudicielle à la C.J.C.E. s'il estime que l'un ou l'autre point sur lequel celle-ci a statué dans le cadre de la première procédure préjudicielle, mérite une discussion supplémentaire. En termes d'économie procédurale, la suggestion est assurément navrante.
279. Voy. en particulier Cour eur. D.H., arrêt du 15 février 2007, *Verdu Verdu c. Espagne* ainsi que l'opinion dissidente jointe à l'arrêt par les juges Lorenzen et Villiger. Adde, M.-A. BEERNAERT et F. KRENC, « La Cour européenne des droits de l'Homme à la recherche d'une conception pragmatique du procès équitable », *Les droits de l'Homme et l'efficacité de la justice*, A.S.M., Larcier, Bruxelles, 2010, pp. 222–226.
280. Cette conception formelle est celle qui domine très nettement dans la jurisprudence strasbourgeoise. Voy. en effet Cour eur. D.H., arrêt du 18 février 1997, *Nideröst-Huber c. Suisse* pt. 29. Voy. encore, parmi les applications les plus récentes de l'enseignement de cet arrêt, Cour eur. D.H., arrêt du 27 septembre 2007, *Grozescu c. Roumanie* ; Cour eur. D.H., arrêt du 25 novembre 2008, *Vencionene c. Lituanie* ; Cour eur. D.H., arrêt du 29 juillet 2008, *S.H. c. Finlande*, point 33. Pour une critique d'un tel formalisme, voy. e. a. l'opinion dissidente jointe par le Juge COSTA à l'arrêt du 18 octobre 2007, *Asnar c. France*. Dans deux arrêts, la Cour a tenté d'opérer la synthèse entre la conception « formelle » – ultradominante dans sa propre jurisprudence – et la conception matérielle – isolée dans sa jurisprudence (voy. la note précédente) – du principe du contradictoire. Cette synthèse est cependant peu convaincante : voy. en effet les arrêts *Asnar c. France* du 18 octobre 2007 et *Vokoun c. République Tchèque* du 3 juillet 2008.

étatique litigieux, quoique posé dans le cadre de l'exécution d'une obligation issue du droit de l'Union, n'est cependant pas imposé par celle-ci. Ainsi et par exemple, dans son arrêt *Cantoni c. France* du 15 novembre 1996²⁸¹, la Cour de Strasbourg s'est déclarée compétente pour contrôler la conformité de telles mesures, même lorsque celles-ci s'inspirent presque mot pour mot de la norme de droit dérivé qu'elles entendent transposer. Plus récemment, à l'occasion de l'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*²⁸², la Cour européenne des droits de l'homme, en formation de grande chambre, a confirmé cette limite à l'applicabilité de la présomption dégagée dans l'arrêt *Bosphorus*. Dans cette affaire la Belgique prétendait s'être bornée, en renvoyant le requérant en Grèce, à exécuter les obligations découlant du règlement Dublin II en matière de détermination de l'État responsable de l'examen de la demande d'asile. Arguant de l'existence, dans le règlement Dublin II, d'une clause de souveraineté (article 3, § 2) qui aurait permis à la Belgique de s'abstenir de transférer le requérant et d'examiner elle-même la demande d'asile, la Cour EDH considère que la mesure d'éloignement litigieuse ne relevait pas strictement des obligations juridiques internationales de la Belgique et que, par conséquent, la présomption de protection équivalente ne trouve pas à s'appliquer (§§ 339-340).

Quatrième hypothèse : les actes « purement internes » du droit de l'Union. Déjouant les pronostics d'auteurs pourtant peu soupçonnables de vouloir asservir l'autonomie de la Petite Europe au *diktats* strasbourgeois²⁸³, la Cour

281. Cour eur. D.H., arrêt *Cantoni c. France* du 15 novembre 1996.

282. Cour eur. D.H., arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce* du 21 janvier 2011.

283. Voy. J.-P. Jacqué, « Droit constitutionnel national, Droit communautaire, C.E.D.H., Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de systèmes entre ordres juridiques », *R.F.D.C.*, 2008, p. 27 : « Certains actes communautaires n'appellent aucune mesure d'application des États membres. C'est le cas des mesures internes à la Communauté comme les actes en matière de fonction publique (...). Dans cette hypothèse, il n'existe pas d'action que l'on puisse imputer à l'État. Cela exclut-il toute requête adressée à Strasbourg ? Compte tenu de la position de celle-ci, c'est peu vraisemblable. En effet, ces actes sont exécutés sur le territoire d'un État partie et entrent donc dans sa juridiction. En outre, admettre une immunité conduirait à ce qu'un transfert de compétences aboutisse à supprimer les garanties offertes par la Convention, ce que la Cour refuse. Si elle restait dans la logique de l'affaire *Bosphorus*, la Cour pourrait admettre la responsabilité des États pour ces actes. Il est vrai qu'en l'occurrence, aucun État membre n'assume de responsabilité des États pour des actes qui, dans bien des cas, ont été adoptés sans qu'il participe à la décision ou qui, s'il a participé à la décision, sont le produit d'une décision majoritaire. Mais, on voit mal la Cour entrer dans l'examen du processus interne de décision pour déterminer une éventuelle responsabilité d'un État. Dans ce dessein, elle devrait percer le voile de la personnalité de la Communauté et, en tout état de cause, l'examen pourrait aboutir à exonérer l'État de sa responsabilité, ce qui laisserait subsister une lacune dans le système de protection institué par la Convention. Il paraît donc vraisemblable que, dans de tels cas, la Cour transposerait la jurisprudence *Bosphorus* et admettrait aux mêmes conditions la responsabilité collective des États membres ».

européenne des droits de l'Homme, dans sa décision *Connolly*²⁸⁴ du 9 décembre 2008, affirme que les États membres de l'Union n'ont aucune responsabilité conjointe à assumer, vis-à-vis de la Convention, à l'égard des actes « purement internes » des institutions de l'Union, c'est-à-dire, des actes dépourvus de toute mesure d'exécution (matérielle ou juridique) étatique. En l'occurrence, il s'agissait de la révocation d'un fonctionnaire de la Commission, auteur du pamphlet *Le Cœur pourri de l'Europe. La sale guerre de la monnaie unique*²⁸⁵.

On le voit : les constructions jusqu'ores échafaudées pour pallier l'absence d'adhésion en bonne et due forme accusent d'évidentes limites, soit parce qu'elles affichent d'emblée un caractère partiel – ainsi en va-t-il à propos de l'immunité des actes purement internes –, soit en raison de la faible effectivité pratique de leurs généreuses promesses théoriques (caractère « réfragable » de la présomption *Bosphorus*), soit encore en raison des hésitations de la Cour (responsabilité « intégrale » des États du fait du droit primaire ?).

L'adhésion sera donc indubitablement porteuse d'avancées. La mesure exacte de celles-ci demeure cependant sujette à incertitude. L'une des inconnues concerne la question de savoir si la « présomption *Bosphorus* » survivra, sous une forme ou une autre, à l'avènement de la situation juridique nouvelle où l'Union et ses institutions deviendraient *directement* débitrices du respect des droits et obligations garantis par la Convention. À notre estime, la question

284. Cour eur. D.H., req. n° 73274/01, décision *Connolly c. 15 États membres de l'Union européenne* du 9 décembre 2008.

285. Cour eur. D.H., req. n° 73274/01, décision *Connolly c. 15 États membres de l'Union européenne* du 9 décembre 2008 : « la Cour constate qu'en réalité les doléances du requérant sont essentiellement dirigées contre les décisions rendues dans son affaire. Il critique en effet les motifs de sa révocation, estimant qu'ils portent atteinte à sa liberté d'expression, ainsi que les procédures mises en œuvre à son encontre aussi bien devant l' (Autorité investie du pouvoir de nomination) que devant les juridictions communautaires, celles-ci n'étant, selon lui, pas équitables. Il fait également valoir que l'exigence d'obtenir une autorisation préalable à la publication, et donc à la perception de droits d'auteur, serait contraire à son droit de propriété.

La Cour note que seuls les organes communautaires, à savoir l'AIPN, le TPICE et la CJCE, ont eu à connaître du contentieux opposant le requérant à la Commission européenne. Elle constate qu'à aucun moment l'un ou l'autre des États mis en cause n'est intervenu, directement ou indirectement, dans ce litige, et ne relève en l'espèce aucune action ou omission de ces États ou de leurs autorités qui serait de nature à engager leur responsabilité au regard de la Convention. On ne saurait donc dire que le requérant, en l'espèce, relève de la « juridiction » des États défendeurs au sens de l'article 1 de la Convention. La Cour estime qu'en conséquence les violations alléguées de la Convention ne sauraient être imputées aux États mis en cause dans la présente affaire. Quant à une responsabilité éventuelle de l'Union européenne, elle rappelle que cette organisation internationale n'a pas adhéré à la Convention et qu'elle ne peut donc voir sa responsabilité engagée au titre de celle-ci »

ainsi posée appelle clairement une réponse négative : toute autre solution créerait une distinction de traitement logiquement et juridiquement injustifiable entre les différentes parties à la Convention européenne des droits de l'Homme²⁸⁶. Force est cependant de constater que, sous d'autres plumes, le pronostic ci-avant formé est nettement moins assuré²⁸⁷.



À l'issue de ce panorama, quel premier bilan tirer de l'adoption de la Charte et de son nouveau statut depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne ? La jurisprudence examinée témoigne déjà des potentialités de ce nouvel instrument de protection des droits fondamentaux pour les utilisateurs des droits de l'homme et pour les praticiens. Au-delà de l'insistance initiale sur la codification de l'acquis qui était son objectif premier, elle a d'ores et déjà prouvé qu'il s'agit d'un texte dynamique dont les juges européens mais aussi nationaux se sont emparés pour contribuer à l'effectivité des droits fondamentaux en Europe. À ce stade, de nombreuses questions subsistent quant aux contours précis des droits et principes contenus dans la Charte, à leur champ d'application et à leur opposabilité dans les litiges entre particuliers ou encore à leur articulation avec les autres sources et mécanismes – nationaux ou européens – de garantie des droits fondamentaux. À cet égard, le dialogue des juges et praticiens du droit européen constituera assurément un outil clef en vue de l'approfondissement de cet espace européen des droits de l'homme en construction.

286. Voy. E. BRIBOSIA et S. VAN DROOGHENBROECK, « Emprunts et migrations... », *op. cit.*, p. 179 ; F. KRENC et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le Protocole n° 14... », *op. cit.*, p. 501. Dans un sens semble-t-il identique, voy. S. VAN RAEPENBUSCH, « La protection des droits fondamentaux après le Traité de Lisbonne... », *op. cit.*, p. 537 ; O. DE SCHUTTER, « L'adhésion de l'Union européenne... », *op. cit.*, p. 544 ; S. DOUGLAS-SCOTT, « Bosphorus Hava Yollari Turizm V^e Ticaret Anonim Sirket v. Ireland », *C. M.L.R.*, 2006, p. 243.

287. J. CALLEWAERT, « Les voies de recours communautaires sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme : la portée procédurale de l'arrêt Bosphorus », in L. CAFLISCH, J. CALLEWAERT, R. LIDDELL, P. MAHONEY et M. VILLIGER (dir.), *Droits de l'homme-Regards de Strasbourg. Liber amicorum L. Wildhaber*, NP Engel, Strasbourg, 2007, 129-131 ; K. LENAERTS, « Droit international et autonomie constitutionnelle de l'ordre juridique de l'Union », *Liège, Strasbourg, Bruxelles, parcours des droits de l'Homme. Mélanges M. Melchior*, Anthemis, Limal, 2010, p. 514. Voy. encore, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, « Adhésion de l'Union européenne/Communauté européenne à la Convention européenne des Droits de l'Homme », AS/Jur (2007) 53, 12 octobre 2007.

