

Article 52 – Portée et interprétation des droits et principes

par

Antoine Bailleux

Professeur à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Avocat au barreau de Bruxelles

1. Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, 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.
2. Les droits reconnus par la présente Charte qui font l'objet de dispositions dans les traités s'exercent dans les conditions et limites définies par ceux-ci.
3. Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue.
4. Dans la mesure où la présente Charte reconnaît des droits fondamentaux tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, ces droits doivent être interprétés en harmonie avec lesdites traditions.
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.
6. Les législations et pratiques nationales doivent être pleinement prises en compte comme précisé dans la présente Charte.
7. Les explications élaborées en vue de guider l'interprétation de la présente Charte sont dûment prises en considération par les juridictions de l'Union et des États membres.

Bibliographie sélective

ALONSO GARCIA, R., « The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union », *E.L.J.*, 2002, p. 492-514.

ANDERSON, D., MURPHY, C., « The Charter of Fundamental Rights », in BIONDI, A., EECKHOUT, P., RIPLEY, S., (eds), *EU Law After Lisbon*, Oxford, OUP, 2012, p. 155-179.

BAILLEUX, A., BRIBOSIA, E., « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in VAN DROOGHENBROECK, S., WAUTELET, P., (dir.), *Droits fondamentaux en mouvement. Questions choisies d'actualité*, Bruxelles, Anthémis, 2012, p. 73-151.

BAILLEUX, A., VAN DROOGHENBROECK, S., et DELGRANGE, X., « La Charte des droits fondamentaux – Invocabilité, interprétation, application et relations avec la CEDH », in DE

SADELEER, N., DUMONT, H., (dir.), *Le traité de Lisbonne – Incidences pour le praticien*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 249-323.

BRAIBANT, G., *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Témoignages et commentaires*, Paris, Seuil, 2001.

BURGORGUE-LARSEN, L., « Ombres et lumières de la constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *C.D.E.*, 2004, p. 675-682.

BURGORGUE-LARSEN, L., « Article II-112 », in BURGORGUE-LARSEN, L., LEVADE, A., ET PICOD, F., (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article. Partie II. La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 658-688.

CALLEWAERT, J., « “Leur sens et leur portée sont les mêmes”. Quelques réflexions sur l'article 52, § 3, de la Charte », *J.T.*, 2012, p. 596-597.

CARLIER, J.-Y., DE SCHUTTER, O., (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

CARIAT, N., *La Charte des droits fondamentaux et l'équilibre constitutionnel entre l'Union européenne et les États membres*, Bruxelles, Bruylant, 2016.

DERO-BUGNY D., *les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2015.

DE SCHUTTER, O., « 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, p. 81-117.

DE VRIES, S., BERNITZ, U., et WEATHERILL, S., (eds), *The Protection of Fundamental Rights in the EU After Lisbon*, Oxford, Hart, 2013.

EECKHOUT, P., « The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question », *C.M.L.Rev.*, 2002, vol. 39, p. 945-994.

FAVREAU, B., (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

GOLDSMITH, P., « A Charter of Rights, Freedoms and Principles », in HEUSEL, W., (ed.), *The Charter of Fundamental Rights and Constitutional Development in the EU*, Schriftenreihe der Europäischen Rechtsakademie Trier, Bundesanzeiger, 2002, p. 35-42.

LADENBURGER, C., « Fundamental Rights and Citizenship of the Union », in AMATO, G., BRIBOSIA, H., DE WITTE, B., (dir.), *Genèse et destinée de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 311-365.

KOUKOULIS-SPILIOTOPOULOS, S., « Incorporating the Charter into the Constitutional Treaty : What Future for Fundamental Rights ? », G. C. RODRIGUEZ IGLESIAS, G. C., *et al.*, *Problèmes*

d'interprétation - A la mémoire de Constantinos N. Kakouris, Athènes-Bruxelles, Sakkoulas-Bruylant, 2004, p. 223-258.

LENAERTS, K., « La solidarité ou le chapitre IV de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *R.T.D.H.*, 2010, p. 217-236.

PICHERAL, C., COUTRON, L., (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

PEERS, S., WARD, A., (eds), *The European Union Charter of Fundamental Rights*, Oxford and Portland OR, Hart Publishing, 2004.

PEERS, S., et PRECHAL, S., « Art 52 », in PEERS, S., HERVEY, T., KENNER, J, WARD, A., (eds), *The EU Charter of Fundamental Rights: a commentary*, München/Oxford/Baden-Baden, Beck, Hart, Nomos, 2014, pp.. 1457-1510.

POPELIER, P., VAN DE HEYNING, C., VAN NUFFEL, P., (eds), *Human Rights Protection in the European legal order : The interaction between the European and the national courts*, Cambridge – Antwerp – Portland, Intersentia, 2011.

RIDEAU, J., (dir.), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne. Dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009.

Sommaire

INTRODUCTION

- I. PARAGRAPHE 2 – LE RENVOI AUX DISPOSITIONS DES TRAITES
- II. PARAGRAPHE 3 – LES RAPPORTS AVEC LA CEDH
- III. PARAGRAPHE 4 – LES RAPPORTS AVEC LES TRADITIONS CONSTITUTIONNELLES AUX ETATS MEMBRES
- IV. PARAGRAPHE 5 – LA JUSTICIABILITE DES PRINCIPES
- V. PARAGRAPHE 6 - LE RENVOI AUX LEGISLATIONS ET PRATIQUES NATIONALES
- VI. PARAGRAPHE 7 - LE STATUT DES EXPLICATIONS

1. Les paragraphes 2 à 7 de l'article 52 figurent parmi les dispositions clés de la Charte. Ils adressent en effet à ses interprètes un certain nombre de consignes qui leur rappellent que la Charte ne doit pas être lue et appliquée en isolation clinique du contexte juridique dans lequel elle s'insère. Ce contexte est formé des traités (§ 2), de la Convention européenne des Droits de l'Homme (ci-après, la CEDH) (§ 3), des traditions constitutionnelles (§ 4) et des droits et pratiques des États membres (§ 6), ainsi que des *Explications* rédigées par les auteurs de la

Charte pour clarifier leurs intentions (§ 7). Ce contexte, c'est aussi le compromis politique qui, pour permettre l'entrée en vigueur de la Charte, a dû diviser en deux catégories distinctes (les « droits » et les « principes ») les prérogatives qu'elle consacre. Il est toutefois à craindre qu'au lieu de faciliter la tâche de l'interprète, ces multiples consignes interprétatives l'aient singulièrement compliquée.

I. PARAGRAPHE 2 – LE RENVOI AUX DISPOSITIONS DES TRAITES

2. Selon le paragraphe 2, « les droits reconnus par la présente Charte qui font l'objet de dispositions dans les traités s'exercent dans les conditions et limites définies par ceux-ci ». Les *Explications* précisent que cette disposition vise à éviter que la Charte modifie « le régime des droits conférés par le traité CE et repris dans les traités ». Il s'agit, en d'autres termes, de conjurer le risque qu'une interprétation trop généreuse de certains droits reconnus par la Charte permette de contourner les limites imposées par les traités à l'exercice de ces mêmes droits. Ce faisant, les rédacteurs de la Charte entendent prévenir toute application de l'adage *lex posterior anteriori derogat*, qui conduirait à donner la préférence au libellé des dispositions de la Charte sur celui des articles inscrits de longue date dans le traité CE.

3. Cette référence au « traité CE » (lire aujourd'hui : TFUE) appelle une double observation. Premièrement, ce paragraphe ne dit rien des rapports entre les dispositions de la Charte et des actes de droit *dérivé*¹. Cela paraît *a priori* logique, tant il semblerait contraire à la hiérarchie des normes qu'une disposition de droit primaire puisse être tenue en échec par un acte adopté sur le fondement de ce même droit primaire. A bien y regarder, cette exclusion du droit dérivé n'a toutefois rien d'évident. D'une part, on connaît le « précédent » de l'article 21 du TFUE, qui soumet la liberté de circulation du citoyen aux « limitations et conditions prévues par le présent traité *et par les dispositions prises pour son application* » (nous soulignons). D'autre part, on notera qu'à suivre les *Explications*, certaines dispositions de la Charte sont au moins en partie fondées sur (ou inspirées de) mesures de droit dérivé². Plus encore, les *Explications ad article 8* spécifient que ces actes des institutions européennes « contiennent des conditions et limitations applicables à l'exercice du droit à la protection des données à caractère

¹ Dans le même sens, cf. S. PEERS et S. PRECHAL, « Art 52 », in S. PEERS *e.a.* (eds), *The EU Charter of Fundamental Rights: a commentary*, München/Oxford/Baden-Baden, Beck, Hart, Nomos, 2014, p 1488 ; *Contra*, 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 de l'Union*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 674.

² Cf. les articles 8, 11, 23, 27, 30, 31, 32, 33, 34 et 42.

personnel ». De telles incohérences sont d'autant plus regrettables qu'elles prétendent enchaîner l'interprétation de la Charte à des textes de droit dérivé qui, pour certains ont entre-temps déjà été abrogés³.

4. Notre seconde remarque tient au fait que les *Explications* du paragraphe 2 renvoient aux droits prévus par les seules dispositions du traité CE (ajoutant mystérieusement « et qui se trouvent désormais dans les traités »). Cette exclusion « de principe » du TUE peut surprendre, alors même que certaines dispositions du TUE ont pour objet des droits consacrés par la Charte⁴. A cette bizarrerie s'ajoute l'incongruité des *Explications ad* article 15, § 3, qui semblent appliquer l'article 52, § 2, en combinaison avec une disposition de la Charte sociale européenne – à laquelle, rappelons-le, l'Union n'a jamais adhéré.

5. En toute hypothèse, il ressort des *Explications* relatives aux autres articles de la Charte que l'article 52, § 2, s'applique aux dispositions relatives à la citoyenneté (articles 39, 40, 41, §§ 3 et 4, 42 à 44, 45, § 1^{er}, et 46) à l'égalité de traitement entre travailleurs européens et travailleurs d'États tiers (article 15, § 3) et à l'égalité entre femmes et hommes (article 23).

6. La – maigre – jurisprudence portant sur l'article 52, § 2, a cependant déjà élargi cette liste à d'autres dispositions de la Charte. Il s'agit d'une part de la liberté de circulation des travailleurs, de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services, la Cour estimant que ses conclusions quant à la compatibilité d'une mesure nationale ou d'un acte de droit dérivé avec les libertés de circulation inscrites dans le TFUE la dispensent de procéder à un test supplémentaire au regard de l'article 15, § 2, de la Charte⁵. Il s'agit d'autre part de l'obligation de motivation des actes juridiques de l'Union instaurée par l'article 296 du TFUE, que le Tribunal juge similaire à l'obligation pour l'administration de motiver ses décisions contenues à l'article 41, § 2, c), de la Charte, n'hésitant pas à y transposer la jurisprudence développée dans le cadre de l'article 296 TFUE⁶.

³ Ainsi en va-t-il de la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

⁴ On songe notamment à l'article 9 du TUE, qui affirme le principe d'égalité de traitement des citoyens face à l'Union, et à l'article 10 du TUE, qui traite des droits politiques desdits citoyens.

⁵ Cf. e.a. C-284/15 *ONEm et M*, 7 avril 2016, EU:C:2016:220, pts 33-34; C-233/12 *Gardella*, 4 juillet 2013, EU:C:2013:449, pts 39-40.

⁶ T-506/12 P *Cuallado Martorell c. Commission*, 3 décembre 2015, EU:T:2015:93, pt. 36.

II. PARAGRAPHE 3 – LES RAPPORTS AVEC LA CEDH

7. Le paragraphe 3 de l'article 52 traite des relations entre la Charte et la CEDH. Il fait de cette dernière une boussole (A) et un plancher (B) dans le cadre de l'interprétation de la Charte.

A. Une boussole – l'obligation d'interprétation conciliante

8. La première phrase du paragraphe 3 prévoit que « dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la [CEDH], leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention ».

9. A première vue, cette obligation de cohérence n'est ni surprenante, ni mystérieuse. Elle s'inscrit dans le prolongement de la jurisprudence de la Cour, qui a toujours pris en compte la CEDH dans le développement de son catalogue prétorien de droits fondamentaux⁷.

10. Les *Explications* identifient du reste elles-mêmes les articles de la Charte dont le sens et la portée sont les mêmes que les articles correspondants de la CEDH. Ces dispositions recouvrent le droit à la vie (voy., à ce sujet, le commentaire par F. Tulkens), l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants (voy., à ce sujet, le commentaire par W. Schabas), l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé (voy., à ce sujet, le commentaire par C.-E. Clesse), le droit à la liberté et à la sûreté (voy., à ce sujet, le commentaire par C. Guillain et D. Ribant), le droit au respect de la vie privée (voy., à ce sujet, le commentaire par N. Cariat), la liberté de pensée, de conscience et de religion (voy., à ce sujet, le commentaire par G. Gonzalez), la liberté d'expression (voy., à ce sujet, le commentaire par P. Wachsmann), le droit de propriété (voy., à ce sujet, le commentaire par N. Bernard), la

⁷ La référence aux traditions constitutionnelles communes et aux instruments internationaux de protection de droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré remonte à l'arrêt 4/73 *Nold c. Commission*, 14 mai 1974, EU:C:1974:51. Quant à la CEDH, on y trouve une première référence dans l'arrêt 36/75 *Roland Rutili c. Ministre de l'Intérieur*, 28 octobre 1975, EU:C:1975:137. Le Cour reconnaît que cette Convention « revêt une signification particulière » à partir de l'arrêt *Hoechst c. Commission* (C-46/87, EU:C:1989:337). De manière très explicite, l'avocat général Kokott affirmait récemment qu'il résulte de l'article 52, § 3 « que le droit de l'Union ne permet à la Cour de s'écarter de la jurisprudence de la CEDH que si la première attribue à certains droits fondamentaux une protection plus étendue que ne le fait la dernière. Et même cet écart n'est autorisé que s'il ne conduit pas en même temps à ce qu'un autre droit fondamental de la Charte correspondant à un droit de la Convention ne se voit attribuer une protection moindre que dans la jurisprudence de la CEDH. L'on songe à cet égard, par exemple, aux cas dans lesquels un équilibre doit être trouvé entre certains droits fondamentaux » (C-73/16 *Peter Puškár*, conclusions présentées le 30 mars 2017, EU:C:2017:253).

protection en cas d'éloignement, d'expulsion et d'extradition (voy., à ce sujet, le commentaire par J. Jaumotte), la présomption d'innocence (voy., à ce sujet, le commentaire par M.-A. Beernaert) et les principes de proportionnalité et de légalité des délits et des peines (voy., à ce sujet, le commentaire par D. Rebut).

11. Les *Explications* listent par ailleurs une série de dispositions dont le sens est le même mais la portée plus étendue que les articles correspondants de la CEDH. Ainsi du droit de se marier et de fonder une famille (voy. à son propos, le commentaire par G. Willems), qui peut s'appliquer au mariage homosexuel lorsque cette forme de mariage est reconnue par le droit national ; de la liberté de réunion et d'association, qui est – mystérieusement – étendue « au niveau de l'Union » ; du droit à l'éducation (voy. le commentaire par X. Delgrange et L. Detroux), qui s'étend aussi à la formation professionnelle continue ; la liberté d'enseignement, qui s'étend au « droit des parents d'assurer l'éducation et l'enseignement de leurs enfants conformément à leurs convictions religieuses, philosophiques et pédagogiques » (*Idem*) ; du droit à un procès équitable dont la portée n'est pas réduite aux contestations relatives aux droits de caractère civil et aux accusations en matière pénale (voy. le commentaire par F. Krenc) ; et du principe *ne bis in idem*, qui s'applique également *entre* les juridictions des États membres de l'Union (voy. le commentaire par D. Bernard). Les *Explications* ajoutent que les restrictions à l'activité politique des étrangers prévues à l'article 16 de la CEDH ne s'appliquent pas aux citoyens européens.

12. La CJUE a déjà fait appel à de nombreuses reprises à l'article 52, § 3, pour justifier l'interprétation d'une disposition de la Charte en conformité avec l'article correspondant de la CEDH, que cela concerne le droit à la liberté et à la sûreté⁸, le droit à un recours juridictionnel effectif⁹ et à un tribunal¹⁰, la liberté d'expression et d'information¹¹, la protection en cas d'éloignement, d'expulsion et d'extradition¹², le droit de propriété¹³, le principe de légalité

⁸ CJUE, C-601/15 PPU *N*, 15 février 2016, EU:C:2016:84 ; C-237/15 PPU *Lanigan*, 16 juillet 2015, EU:C:2015:474.

⁹ CJUE, C-205/15 *Toma et Biroul*, 30 juin 2016, EU:C:2016:499.

¹⁰ CJUE, C-334/12 RX-II *Arango Jaramillo*, 28 février 2013, EU:C:2013:134 ; C-279/09 *DEB*, 22 décembre 2010, EU:C:2010:811 ; F-26/12 *Cerafogli c. BCE*, 18 septembre 2014, EU:F:2014:218

¹¹ CJUE, C-547/14 *Philip Morris Brands e.a.*, 4 mai 2016, EU:C:2016:325 ; C-157/14 *Neptune Distribution*, 17 décembre 2015, EU:C:2015:823.

¹² CJUE, C-239/14 *Tall*, 17 décembre 2015, EU:C:2015:824 ; C-562/13 *Abdida*, 18 décembre 2014, EU:C:2014:2453 ; C-542/13 *M'bodj*, 18 décembre 2014, EU:C:2014:2452.

¹³ CJUE, C-398/13 P *Inuit Tapiriit Kanatami*, 3 septembre 2015, EU:C:2015:535.

des délits et des peines¹⁴, la présomption d'innocence¹⁵ ou le droit à la vie privée¹⁶. Il est plus rare que les juridictions de l'Union exploitent la deuxième liste de dispositions « correspondantes » dressée par les *Explications*, celle reprenant les articles de la Charte dont le sens est le même mais dont la portée est plus étendue que celle des articles homologues de la CEDH¹⁷. On notera encore que, dans de nombreux arrêts, les juges de Luxembourg font référence aux dispositions de la CEDH sans pour autant citer l'article 52, § 3, de la Charte¹⁸, parfois même en dehors des listes de dispositions correspondantes établies par les explications¹⁹.

13. De manière générale, sa jurisprudence reflète le souci de la CJUE de s'inscrire dans le sillage de son homologue strasbourgeoise. Le recours aux lumières de la CEDH est ainsi opéré tantôt en faveur d'une interprétation restrictive²⁰, tantôt en soutien d'une lecture extensive²¹ de la disposition correspondante de la Charte. L'article 52, § 3, s'apparente ainsi à un garant des bonnes relations entre les deux Cours, ce que la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après, la « Cour EDH ») n'a pas manqué d'observer en invoquant cette disposition à l'appui de sa fameuse « présomption Bosphorus », en vertu de laquelle elle considère que la protection des droits fondamentaux assurée par l'ordre juridique de l'Union est en principe équivalente à celle assurée par la Convention²². Elle a récemment rappelé qu'elle « est d'autant plus attentive au respect de la règle énoncée à l'article 52 § 3 de la Charte des droits fondamentaux que l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne (...) a donné à cette Charte la même valeur juridique que celle des traités »²³.

¹⁴ CJUE, T-256/11 *Ezz c. Conseil*, 27 février 2014, EU:T:2014:93.

¹⁵ CJUE, T-186/09 *Intel c. Commission*, 12 juin 2014, EU:T:2014:547.

¹⁶ CJUE, C-92/09 *Volker und Markus Schecke*, 9 novembre 2010, EU:C:2010:662 ; F-40/12 *CF c. AESA*, 19 juin 2013, EU:F:2013:85 ; C-419/14 *WebMindLicenses*, 17 décembre 2015, EU:C:2015:832.

¹⁷ Cf. cependant l'arrêt CJUE, T-186/09 *Intel c. Commission*, 12 juin 2014, EU:T:2014:547 à propos du droit à un procès équitable et, à propos du principe *ne bis in idem*, l'arrêt C-398/12 *M*, 5 juin 2014, EU:C:2014:2006.

¹⁸ Cf. p. ex. CJUE, C-404/15 *Aranyosi*, 5 avril 2016, EU:C:2016:198 ; C-583/13 P *Deutsche Bahn c. Commission*, 17 juin 2015, EU:C:2015:404 ; C-168/13 PPU *Jeremy F*, 30 mai 2013, EU:C:2013:358 ; C-34/13 *Monika Kušionová*, 10 septembre 2014, EU:C:2014:2189 ; C-243/12 P *FLS Plast A/S*, 19 juin 2014, EU:C:2014:2006.

¹⁹ Cf. p. ex. CJUE, C-249/11 *Byankov*, 4 octobre 2012, EU:C:2012:608, pt. 47 à propos de la liberté de circulation consacrée à l'article 2 du Protocole n° 4 à la CEDH ;

²⁰ Cf. p. ex. CJUE, T-256/11 *Ezz c. Conseil*, 27 février 2014, EU:T:2014:93 ; C-398/13 P *Inuit Tapiriit Kanatami*, 3 septembre 2015, EU:C:2015:535 ; C-205/15 *Toma et Biroul*, 30 juin 2016, EU:C:2016:499 ; C-583/13 P *Deutsche Bahn c. Commission*, 17 juin 2015, EU:C:2015:404.

²¹ Cf. p. ex. CJUE, F-26/12 *Cerafogli c. BCE*, 18 septembre 2014, EU:F:2014:218 ; C-279/09 *DEB*, 22 décembre 2010, EU:C:2010:811 ; C-239/14 *Tall*, 17 décembre 2015, EU:C:2015:824 ; C-419/14 *WebMindLicenses*, 17 décembre 2015, EU:C:2015:832 ; C-398/12 *M*, 5 juin 2014, EU:C:2014:2006.

²² Le renvoi à l'article 52, § 3, est explicite dans l'arrêt *Bosphorus* lui-même (30 juin 2005, req. n° no 45036/98, pt. 80).

²³ Cour EDH, *Avotins c. Lettonie* du 23 mai 2016 (req. n° 175/02), pt. 103.

14. On se gardera toutefois d'en conclure que les juges du Kirchberg se considèrent totalement liés par les prises de position de la Cour EDH (i) ou qu'ils s'y conforment toujours parfaitement (ii).

15. (i) La Cour de justice n'a de cesse de répéter que la CEDH « ne constitue pas, tant que l'Union n'y a pas adhéré, un instrument juridique formellement intégré à l'ordre juridique de l'Union », de sorte qu'elle ne saurait servir directement au contrôle de la validité d'un acte de droit dérivé²⁴ ou de la compatibilité d'une règle de droit interne²⁵. Pour cette même raison, la Cour n'entend pas jouer les « gendarmes » pour le compte de Strasbourg en rappelant les États membres à leurs obligations envers la CEDH. Elle estime, fort logiquement du reste, que « le droit de l'Union ne régit pas les rapports entre la CEDH et les ordres juridiques des États membres et ne détermine pas non plus les conséquences à tirer par un juge national en cas de conflit entre les droits garantis par cette convention et une règle de droit national »²⁶.

16. Mais la Cour s'est déjà montrée plus explicite dans ses velléités d'autonomie. Elle n'a ainsi pas manqué de souligner qu'aux termes mêmes des *Explications ad* article 52, l'obligation d'interpréter les dispositions de la Charte au regard des articles correspondants de la CEDH doit être assurée « sans que cela porte atteinte à l'autonomie du droit de l'Union et de la Cour de justice de l'Union européenne »²⁷. Dans la même perspective, un de ses avocats généraux a pu estimer que « la conception de la condition d'être “prévues par la loi” de la Cour doit, compte tenu des dispositions de l'article 52, paragraphe 3, de la Charte, être *proche* [on mesure toute la nuance que recèle cet adjectif] de celle défendue par la Cour européenne des droits de l'homme »²⁸ (voy. à ce propos, le commentaire par S. Van Drooghenboreck et C. Rizcallah dans cet ouvrage). De manière plus frontale, un avocat général a reconnu que la Cour EDH « ne définira pas toujours l'équilibre entre les exigences de la protection des droits fondamentaux, d'une part, et les impératifs de l'intérêt général ou des intérêts économiques, d'autre part, exactement de la même manière que notre Cour l'a fait jusqu'à présent dans sa

²⁴ Cf. p. ex. CJUE, C-601/15 *N*, 15 février 2016, EU:C:2016:84 ; C-543/14 *Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.*, 28 juillet 2016, EU:C:2016:605, pt. 23 ; C-398/13 *P Inuit Tapiriit Kanatami*, 3 septembre 2015, EU:C:2015:535, pt. 45.

²⁵ Cf. p. ex. CJUE, C-218/15 *Paoletti*, EU:C:2016:748, pt. 21.

²⁶ CJUE, C-617/10 *Åkerberg Fransson*, 26 février 2013, EU:C:2013:105, pt. 44 ; C-571/10 *Kamberaj*, 24 avril 2012, EU:C:2012:233, pt. 62.

²⁷ CJUE, C-601/15 *N*, 15 février 2016, EU:C:2016:84, pt. 47.

²⁸ Conclusions présentées le 12 décembre 2013 par l'avocat général Cruz Villalón dans l'affaire C-293/12 *Digital Rights Ireland*, EU:C:2013:845, pt. 109.

jurisprudence », considérant qu'une adhésion de l'Union à la CEDH « pourrait parfaitement entraîner un glissement d'accent, par exemple, dans la relation entre les droits fondamentaux et les libertés fondamentales du marché intérieur européen »²⁹.

17. C'est cette perspective de l'adhésion qui a poussé la Cour de justice à réaffirmer, dans le termes les plus explicites, les spécificités de l'ordre juridique de l'Union européenne qui rendaient ce dernier peu compatible avec certains standards jurisprudentiels développés par la Cour de Strasbourg³⁰. Dans son fameux avis 2/13, la Cour épingle notamment deux développements jurisprudentiels récents, inhérents selon elle à l'autonomie du droit de l'Union, qui risqueraient de ne pas survivre à une adhésion.

18. Le premier de ces développements concerne l'article 53 de la Charte, interprété par la Cour de justice comme ne permettant aux États membres d'assurer un niveau de protection des droits fondamentaux plus élevé que celui garanti par l'ordre juridique de l'Union que dans la mesure où l'application de tels standards nationaux ne compromet pas la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union³¹ (voy., à propos de l'article 53 de la Charte, le commentaire par N. Cariat dans cet ouvrage). On ne s'attardera pas sur cette jurisprudence, qui fera l'objet d'un commentaire séparé dans le cadre de l'examen de l'article 53, mais qui contraste singulièrement avec l'interprétation donnée de l'article 53 CEDH par la Cour EDH.

19. Le second courant jurisprudentiel auquel fait référence la Cour concerne le principe de « confiance mutuelle », qui « permet la création et le maintien d'un espace sans frontières intérieures » et « impose, notamment en ce qui concerne l'espace de liberté, de sécurité et de justice, à chacun [des États membres] de considérer, sauf dans des circonstances exceptionnelles, que tous les autres États membres respectent le droit de l'Union et, tout particulièrement, les droits fondamentaux reconnus par ce droit »³². Nous reviendrons dans un instant sur cette jurisprudence, qui a été entre-temps confirmée et affinée par la Cour de justice, mais qui reste difficilement compatible avec celle de la Cour de Strasbourg. Pour l'heure, constatons simplement qu'à travers ces deux exemples, la Cour de justice non seulement *affirme* l'existence – ou le risque – de jurisprudences divergentes, mais *assume*

²⁹ Prise de position présentée le 13 juin 2014 par l'avocat général Kokott dans la procédure d'avis 2/13, EU:C:2014:2475, pt. 206.

³⁰ CJUE, Avis 2/13, 18 décembre 2014, EU:C:2014:2454.

³¹ CJUE, C-399/11 *Melloni*, 26 février 2013, EU:C:2013:107 ; C-617/10 *Åkerberg Fransson*, 26 février 2013, EU:C:2013:105 ; C-112/13 *A*, 11 septembre 2014, EU:C:2014:2195.

³² CJUE, Avis 2/13, 18 décembre 2014, EU:C:2014:2454, pt. 191.

pleinement ces disparités, considérant qu'une censure potentielle de sa jurisprudence par Strasbourg constituerait rien de moins qu'une atteinte à l'autonomie et à la spécificité de l'ordre juridique de l'Union.

20. (ii) Par-delà ces prises de position explicites, force est d'observer que, sur plusieurs sujets, la jurisprudence de la CJUE ne cadre pas parfaitement avec celle de la Cour EDH. Sur certains d'entre eux, les différences sont subtiles, et n'ont pas été formellement reconnues par les juridictions des deux Europe³³.

21. Mais sur l'un d'entre eux au moins, la Cour de justice a ouvertement admis l'existence d'une divergence (ou d'un risque de divergence) dans son Avis 2/13. On revient ici à la jurisprudence relative au principe de confiance mutuelle et à la présomption de respect des droits fondamentaux entre États membres, qui est apparue dans le domaine de la politique d'asile et la mise en œuvre du Règlement n° 343/2003 (dit « Règlement Dublin II »). Dans

³³ On pense notamment au principe *ne bis in idem* reconnu à l'article 50, pour l'interprétation duquel la CJUE se réfère très rarement à sa disposition correspondante dans la CEDH (l'article 4 du protocole n° 7), peut-être parce que, comme le suggérait l'AG Cruz Vilallon dans l'affaire *Åkerberg Fransson* (C-617/10, EU:C:2012:340), cette disposition n'a pas été ratifiée par tous les États membres (Sur ceci, cf. A. BAILLEUX, « Entre droits fondamentaux et intégration européenne, la Charte face à son destin – A propos des arrêts *Stefano Melloni* et *Åkerberg Fransson* de la Cour de justice », *R.T.D.H.*, 2014, n° 97, p. 215-252). Quoi qu'il en soit, alors que dans son arrêt *Fransson*, la CJUE considère que le cumul de sanctions administratives et pénales (au sens « large » de l'article 6 CEDH) est en principe conforme à l'article 50, la Cour EDH n'accepte un tel cumul que pour autant que l'État établisse « de manière probante que les procédures mixtes en question étaient unies par un “lien matériel et temporel suffisamment étroit”. Autrement dit, il doit être démontré que celles-ci se combinaient de manière à être intégrées dans un tout cohérent. Cela signifie non seulement que les buts poursuivis et les moyens utilisés pour y parvenir doivent être en substance complémentaires et présenter un lien temporel, mais aussi que les éventuelles conséquences découlant d'une telle organisation du traitement juridique du comportement en question doivent être proportionnées et prévisibles pour le justiciable. » (cf. *A et B c. Norvège*, 15 novembre 2016, pt. 130, et la jurisprudence citée). On concédera toutefois qu'à ce stade, il est difficile de conclure que cette divergence illustre une plus grande générosité de la part de la Cour EDH. En effet, celle-ci semble limiter l'application de la jurisprudence précitée aux seuls cas dans lesquels la sanction administrative s'est d'abord vu reconnaître une nature pénale. Si cette lecture est correcte, elle dévoilerait une attitude plus laxiste vis-à-vis des États que celle affichée par la Cour de justice dans *Fransson*. Dans un tout autre domaine, relevons encore quelques « écarts » qui émaillent la jurisprudence de la CJUE relative à la politique de l'asile. Premièrement, évoquant la jurisprudence strasbourgeoise selon laquelle « la décision d'expulser un étranger atteint d'une maladie physique ou mentale grave vers un pays où les moyens de traiter cette maladie sont inférieurs à ceux disponibles dans l'État contractant est susceptible de soulever une question sous l'angle de l'article 3, mais seulement dans des cas très exceptionnels, lorsque les considérations humanitaires militent contre l'expulsion sont impérieuses » (arrêt *N. c. Royaume-Uni*, 27 mai 2008, req. n° 26565/05, pt. 42), la Cour de justice estime que ces cas exceptionnels ne concernent que les éloignements générant un « préjudice irréparable » lié à une « détérioration irréversible » de l'état de santé du requérant, condition que l'on ne trouve pas sous la plume de Strasbourg (C-562/13 *Abdida*, 18 décembre 2014, EU:C:2014:2453). La Cour va par ailleurs jusqu'à interdire aux États membres de mettre en œuvre la jurisprudence strasbourgeoise précitée dans le cadre de la protection subsidiaire – pourtant fondée sur une harmonisation minimale – organisée par la Directive 2004/83 (C-542/13 *M'Bodj*, 18 décembre 2014, EU:C:2014:2452). Épinglons encore l'arrêt qui, en validant une disposition de droit dérivé autorisant la rétention d'un demandeur d'asile pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public, prend quelques libertés avec l'article 5, § 1^{er}, f), de la CEDH et la jurisprudence de la Cour y relative (e.a. *Nabil et autre c. Hongrie*, 22 septembre 2015, req. n° 62116/12, pt. 29) (C-601/15 PPU *J.N.*, 15 février 2016, EU:C:2016:84).

son arrêt *N.S.*, la Cour a considéré que les autorités d'un État membre peuvent renvoyer un demandeur d'asile dans le premier État membre par lequel il a transité en présumant que ce dernier respectera ses droits fondamentaux sauf si ces autorités « ne peuvent ignorer que les défaillances systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans cet État membre constituent des motifs sérieux et avérés de croire que le demandeur courra un risque réel d'être soumis à des traitements inhumains ou dégradants au sens de cette disposition »³⁴. Cette position ne semblait pas conforme à un arrêt rendu quelques mois plus tôt par la Cour EDH, qui n'établissait entre États membres de l'Union aucune présomption de respect des droits fondamentaux dans la mise en œuvre du Règlement Dublin II³⁵. Cette contradiction n'empêcha pas la jurisprudence *N.S.* d'être consolidée dans le Règlement Dublin III³⁶, et confirmée à diverses reprises par la Cour de justice³⁷.

22. En 2014, la Cour de Strasbourg exprima clairement son désaccord avec cette jurisprudence de la Cour de justice, estimant que « [l']origine du risque [de traitement inhumain ou dégradant] encouru ne modifie en rien le niveau de protection garanti par la Convention et les obligations que celle-ci impose à l'État auteur de la mesure de renvoi. Elle ne dispense pas cet État d'examiner de manière approfondie et individualisée la situation de la personne objet de la mesure et de surseoir au renvoi au cas où le risque de traitements inhumains ou dégradants serait avéré »³⁸. Ce rappel à l'ordre ne semble guère avoir impressionné la Cour de justice, qui non seulement continue d'appliquer sa jurisprudence *N.S.*³⁹ en matière d'asile, mais qui l'a en outre étendue à la coopération judiciaire en matière pénale, durcissant au passage – au moins en apparence – les conditions de renversement de la présomption de respect des droits fondamentaux⁴⁰.

³⁴ CJUE, C-411 et C-493/10 *N.S.* et *M.E. e.a.*, 21 décembre 2011, EU:C:2011:865, pt. 94.

³⁵ Cour EDH, *M.S.S. c. Grèce et Belgique* (GC) du 21 janvier 2011 (req. n° 30696/09).

³⁶ Article 3, § 2, du Règlement 604/2013 du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride.

³⁷ Cf. CJUE, C-4/11 *Puid*, 14 novembre 2013, EU:C:2013:740; C-394/12 *Abdullahi*, 10 décembre 2013, EU:C:2013:813.

³⁸ Cour EDH *Tarakhel c. Suisse* du 4 novembre 2014 (req. n° 29217/12), pt. 104.

³⁹ CJUE, C-63/15 *Ghezelbash*, 16 juin 2016, EU:C:2016:409.

⁴⁰ Cf. CJUE, C-404/15 et C-659/15 PPU *Aranyosi et Căldăraru*, 5 avril 2016, EU:C:2016:198. Le durcissement apparent tient au fait que, si la condition relative aux « défaillances systémiques » est quelque peu assouplie pour couvrir les défaillances « touchant certains groupes de personnes », elle est doublée d'une seconde condition : « Toutefois, le constat de l'existence d'un risque réel de traitement inhumain ou dégradant en raison des conditions générales de détention dans l'État membre d'émission *ne saurait conduire, comme tel*, au refus d'exécuter un mandat d'arrêt européen. En effet, *une fois constatée l'existence d'un tel risque, encore faut-il, ensuite*, que l'autorité judiciaire d'exécution apprécie, de manière concrète et précise, s'il existe des motifs sérieux et avérés de croire que la personne concernée courra ce risque en raison des conditions de sa détention envisagées dans l'État membre d'émission. La seule existence d'éléments témoignant de défaillances soit

23. Dans son dernier arrêt en date sur le sujet, la Cour européenne des droits de l'Homme se fait plus explicite encore⁴¹. Tout en se disant « consciente de l'importance des mécanismes de reconnaissance mutuelle pour la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice visé à l'article 67 du TFUE, et de la confiance mutuelle qu'ils nécessitent » et en qualifiant d'« entièrement légitimes au regard de la Convention, dans leur principe, la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice en Europe et l'adoption des moyens nécessaires à cette fin » (pt. 113), la Cour ajoute que « les modalités de la création de cet espace ne peuvent se heurter aux droits fondamentaux des personnes concernées par les mécanismes ainsi mis en place ». Se référant explicitement à la jurisprudence de la Cour de justice, la Cour précise que « limiter aux seuls cas exceptionnels le contrôle par l'État requis du respect des droits fondamentaux par l'État d'origine de la décision de justice à reconnaître pourrait, dans des situations concrètes, aller à l'encontre de l'obligation qu'impose la Convention de permettre au moins au juge de l'État requis de procéder à un contrôle adapté à la gravité des allégations sérieuses de violation des droits fondamentaux dans l'État d'origine afin d'éviter une insuffisance manifeste dans la protection de ces droits » (pt. 114)⁴².

B. Un plancher – La possibilité d'accorder une protection plus étendue

24. La dernière phrase du paragraphe 3 de l'article 52 précise que « cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue [que la CEDH] ». Cette disposition est cohérente avec l'article 53 de la CEDH, qui fait de cette dernière le « plancher » des standards européens en matière de droits de l'homme, autorisant les États parties à faire preuve de davantage de générosité dans la protection des libertés fondamentales.

systémiques ou généralisées, soit touchant certains groupes de personnes, soit encore certains centres de détention en ce qui concerne les conditions de détention dans l'État membre d'émission n'implique pas, en effet, nécessairement que, dans un cas concret, la personne concernée serait soumise à un traitement inhumain ou dégradant en cas de remise aux autorités de cet État membre » (nous soulignons). C'est également l'impératif de confiance mutuelle et d'efficacité qui sous-tend l'interdiction faite aux États, en dépit de l'article 53 de la Charte, de prévoir des recours suspensifs conduisant au dépassement du délai prévu à l'article 17 de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen, que la Cour n'hésite pas à appliquer par analogie aux décisions concernées (C-168/13 PPU *Jeremy F.*, 30 mai 2013, EU:C:2013:358).

⁴¹ Cour EDH, arrêt du 23 mai 2016, *Avotiņš c. Lettonie*, , req. n° 17502/07.

⁴² Sans pour autant revenir sur sa jurisprudence *N.S.*, la Cour de justice s'est récemment efforcée de donner des gages à la Cour de Strasbourg en s'alignant sur les standards fixés par cette dernière en matière de traitements inhumains et dégradants (C-578/16 PPU, arrêt du 16 février 2017, EU:C:2017:127).

25. On observera que cette autorisation à « aller plus haut » est accordée tant au législateur qu'au juge de l'Union⁴³. S'agissant du premier, il semble bien qu'il ait déjà exploité cette possibilité. A titre d'exemple, on mentionnera l'article 28 du Règlement « Dublin III », qui subordonne la rétention d'une personne dans le cadre d'une procédure de transfert ou d'extradition à l'existence d'un « risque non négligeable de fuite », condition absente de la jurisprudence strasbourgeoise⁴⁴. La Cour de justice estime qu'il en va de même de la Directive 2003/86 relative au droit au regroupement familial, qui impose aux États des obligations plus étendues que celles déduites de la CEDH (et de la Charte)⁴⁵.

26. En revanche, les juges de Luxembourg n'ont pas encore explicitement eu recours à cette faculté de dépassement de la CEDH, malgré les exhortations de certains avocats généraux⁴⁶. Ces recommandations ont notamment porté sur l'exigence de légalité des restrictions aux droits fondamentaux portée par l'article 52, § 1^{er}, de la Charte, à laquelle certains proposent d'accorder une signification distincte et plus stricte que la clause comparable contenue aux articles 8 à 11 de la CEDH (voy. à propos des limitations admissibles aux droits et libertés de la Charte, la contribution de S. Van Drooghenbroeck et C. Rizcallah dans cet ouvrage)⁴⁷.

III. PARAGRAPHE 4 – LES RAPPORTS AVEC LES TRADITIONS CONSTITUTIONNELLES COMMUNES AUX ETATS MEMBRES

27. Le quatrième paragraphe de l'article 52 précise que « dans la mesure où la Charte reconnaît des droits fondamentaux tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, ces droits doivent être interprétés en harmonie avec lesdites traditions ». Cette directive d'interprétation fait écho au préambule, qui rappelle que la Charte

⁴³ C. LADENBURGER parle ici d'une « constructive ambiguity » : « the UK understood them as referring merely to Union *legislation* (...); others meant it to cover primary law, including the Charter itself possibly interpreted by the Court of Justice » (« Fundamental Rights and Citizenship of the Union », in G. AMATO, H. BRIBOSIA, B. DE WITTE (dir.), *Genèse et destinée de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 329).

⁴⁴ Sur ce point, cf. les conclusions présentées le 10 novembre 2016 par l'AG Saugmandsgaard dans l'affaire C-528/15 *Al Chodor*, EU:C:2016:865.

⁴⁵ CJUE, C-540/03 *Parlement c. Conseil*, 27 juin 2006, EU:C:2006:429.

⁴⁶ Cf. p. ex. les conclusions présentées le 11 octobre 2016 par l'AG Bobek dans l'affaire C-439/16 PPU *Milev*, EU:C:2016:760, pts 67-77 ; les conclusions présentées le 18 octobre 2012 par l'AG Sharpston dans l'affaire C-396/11 *Radu*, EU:C:2012:648, pts 79-86. Pour un exemple de refus de recours à cette clause, cf. les conclusions de l'AG Kokott présentées le 14 avril 2011 dans l'affaire C-110/10 P *Solvay*, EU:C:2011:257, pt. 101 et les conclusions présentées par la même AG le 8 avril 2013 dans l'affaire C-501/11 P *Schindler Holding c. Commission*, EU:C:2013:248, pt. 151.

⁴⁷ Cf. les conclusions présentées le 10 novembre 2016 par l'AG Saugmandsgaard dans l'affaire C-528/15 *Al Chodor*, EU:C:2016:865, pts 42-43 et pts 71-87; les conclusions présentées le 14 avril 2011 par l'AG Cruz Villalón dans l'affaire C-70/10 *Scarlet*, EU:C:2011:255, pt. 113

« réaffirme (...) les droits qui résultent notamment des traditions constitutionnelles (...) ». Elle s’ancre par ailleurs dans une jurisprudence vieille de plus de quatre décennies, qui fait des traditions constitutionnelles communes aux États membres le « substratum philosophique commun »⁴⁸ auquel s’abreuve la Cour de justice pour construire un catalogue prétorien de droits fondamentaux par le biais de la catégorie des principes généraux du droit. On observera encore qu’elle acquiert une résonance particulière à l’heure où les juridictions suprêmes des États membres font preuve d’une sensibilité croissante à l’égard de « leur » identité constitutionnelle.

28. Encore faut-il bien saisir la portée *(i)* et le contenu *(ii)* de cette disposition.

29. *(i)* A première vue, cette directive d’interprétation ne semble s’appliquer qu’aux droits qui, dans la Charte, s’enracinent dans les traditions constitutionnelles communes aux États membres (« Dans la mesure où », dit la Charte ; « Les droits *en cause* », confirment les explications). Les *Explications* relatives à certains articles de la Charte font du reste explicitement référence aux « traditions constitutionnelles »⁴⁹, à « toutes les constitutions européennes »⁵⁰ ou « nationales »⁵¹, voire à « certaines constitutions nationale »⁵². Faut-il pour autant en déduire que l’article 52, § 4, ne concerne que la poignée de droits garantis par ces dispositions ? Il nous semble qu’une telle interprétation littérale se heurte à une interprétation historique, systémique et téléologique de ce paragraphe, qui aurait égard au contexte sommairement rappelé ci-dessus. En outre, force est d’observer que la plupart des références aux traditions constitutionnelles communes contenues dans la jurisprudence récente de la CJUE ne concernent pas les droits mentionnés dans les *Explications*⁵³.

30. *(ii)* Les *Explications* précisent que l’article 52, § 4, s’écarte d’une « approche rigide du “plus petit dénominateur commun” » et invite à interpréter les droits concernés « d’une

⁴⁸ Conclusions présentées le 2 décembre 1970 par l’AG Dutheillet de Lamothe dans les affaires 11/70 e.a. *Internationale Handelsgesellschaft*, EU:C:1970:100.

⁴⁹ Art. 10, § 2; art. 14, § 1er; art. 49, § 3.

⁵⁰ Art. 20.

⁵¹ Art. 17.

⁵² Art. 37.

⁵³ On pense notamment au principe de l’application rétroactive de la peine plus légère (CJUE, C-218/15 *Paoletti*, 6 octobre 2016, EU:C:2016:748 ; C-61/11 PPU *El Dridi*, 28 avril 2011, EU:C:2011:268), au principe de protection juridictionnelle effective (C-279/09 *DEB*, 22 décembre 2010, EU:C:2010:811 ; C-221/09 *AJD Tuna*, 17 mars 2011, EU:C:2011:153), au principe *nulla poena sine culpa* (conclusions de l’AG Kokott dans les affaires C-501/11 P *Schindler c. Commission*, EU:C:2013:248, et C-681/11 *Schenker e.a.*, EU:C:2013:126) ou au droit à une bonne administration (conclusions présentées le 6 juin 2013 par l’AG Kokott dans l’affaire C-276/12 *Sabou*, EU:C:2013:370).

manière qui offre un niveau élevé de protection, adapté au droit de l'Union et en harmonie avec les traditions constitutionnelles communes ». Cette orientation paraît conforme à la jurisprudence de la Cour, qui ne s'est jamais embarrassée d'une logique arithmétique, se contentant d'identifier des « tendances » au sein des droits constitutionnels nationaux pour déterminer le contenu ou la portée des droits invoqués devant elle. Lors de son audition par le Groupe de Travail II de la Convention sur l'avenir de l'Europe, V. Skouris, alors président de la Cour de justice, plaida en faveur de l'insertion d'une telle clause, précisant qu'elle permettrait aux juges d'appliquer le standard national le plus élevé, fût-il inséré dans une seule Constitution⁵⁴. Si elle doit sans doute être approuvée pour la flexibilité qu'elle ménage aux juges de Luxembourg, on ne saurait nier qu'une telle approche génère un flou qui n'est pas sans poser quelques problèmes.

31. D'une part, l'absence de toute méthodologie dans la mise en œuvre de cette approche inductive peut conduire à des résultats ou à des motivations contestables. Une première manière de faire consiste pour la Cour à procéder directement à un examen comparatif des traditions juridiques. Malheureusement, l'échantillon retenu est souvent très restreint, ce qui limite la crédibilité de la conclusion qui en est tirée⁵⁵. L'autre approche consiste à se fier aux prises de positions d'acteurs nationaux eux-mêmes, réputés mieux placés que la Cour pour connaître les fondements de leurs ordres juridiques. On songe ainsi à l'argumentation de l'avocat général Bot dans l'affaire *Melloni*, qui se fonde sur l'attitude des gouvernements des États membres (en tant que co-législateurs et en tant que parties intervenantes au litige) pour conclure à l'absence d'identité constitutionnelle espagnole⁵⁶ et, plus largement, à l'absence de tradition constitutionnelle commune⁵⁷, imposant des garanties procédurales supérieures à

⁵⁴ S. KOUKOULIS-SPILIOTOPOULOS, « Incorporating the Charter into the Constitutional Treaty : What Future for Fundamental Rights ? », in G. C. RODRIGUEZ IGLESIAS *et al.*, *Problèmes d'interprétation - A la mémoire de Constantinos N. Kakouris*, Athènes-Bruxelles, Sakkoulas-Bruylant, 2004, p. 252.

⁵⁵ A titre d'exemple, l'AG Mengozzi se borne à examiner les droits de quatre États membres (dont le Grand-Duché de Luxembourg et le Danemark) pour conclure à l'absence de principe commun entre États membres en matière d'aide judiciaire (C-279/09 *DEB*, EU:C:2010:489). On n'est guère plus convaincu par le renvoi à une seule source doctrinale pour motiver le constat que « les traditions constitutionnelles communes des États membres contiennent un droit d'être entendu dans le cadre de la procédure administrative uniquement de manière isolée et seulement depuis peu » (AG Kokott, C-276/12 *Sabou*, EU:C:2013:370, pt. 54).

⁵⁶ Conclusions présentées le 2 octobre 2012 dans l'affaire C-399/11 *Melloni*, EU:C:2012:600, pt. 141: « Le Royaume d'Espagne a lui-même indiqué, lors de l'audience, en s'appuyant notamment sur les exceptions existant en droit espagnol à la tenue d'un nouveau procès après un jugement rendu par défaut, que la participation de l'accusé à son procès ne relève pas de l'identité constitutionnelle du Royaume d'Espagne ».

⁵⁷ *Id.*, pt. 84: « la circonstance que la décision-cadre 2009/299 résulte d'une initiative de sept États membres et qu'elle ait été adoptée par l'ensemble des États membres permet de présumer, avec suffisamment de certitude, que la grande majorité des États membres ne partage pas la même conception que celle retenue par le Tribunal Constitucional dans sa jurisprudence ».

celles prévues dans la Décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen. Pour commode qu'elle soit, une telle méthode paraît cependant sous-estimer le risque de divergence d'opinion entre le gouvernement d'un État membre et l'interprète autorisé de ses dispositions constitutionnelles. On notera par exemple qu'alors que le gouvernement allemand était à l'initiative de la disposition dont la validité se trouvait contestée dans l'arrêt *Melloni*, le tribunal constitutionnel allemand a refusé, pour des motifs proches de ceux invoqués par des juridictions espagnoles dans *Melloni*, de faire droit à une demande d'exécution d'un mandat d'arrêt européen émis par des autorités italiennes sur la base d'une interprétation très large de la disposition en question... et du respect de son identité constitutionnelle⁵⁸.

32. D'autre part, l'article 52, § 4, ne règle pas la question de son articulation avec la directive d'interprétation prévue au paragraphe précédent. Pour le dire sans détour, que doit faire le juge de l'Union en cas de divergence entre, d'une part, les standards de la CEDH tels qu'interprétés par la Cour de Strasbourg et, d'autre part, les traditions constitutionnelles communes des États membres ? L'hypothèse n'est pas tout à fait théorique. On rappellera ainsi que l'avocat général Cruz Villalon considéra que l'absence de consensus entre les États membres sur l'étendue du principe *ne bis in idem* consacré à l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention commandait une interprétation « partiellement autonome » de l'article 50 de la Charte, observant que « l'enracinement des systèmes de double sanction administrative et pénale des États membres » constituait une « tradition constitutionnelle commune aux États membres »⁵⁹ (voy. au sujet de l'article 50 de la Charte, le commentaire par D. Bernard dans cet ouvrage).

IV. PARAGRAPHE 5 – LA JUSTICIABILITE DES PRINCIPES

33. L'article 52, § 5, introduit une distinction très critiquée et ambiguë entre *droits* et *principes*. Selon ce paragraphe, « 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

⁵⁸ BVerfGE, ordonnance du 15 décembre 2015, 2 BvR 2735/14.

⁵⁹ Conclusions présentées le 12 juin 2012 dans l'affaire C-617/10, *Åkerberg Fransson*, EU:C:2012:340, pt. 86. Cf. S. PEERS et S. PRECHAL, *op. cit.*, p. 1519, qui considèrent que le paragraphe 3 de l'article 52 devrait l'emporter, en cas de conflit, sur le paragraphe 4.

invocation devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes ».

34. Cette distinction, qui s'enracine dans les traditions constitutionnelles de certains États membres⁶⁰, a été introduite pour apaiser les craintes de certains gouvernements (Royaume-Uni en tête) quant à la justiciabilité des droits sociaux. Si elle a porté ses fruits sur le plan politique, cette distinction est néanmoins d'application malaisée. Elle pose la question de l'identification des principes (A) et celle du régime juridique qui leur est associé (B).

A. L'identification des principes

35. La Charte ne procède pas elle-même à l'identification de ses dispositions qui contiennent des principes en lieu et place de droits. Quant aux *Explications*, elles ne fournissent guère que des indications partielles. Elles mentionnent à titre illustratif « 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] ». Sur la base des *Explications* se rapportant à chaque disposition prise individuellement, l'on peut ajouter à la liste la protection de la santé (article 35), l'accès aux services d'intérêt économique général (article 36) et la protection des consommateurs (article 38).

36. Mais qu'en est-il des autres dispositions de la Charte ? Quel est le critère susceptible de différencier un droit d'un principe ? Si la Cour ne s'est pas encore prononcée sur cette question délicate, certains avocats généraux l'ont abordée de front⁶¹. Selon ceux-ci, le libellé même de la disposition en cause contient des indications utiles à cet égard. Ainsi, l'utilisation du terme « droit » dans la disposition elle-même est révélatrice de l'existence d'un droit. A l'inverse, le renvoi aux « conditions prévues par le droit de l'Union et les législations et

⁶⁰ Cette distinction a été retenue 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 » (G. BRAIBANT, « La Charte des droits fondamentaux », *Droit social*, 2001, p. 69).

⁶¹ Cf. not. les conclusions présentées le 8 septembre 2011 par l'AG Trstenjak dans l'affaire C-282/10 *Dominguez*, EU:C:2011:559, pts 75-79 ; les conclusions de l'AG Cruz Villalón présentées le 18 juillet 2013 dans l'affaire C-176/12 *Association de médiation sociale*, EU:C:2013:491, pts 50-56.

pratiques nationales » laisse penser que la disposition en cause consacre un principe. Il en va de même des dispositions qui « sont formulées dans le sens d’une garantie de droit objectif, à savoir que les droits qu’elle confère sont “reconnus” ou “respectés” ». ⁶² Plus délicate en revanche semble être la prise en compte d’une donnée systémique liée à la partie de la Charte dans laquelle s’insère la disposition concernée. On peine ainsi à se rallier à la proposition de l’avocat général Cruz Villalon qui, parlant des dispositions regroupées sous le titre « Solidarité » de la Charte, considère qu’ « il existerait une forte présomption d’appartenance des droits fondamentaux visés dans ce titre à la catégorie de “principes” », eu égard à la substance et au contenu desdits droits (sociaux) ⁶³. Avec K. Lenaerts, on notera ainsi que le titre « Solidarité » reprend un certain nombre de droits formulés comme tels, et notamment le droit d’accès aux services de placement (article 29 – commenté par D. Baugard), le droit à des conditions de travail justes et équitables (article 31 – commenté par S. Robin - Olivier) et le droit à un congé parental et à un congé de maternité (article 33, § 2 – commenté par J.-P. Margénaud et J. Mouly) ⁶⁴.

37. Plus de quatre ans après l’entrée en vigueur de la Charte, la Cour s’est enfin résolue à faire application de la catégorie des principes dans l’affaire *Glatzel* ⁶⁵. La Cour y qualifie de « principe » l’intégration des personnes handicapées (voy. à ce propos, le commentaire de l’article 26 par I. Hachez dans cet ouvrage). Elle omet cependant de justifier cette qualification, si ce n’est par une référence laconique et indirecte aux *Explications* portant sur les articles 26 et 52, § 5, de la Charte, qui rangent résolument l’intégration des personnes handicapées dans la catégorie des « principes ». Ce faisant, la Cour fait preuve d’un zèle remarquable à l’endroit des articles 6, § 1^{er}, du TUE, et 52, § 7, de la Charte qui l’enjoignent simplement à « prendre dûment en considération » lesdites explications dans l’interprétation et l’application de la Charte. Si l’on peut comprendre l’attitude prudente de la Cour, force est cependant d’observer que cette méthode ne fournit aucune indication quant au critère d’identification d’un principe en dehors des cas traités expressément par les explications annexées à la Charte.

B. La justiciabilité des principes

⁶² Conclusions précitées de l’AG Trstenjak dans l’affaire C-282/10 *Dominguez*, pt. 76.

⁶³ Conclusions précitées de l’AG Cruz Villalón dans l’affaire C-176/12 *Association de médiation sociale*, pt. 55.

⁶⁴ K. LENAERTS, « La solidarité ou le chapitre IV de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne », *R.T.D.H.*, 2010, p. 217-236, spéc., p. 225-227.

⁶⁵ C-356/12 *Glatzel*, 22 mai 2014, EU:C:2014:350.

38. Une fois déterminée la liste des principes contenus dans la Charte, encore faut-il s'entendre sur leur densité normative. Rappelons que l'article 51 de la Charte (voy., son commentaire par F. Picod) enjoint l'Union et ses États à « observe[r] les principes », tandis que l'article 52, § 5, prévoit que « [le]s 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 ».

39. Pour sibyllines que soient ces dispositions, il semble au minimum en ressortir que les principes ne sont pas des « épées »⁶⁶ : ils « ne donnent pas lieu à des droits immédiats à une action positive de la part des institutions de l'Union ou des autorités des États membres » (*Explications ad* article 52, § 5). En revanche, il apparaît que ces principes peuvent être invoqués en justice en vue de l'interprétation et du contrôle des mesures nationales et des actes de droit dérivé qui les mettent en œuvre. On reconnaîtra qu'ainsi interprétée, la densité normative des principes est relativement limitée. Il est en effet quelque peu circulaire, voire absurde, de considérer que les seuls actes susceptibles d'être invalidés pour violation d'un principe sont ceux qui visent justement à leur donner une consistance. C'est pourquoi certains auteurs, s'appuyant notamment sur les références jurisprudentielles incluses dans les *Explications ad* article 52, § 5, ont considéré que les principes sont également invocables à l'encontre de tout acte qui y porte directement ou indirectement atteinte, quand bien même cet acte n'en constituerait pas la mise en œuvre au sens strict⁶⁷.

40. A ce jour, seul l'arrêt *Glatzel* précité fournit quelques indications quant au régime juridique applicable aux principes. Il convient donc de s'y arrêter un instant⁶⁸. Cette affaire

⁶⁶ 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.

⁶⁷ Cf. S. PEERS et S. PRECHAL, *op. cit.*, p. 1510 ; L. BURGORGUE-LARSEN, *op. cit.*, p. 688 ; O. DE SCHUTTER, « Les droits fondamentaux... », *op. cit.*, p. 113 ; A. BAILLEUX, E. BRIBOSIA, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in S. VAN DROOGHENBROECK, P. WAUTELET (dir.), *Droits fondamentaux en mouvement. Questions choisies d'actualité*, Bruxelles, Anthémis, 2012, p. 73-151.

⁶⁸ Pour un commentaire et une tentative de réécriture de cet arrêt, cf. A. BAILLEUX, I. HACHEZ, « Another Look at Glatzel », in E. BREMS, E. DESMET (eds), *Rewriting Human Rights*, Edward Elgar, 2017 (à paraître).

portait sur la validité d'une annexe de la Directive 2006/126 relative au permis de conduire au regard d'une série de dispositions de la Charte, dont son article 26 relatif à l'intégration des personnes handicapées. Cette question intervenait dans le cadre d'un litige relatif au refus de l'administration allemande d'octroyer à M. Glatzel un permis de conduire au motif que l'acuité visuelle d'un de ses yeux ne satisfaisait pas aux conditions fixées à l'annexe III, point 6.4, de la Directive 2006/126.

41. La Cour consacre cinq paragraphes de son arrêt à l'examen de la conformité de l'annexe contestée avec l'article 26 de la Charte. Après avoir qualifié de « principe » l'intégration des personnes handicapées, la Cour observe qu'en vertu de l'article 52, § 5, de la Charte, seuls les actes qui mettent en œuvre l'article 26 de la Charte peuvent voir leur validité contrôlée au regard du principe d'intégration des handicapés. Elle note que cette condition est remplie *in casu*. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour relève qu'aux termes du considérant 14 de la Directive, « il convient d'arrêter des dispositions spécifiques pour favoriser l'accès des personnes physiquement handicapées à la conduite des véhicules ». Elle constate par ailleurs que l'article 5, § 2, de la Directive 2006/126 « fait allusion aux conditions de délivrance d'un permis de conduire aux conducteurs affectés d'un handicap physique ». Il y a là manifestement une interprétation extensive de la notion de « mise en œuvre » utilisée à l'article 52, § 5, de la Charte.

42. Cette audace interprétative n'est toutefois pas suivie d'effet. Après avoir conclu que la Directive 2006/126 tombe dans l'orbite de l'article 26 de la Charte, la Cour note que « le principe consacré à cet article n'implique pas, en revanche, que le législateur de l'Union soit tenu d'adopter telle ou telle mesure particulière. En effet, afin que cet article produise pleinement ses effets, il doit être concrétisé par des dispositions du droit de l'Union ou du droit national. Par conséquent, ledit article ne saurait, en lui-même, conférer aux particuliers un droit subjectif invocable en tant que tel » (pt. 78). La Cour conclut à l'absence de violation de l'article 26.

43. La Cour subordonne ainsi le contrôle de conformité à un principe à la présence de trois normes de niveau distinct : (1) le principe inscrit dans la Charte lui-même ; (2) des dispositions du droit de l'Union ou du droit national concrétisant ledit principe ; et (3) l'acte national ou européen mis en cause, lequel doit « mettre en œuvre » le principe en question. Ce faisant, la Cour considère que ce n'est que lorsqu'ils sont combinés à un acte de « niveau

(2) » que les principes peuvent faire office de norme de contrôle. Seuls, en revanche, ils sont dénués de tout effet direct.

44. Ce raisonnement s'écarte manifestement de la lettre de l'article 52, § 5, de la Charte, qui ne fait référence qu'à deux niveaux de normes : le principe d'une part (la norme de contrôle) et l'acte de droit dérivé ou de droit national qui le met en œuvre d'autre part (la norme contrôlée).

45. Selon toute vraisemblance, la solution retenue par la Cour s'inspire du raisonnement proposé par l'avocat général Cruz Villalón dans l'affaire *AMS*⁶⁹. Après avoir classé le droit à l'information et à la consultation des travailleurs consacré à l'article 27 de la Charte (voy., le commentaire de B. Teyssié) au rang des principes, ce dernier affirme qu'il « saute aux yeux », à la lecture de l'article 52, § 5, de la Charte, que les principes contenus dans celle-ci ne peuvent servir de norme de contrôle qu'une fois affinés par des « actes de concrétisation essentielle et directe » (pt. 68). Le problème, poursuit, l'avocat général, c'est que ces actes de concrétisation ne peuvent en même temps être les actes de mise en œuvre qui, en vertu de l'article 52, § 5, de la Charte, peuvent être contrôlés à l'aune des principes. Aboutir à une autre conclusion reviendrait à s'enfermer dans un « cercle vicieux » : dans une telle hypothèse en effet, « [c]es actes normatifs d'application devraient être contrôlés à l'aune d'un principe dont le contenu (...) est justement celui qu'il reçoit de ces actes normatifs d'application » (pt. 69). L'avocat général en déduit que « le domaine des actes dont l'interprétation et le contrôle sont permis par la deuxième phrase de l'article 52, paragraphe 5, de la Charte est différent et plus étendu que celui des actes de concrétisation normative. Concrètement, ce sont tous les actes de mise en œuvre qui vont au-delà de la concrétisation essentielle et immédiate du "principe" qui pourront être invoqués devant les tribunaux, avec les autres actes d'application » (pt. 70).

46. Dans son arrêt *Glatzel*, la Cour s'aligne sur cette approche en deux temps : elle reconnaît d'abord que la Directive 2006/126 constitue une mesure de « mise en œuvre » au sens de l'article 52, § 5, de la Charte, mais conclut ensuite à l'absence de concrétisation du principe invoqué.

⁶⁹ Conclusions présentées le 18 juillet 2013 dans l'affaire C-176/12 *Association de médiation sociale*, non encore publiée au Recueil.

47. Ce raisonnement appelle deux observations.

48. Premièrement, on est frappé par la faiblesse du lien qui unit la Directive 2006/126 au principe qu'elle est censée « mettre en œuvre ». Pas la moindre disposition de celle-ci – et certainement pas la disposition de l'annexe mise en cause – ne s'attache à favoriser l'intégration des handicapés. Tout juste cette Directive évoque-t-elle la nécessité d'adopter d'autres dispositions susceptibles de favoriser l'accès des personnes handicapées au permis de conduire, sans même se référer à la Charte. Il est difficile de ne pas faire le rapprochement entre cette interprétation audacieuse⁷⁰ et la lecture non moins généreuse que fait la Cour de l'article 51, § 1^{er}, de la Charte lorsqu'il prévoit que celle-ci ne lie les États membres que lorsqu'ils « mettent en œuvre le droit de l'Union »⁷¹ (voy. le commentaire précité de F. Picod).

49. Si cette lecture extensive de l'article 51, § 1^{er}, s'est attirée certaines critiques, il y a fort à parier qu'il en ira de même de l'interprétation retenue par la Cour de la notion de « mise en œuvre » figurant à l'article 52, § 5, de la Charte. A lire l'arrêt *Glatzel* en effet, dès qu'un acte évoque la nécessité de tenir compte de certaines valeurs et que ces valeurs se trouvent consacrées dans certaines dispositions de la Charte, cet acte doit être considéré comme mettant en œuvre de telles dispositions. Une telle interprétation pourrait s'avérer contreproductive : échaudé par cette première expérience, le législateur de l'Union risque désormais d'y réfléchir à deux fois avant de se référer à quelque valeur que ce soit qui se trouve consacrée dans la Charte des droits fondamentaux.

50. Notre seconde observation concerne la notion de « concrétisation », que l'on ne retrouve nulle part dans la Charte et qui fleure bon la théorie structurante du droit de F. Müller⁷². En subordonnant la justiciabilité des « principes fondamentaux » à l'existence de mesures de concrétisation, la Cour soulève deux questions.

⁷⁰ *Contra*, cf. N. CARIAT, qui y voit une « conception restrictive de la notion de “mise en oeuvre” » (*La Charte des droits fondamentaux et l'équilibre constitutionnel entre l'Union européenne et les États membres*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 498).

⁷¹ Cf. *supra*, n° 1013 et s.

⁷² F. MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, 5^{ème} éd., trad. O. Jouanjan, Paris, P.U.F., 1996. Sur les théories allemandes ayant recours au concept de concrétisation, cf. G. JUST, *Interpréter les théories de l'interprétation*, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 118-119 ; R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 40-54.

51. La première concerne la plus-value normative desdits principes. Si l'on fait abstraction de leur rôle de « boussole interprétative », à quoi servent-ils encore ?⁷³ A rien en amont de la concrétisation puisqu'à lire l'article 52, § 5, les principes « peuvent » simplement faire l'objet de mesures de mise en œuvre et ne sont donc la source d'aucune obligation positive dans le chef de leurs destinataires⁷⁴. En aval de la concrétisation, les principes ne paraissent pas davantage utiles. De deux choses l'une en effet. Soit cette concrétisation est opérée au niveau de l'Union par le biais d'un acte de droit dérivé, auquel cas il est évident que c'est ce dernier acte – plus détaillé et plus précis – qui servira de norme de contrôle. Soit cette concrétisation est assurée par les autorités nationales, hypothèse qui aboutirait à priver la Cour de justice de toute compétence pour assurer le respect des principes, tant on ne l'imagine pas s'aventurer à juger de la compatibilité d'une norme interne avec un principe fondamental tel que concrétisé par une autre norme nationale ! Dans un cas comme dans l'autre, le principe servirait au mieux de balise interprétative au juge compétent.

52. La seconde question concerne la nature et le statut dudit acte de concrétisation. Quels sont les critères susceptibles de distinguer une mesure de concrétisation d'une simple mesure de mise en œuvre ? Et à supposer même cette question résolue, pourquoi donner nécessairement la préséance à la mesure de concrétisation sur la mesure de mise en œuvre sans égard pour les autres règles de conflits de normes ? Pourra-t-on ainsi invalider un règlement au motif qu'il viole une directive antérieure censée concrétiser un principe ? Qu'en est-il de la règle *lex posterior anteriori derogat* ? Comment démontrer que l'auteur du règlement n'a pas souhaité, fût-ce implicitement, modifier le régime de concrétisation établi par la directive ?

53. On doit espérer que la Cour de justice dissipera rapidement ces incertitudes.

V. PARAGRAPHE 6 – LE RENVOI AUX LEGISLATIONS ET PRATIQUES NATIONALES

54. Selon le paragraphe 6, « les législations et pratiques nationales doivent être pleinement prises en compte comme précisé dans la présente Charte ». Les *Explications* précisent que ce

⁷³ Dans le même sens, cf. N. CARIAT, *op. cit.*, p. 496.

⁷⁴ On notera à cet égard que l'avocat général Cruz Villalón semble considérer que l'Union et les États sont tenus d'adopter de tels actes (conclusions prononcées dans l'affaire *AMS* précitée, pt. 60). Si cette thèse attire toute notre sympathie, elle nous paraît difficilement défendable à la lecture de l'article 52, § 5. Dans le même sens, cf. S. PRECHAL and S. PEERS, *op. cit.*, p. 1509.

paragraphe renvoie « aux divers articles de la Charte qui, dans l'esprit de la subsidiarité, font référence aux législations et aux pratiques nationales ». On trouve une référence aux « législations et pratiques nationales » aux articles 16 (liberté d'entreprise, commenté par Th. Léonard et J. Salteur), 27 (droit à l'information et à la consultation des travailleurs, commenté par B. Teyssié), 28 (droit de négociation et d'actions collectives, commenté par P. Rodière), 30 (protection en cas de licenciement justifié, commenté par A. Martinon), 34, §§ 2 et 3 (droit à la sécurité sociale et à l'aide sociale, commenté par D. Dumont), 35 (protection de la santé, commenté par E. Brosset), et 36 (accès aux services d'intérêt économique général, commenté par P.-O. Debroux). On épinglera aussi un renvoi aux « lois nationales » aux articles 9 (droit de se marier et de fonder une famille, commenté par G. Willems), 10, § 2, (droit à l'objection de conscience, commenté par G. Gonzalez) et 14, § 3 (droit des parents de choisir l'éducation de leurs enfants, commenté par X. Delgrange et L. Detroux). Trois des dispositions précitées se réfèrent uniquement au droit national (article 16, 35 et 36 de la Charte), les autres contenant par ailleurs un renvoi au droit de l'Union.

55. La portée de l'article 52, § 6, laisse songeur. Sans doute doit-elle se comprendre en creux de celle du paragraphe 4. Premièrement, alors que ce dernier concerne les seules traditions *constitutionnelles*, le paragraphe 6 renvoie à l'ensemble du droit national, en ce compris aux pratiques qui lui donnent consistance. Deuxièmement, là où le paragraphe 4 couvre uniquement les traditions *communes* aux États membres, le paragraphe 6 témoigne plutôt du souci de prise en compte de la *spécificité* du cadre juridique de chaque État membre. Troisièmement, les « traditions constitutionnelles communes » apparaissent comme autant de ressources susceptibles d'enrichir – et potentiellement de dynamiser, d'étendre – le contenu des droits fondamentaux, tandis que le renvoi aux « législations et pratiques nationales » s'analyse plutôt comme une barrière, qui empêche les juges de l'Union de passer outre les limites et conditions souverainement posées par chaque État membre. Quatrièmement, alors que la directive d'interprétation contenue dans le paragraphe 4 concerne l'ensemble des dispositions de la Charte, la consigne de l'article 6 voit son champ d'application limité à une poignée de droits et de principes. Enfin, là où le paragraphe 4 participe d'une ambition inductive et syncrétique, consistant à faire naître de l'unité à partir de la diversité des traditions nationales, le paragraphe 6 prend la forme d'une réserve de compétence, visant à s'assurer que l'interprétation de la Charte ne privera pas chaque État de sa souveraineté réglementaire dans des domaines qui n'ont pas été transférés (partiellement ou totalement) à l'Union européenne.

56. Cette comparaison met bien en lumière le caractère fondamentalement *défensif* d'une telle clause, censée prévenir l'uniformisation de certains domaines ressortissant aux compétences des États membres sous l'effet d'une interprétation large de la Charte. La référence des *Explications* au principe de subsidiarité confirme cette *ratio legis*. En ce sens, le paragraphe 6 vient compléter ou concrétiser le principe, martelé à plusieurs reprises dans le droit primaire, que l'entrée en vigueur de la Charte n'est pas censée modifier la répartition des compétences entre l'Union et les États membres.

57. Il est toutefois permis de mettre en doute la réelle plus-value d'une telle clause. D'une part, le champ d'application de la Charte tel que défini à son article 51 est déjà de nature à limiter l'ingérence du catalogue européen des droits fondamentaux dans des compétences exercées principalement par les États membres. D'autre part, lorsqu'une situation relève du droit de l'Union au sens de la disposition précitée, on imagine mal le Cour de justice renoncer à asseoir la primauté et l'unité du droit de l'Union au motif que la protection d'un droit fondamental viendrait se heurter à une pratique nationale⁷⁵. Tout au plus – mais sans doute n'est-ce pas négligeable – cette disposition permettra-t-elle aux États membres de solliciter l'octroi d'un substantiel « pouvoir d'appréciation » dans les restrictions aux droits qu'elle vise.

VI. PARAGRAPHE 7 – LE STATUT DES EXPLICATIONS

58. Selon le paragraphe 7 de l'article 52, « les explications élaborées en vue de guider l'interprétation de la présente Charte sont dûment prises en considération par les juridictions de l'Union et des États membres ». Cette obligation de « due prise en considération » est réitérée à l'article 6, § 1^{er}, al. 3, du TUE et dans le préambule de la Charte. Quant au préambule des explications elles-mêmes, il précise maladroitement que ces *Explications* n'ont « pas en soi de valeur juridique » mais qu'elles constituent néanmoins « un outil d'interprétation précieux destiné à éclairer les dispositions de la Charte ».

59. Les *Explications* consistent en des commentaires des différentes dispositions de la Charte rédigés sous l'égide du « praesidium » de la Convention chargée de la rédaction de la Charte,

⁷⁵ En ce sens, on observera que le seul arrêt qui, à ce jour, renvoie à cette disposition, ne lui donne aucun effet utile: CJUE, C-271/08, *Commission c. Allemagne*, 15 juillet 2010, EU:C:2010:426.

c'est-à-dire principalement son président (R. Herzog) et ses deux vice-présidents. Suite à la modification du texte de la Charte par la Convention sur l'avenir de l'Europe en 2007, les *Explications* ont été amendées à la même époque par le secrétariat du Groupe de Travail II et son président (A. Vitorino) avant d'être approuvées, sans débat, par le praesidium de cette dernière Convention. En d'autres termes, les *Explications* ont été écrites par le petit groupe de personnes qui, au sein des deux conventions, avaient rédigé les articles de la Charte elle-même. Elles n'ont en revanche pas été formellement entérinées par l'assemblée plénière de ces deux conventions. Faut-il le dire, ces *Explications* n'ont pas non plus été expressément adoptées par les institutions de l'Union et par les États membres. Ces derniers ont toutefois indirectement approuvé les *Explications* en ratifiant le Traité de Lisbonne, qui contient une référence aux *Explications*.

60. N'ayant pas de valeur *contraignante*, les *Explications* ont été publiées le 14 décembre 2007 dans la partie C du Journal officiel de l'Union européenne. On se gardera pour autant d'en conclure, comme le prétend son préambule, que le texte des *Explications* est dépourvu de toute « valeur juridique ». Sa pertinence juridique, élément capital de la négociation pour les Britanniques⁷⁶, ne fait aucun doute. Elle est plus forte, du reste, que celle de simples « travaux préparatoires », auxquels le juge *peut* recourir pour éclairer le sens d'une disposition (article 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969). S'agissant d'une véritable déclaration interprétative à laquelle les « maîtres des traités » se sont ralliés (fût-ce implicitement), elle *doit* être prise en compte, l'article 52, § 7, de la Charte ne faisant que paraphraser sur ce point l'article 31, § 2, a), de la Convention de Vienne⁷⁷. Ces explications ont du reste été explicitement invoquées par les juges constitutionnels français et espagnols pour justifier le brevet de constitutionnalité qu'ils accordaient au traité établissant une Constitution pour l'Europe⁷⁸.

61. Les juridictions de l'Union se réfèrent régulièrement aux *Explications* de la Charte, et ne semblent pas enclines à s'en écarter explicitement⁷⁹. On ne peut toutefois exclure que, dans certains arrêts, la CJUE ait silencieusement mais sciemment pris quelques distances par

⁷⁶ C. LADENBURGER, *op. cit.*, p. 348-349.

⁷⁷ Dans le même sens, cf. L. BURGORGUE-LARSEN, *op. cit.*, p. 681. *Contra*, C. LADENBURGER, *op. cit.*, p. 350.

⁷⁸ Sur ces arrêts, cf. L. BURGORGUE-LARSEN, « Ombres et lumières de la constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *C.D.E.*, 2004, p. 675-682.

⁷⁹ Cf. *ex multissimis*, CJUE, C-294/16 PPU *JZ*, 28 juillet 2016, EU:C:2016:610, pts 50-51 ; C-601/15 PPU *N*, 15 février 2016, EU:C:2016:84, pt. 47 ; C-134/15 *Lidl*, 30 juin 2016, EU:C:2016:498, pt. 28 ; C-477/14 *Pillbox*, 4 mai 2016, pt. 155.

rapport au prescrit des *Explications*. Rappelons ainsi sa jurisprudence relative au principe *ne bis in idem*, qu'elle développe largement sans référence à la disposition correspondante du « système CEDH » et à l'interprétation qui en est donnée par les juges de Strasbourg, au mépris des explications *ad* article 52, § 3.

62. Certains avocats généraux n'entourent pas leurs incartades d'une telle discrétion. On épinglera ainsi le peu de considération que l'avocat général Cruz Villalón semble accorder aux *Explications* dans ses conclusions dans l'affaire *Åkerberg Fransson*, qui s'interroge sur leur valeur juridique (« pour ce qu'elles valent ») et semble les traiter comme le reflet d'une opinion ni plus éclairée, ni plus autorisée qu'une autre (« Je pense [que les explications] sont exactes à quelques nuances près »)⁸⁰.

63. Si cette position semble quelque peu excessive, elle a au moins le mérite d'éviter de verser dans la sacralisation d'un texte dépourvu de force contraignante. On attend avec curiosité le jour où la Cour, tout en prenant dûment en considération les *Explications*, jugera qu'il convient de s'en écarter au nom d'une interprétation dynamique de la Charte.

⁸⁰ Conclusions présentées le 12 juin 2012 dans l'affaire C-617/10 *Åkerberg Fransson*, EU:C:2012:340, pt. 25.