

Europa-Universität Viadrina

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
École Doctorale de Droit de la Sorbonne

L'interprétation du champ d'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

Analyse comparée franco-allemande

Auriane Taveau

Thèse pour l'obtention du titre de docteur en droit

Présentée et soutenue publiquement le 22 septembre 2020

Sous la direction des Professeurs David Capitant et Wolff Heintschel von Heinegg

Composition du jury :

Monsieur **David Capitant**, Professeur à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (directeur)

Madame **Constance Grewe**, Professeure émérite à l'université de Strasbourg

Monsieur **Wolff Heintschel von Heinegg**, Professeur à la Europa-Universität Viadrina
(directeur et rapporteur)

Monsieur **Francesco Martucci**, Professeur à l'université Paris 2 Panthéon-Assas (rapporteur)

Monsieur **Matthias Pechstein**, Professeur à la Europa-Universität Viadrina

Europa-Universität Viadrina

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
École Doctorale de Droit de la Sorbonne

L'interprétation du champ d'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

Analyse comparée franco-allemande

Auriane Taveau

Thèse pour l'obtention du titre de docteur en droit

Présentée et soutenue publiquement le 22 septembre 2020

Sous la direction des Professeurs David Capitant et Wolff Heintschel von Heinegg

Composition du jury :

Monsieur **David Capitant**, Professeur à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (directeur)

Madame **Constance Grewe**, Professeure émérite à l'université de Strasbourg

Monsieur **Wolff Heintschel von Heinegg**, Professeur à la Europa-Universität Viadrina
(directeur et rapporteur)

Monsieur **Francesco Martucci**, Professeur à l'université Paris 2 Panthéon-Assas (rapporteur)

Monsieur **Matthias Pechstein**, Professeur à la Europa-Universität Viadrina

L'Université Paris I Panthéon-Sorbonne n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions devront être considérées comme propres à leurs auteurs.

REMERCIEMENTS

À toute thèse, ses remerciements, trop court hommage à ceux qui, de près ou de loin, ont contribué à donner vie à cette aventure.

À ce titre, mes remerciements s'adressent en premier lieu à mes directeurs de thèse. Monsieur le Professeur David Capitant, le suivi soutenu apporté à mes débuts a été d'une grande aide pour me lancer dans le vif du sujet. Je vous remercie pour votre exigence à l'égard de mon écriture qui m'a poussé à me dépasser. Herr Prof. Dr. Wolff Heintschel von Heinegg, unsere punktuellen Treffen in Deutschland haben mich stets ermutigt und mir geholfen, das Vertrauen in meine Arbeit zu stärken. Hierfür und für Ihre wertvollen Anmerkungen danke ich Ihnen sehr. Mein Dank gilt ebenso das Lehrstuhlteam Brömmelmeyer, das in mir die Lust, eine Doktorarbeit zu schreiben, geweckt hat und für den sehr freundlichen Empfang in Frankfurt (Oder).

J'associe à ces remerciements les Professeur.e.s Constance Grewe, Francesco Martucci et Matthias Pechstein pour avoir accepté d'être membre du jury et pour le temps consacré à la lecture de mon travail.

Je remercie l'Université franco-allemande pour le soutien financier essentiel apporté à cette thèse du début à la fin. Il a pris la forme d'un contrat doctoral, d'un financement de la soutenance et d'un co-financement de mes nombreux allers-retours en Allemagne. Ces derniers ont également été permis par le soutien scientifique et financier du collège doctoral franco-allemand et par l'engagement du département doctoral de droit comparé de l'école doctorale de droit de la Sorbonne, tout particulièrement au travers de la personne de Claire Flavigny. Claire, votre bonne humeur et l'aide énergique sans faille que vous apportez aux doctorants sont une denrée précieuse et très appréciée.

Je ne peux oublier dans ces remerciements la Bibliothèque d'études doctorales juridiques de la Sorbonne et Marina Krivitzky. Marina, ta présence a fait de ce lieu un endroit chaleureux et un cadre de travail idéal, que je n'ai quitté qu'avec regrets. Ta bienveillance et ton amitié m'ont beaucoup apprises à plusieurs titres.

Cette thèse ne serait pas non plus ce qu'elle est sans l'amitié d'Anne-Charlotte, d'Ariane et de Dagna, mais aussi d'Armand, de Steffy et de Vanessa. Les innombrables discussions que nous avons eu ont toujours été bienveillantes. Merci pour votre présence, votre aide précieuse, vos nombreuses relectures et la stimulation intellectuelle permanente

à laquelle nous nous sommes mutuellement soumis. J'adresse un remerciement spécial à Paolo pour la formation word approfondie et les nombreuses heures passées à retravailler la mise en page.

Mes remerciements s'adressent également à Chloé, Cyrielle, Emma, Justine, Lorène et Sandra, un public exclusivement féminin qui a, de manière assidue et enthousiaste, procédé à une partie du fastidieux travail de correction. Votre fidèle amitié m'aura, entre autres choses, accompagné dans le deuil d'une quantité importante de connecteurs logiques inutiles.

À tous les ami.e.s des pérus, de la OSPYTT, des -bulles puis -choeuriens, de Paris, de la Bretagne élargie, de Toulouse, de Lyon, mais aussi de Berlin, de la fière chaloupe Dremmwel et d'ailleurs. Votre présence a été joyeuse, rafraichissante, constante et d'un soutien inestimable pour maintenir un équilibre avec un travail de thèse passionnant, mais quelque peu envahissant.

Mes frère et sœurs, malgré la distance kilométrique, l'ébullition familiale de nos retrouvailles a chaque fois été d'une grande efficacité pour me couper de la thèse l'espace de quelques heures, quelques jours ou quelques semaines, par skype, à Lyon, Valloire, Paris, en Martinique ou au Canada. L'élargissement progressif de la famille ne contribue que plus encore à rendre ces moments heureux.

J'adresse des remerciements tous particuliers à mes parents, Véronique et Jacques, qui nous ont toujours appris à faire ce dont nous avons envie, pour autant que l'on s'en donne les moyens. Je crois que ce travail est le témoin d'une leçon retenue. Merci pour votre soutien indéfectible depuis toujours, dans les voies parfois longues mais toujours tortueuses que nous avons chacun décidé de suivre.

À Martial, enfin. Merci pour ta présence, ton humour et la fierté que tu as témoigné à l'égard de mon travail. Ils m'ont porté tout au long.

PRINCIPALES ABREVIATIONS

AFDI	Annuaire français de droit international
AIJC	Annuaire international de justice constitutionnelle
AJDA	Actualité juridique droit administratif
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Ass.	Assemblée
Ass. plén.	Assemblée plénière
BAG	Bundesarbeitsgericht, Cour fédérale du travail
BFH	Bundesfinanzhof, Cour fédérale des finances
BGH	Bundesgerichtshof, Cour fédérale de justice
BSG	Bundessozialgericht, Cour fédérale du contentieux social
BVerfG	Bundesverfassungsgericht, Cour constitutionnelle fédérale
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht, Cour administrative fédérale
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cass.	Cour de cassation
CE	Conseil d'État
CE	Communauté européenne
CECA	Communauté européenne du charbon et de l'acier
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CEE	Communauté économique européenne
CESDH	Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales
ch. civ.	Chambre civile
ch. com.	Chambre commerciale
ch. crim.	Chambre criminelle
ch. soc.	Chambre sociale
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Comm. EDH	Commission européenne des droits de l'Homme
Cons. const.	Conseil constitutionnel
D.	Recueil Dalloz
DDHC	Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen
dir.	Sous la direction de
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
Dr. soc.	Droit social

DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
éd.	Éditeur ou édition
ELJ	European Law Journal
ELR	European Law Review
ELSJ	Espace de liberté, sécurité et justice
<i>et al.</i>	Et autres
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Zeitschrift Europarecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
GC	Grande chambre de la Cour de justice de l'Union européenne ou de la Cour européenne des droits de l'Homme
<i>Ibid.</i>	Référence identique à celle qui précède
JCP G	La semaine juridique – Édition générale
JA	Juristische Arbeitsblätter
JDE	Journal de droit européen
JDI	Journal du droit international (Clunet)
JO	Journal officiel
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
OLG	Oberlandesgericht, Tribunal régional supérieur
<i>op. cit.</i>	Ouvrage précité
OVG NRW	Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Tribunal administratif supérieur du land de Nordrhein- Westfalen
p.	Page
prec.	Référence précitée
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RAE	Revue des affaires européennes
RCADE	Recueil des cours de l'Académie de droit européen
RDLF	Revue des droits et libertés fondamentaux
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RDUE	Revue du droit de l'Union européenne

req.	Requête
Rev. Eur. Droit public	Revue européenne de droit public
Rev. UE	Revue de l'Union européenne
RFDA	Revue française de droit administratif
RGDIP	Revue générale de droit international public
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIDE	Revue internationale de droit économique
RLC	Revue Lamy de la concurrence
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD Eur.	Revue trimestrielle de droit européen
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'Homme
TA	Tribunal administratif
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TCEE	Traité instituant la Communauté économique européenne
TECE	Traité établissant une Constitution pour l'Europe
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes
TUE	Traité sur l'Union européenne
VerwG	Verwaltungsgericht, Tribunal administratif
vol.	Volume
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien

Les traductions de l'allemand vers le français sont une libre traduction de l'auteure. Seuls font exception les articles de la Loi fondamentale, traduits en français par les services du Bundestag, et les décisions de la Cour constitutionnelle fédérale traduites en langue française.

La traduction de la Loi fondamentale est disponible sous :

www.bundestag.de/resource/blob/189762/f0568757877611b2e434039d29a1a822/loi_fondamentale-data.pdf

Les traductions des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale sont disponibles sous :

www.bundesverfassungsgericht.de/

RESUME

Le traité de Lisbonne signé en 2007 a introduit une modification de taille dans le système de protection des droits fondamentaux de l'Union en intégrant la Charte des droits fondamentaux au droit primaire. Entrée en vigueur en 2009, les dispositions de la Charte relatives à son champ d'application ont acquis une importance nouvelle. L'article 51§1 prévoit en effet que « Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union [...], ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ». Ces dispositions ont suscité de nouvelles interrogations relatives à l'application de la Charte aux États membres dans la « mise en œuvre du droit de l'Union ». Se pose ainsi la question de savoir quand appliquer la Charte et quand appliquer les droits fondamentaux nationaux à l'action des États membres. Ces incertitudes ont créé un important besoin de précisions. À l'égard du champ d'application de la Charte, sont indispensables tant l'interprétation apportée par la Cour de justice de l'Union européenne en tant qu'interprète officielle des traités, que les interprétations des juridictions nationales en qualité de juges de droit commun de l'Union. Toutefois, l'étude des interprétations de la Cour de justice de l'Union européenne et des juridictions françaises et allemandes permet déjà de mettre en lumière un certain nombre de divergences. Afin de prendre en compte l'ensemble de ces interprétations divergentes, la détermination du champ d'application de la Charte doit être appréhendée de manière hétérarchique et pluraliste. En ce sens, les divergences d'interprétation ne doivent plus être envisagées comme un obstacle mais comme un élément de la définition du champ d'application.

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS

PRINCIPALES ABREVIATIONS

RESUME

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIERE PARTIE L'INTERPRETATION DU CHAMP D'APPLICATION DE LA CHARTE PAR LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE

Titre 1. La définition du champ d'application de la Charte

Chapitre 1. La jurisprudence de la Cour de justice en matière de principes généraux du droit de l'Union

Chapitre 2. Les conséquences de l'entrée en vigueur de la Charte

Titre 2. Typologie pratique des cas d'application de la Charte

Chapitre 3. La mise en œuvre nationale des actes de l'Union

Chapitre 4. Les mesures nationales entravant les libertés économiques

SECONDE PARTIE LA PRISE EN COMPTE DES INTERPRETATIONS NATIONALES DU CHAMP D'APPLICATION DE LA CHARTE

Titre 3. Les interprétations du champ d'application de la Charte par les juridictions françaises et allemandes

Chapitre 5. L'influence des constitutions nationales sur la détermination du champ d'application de la Charte

Chapitre 6. Typologie pratique des cas d'application de la Charte au niveau national

Titre 4. La cohérence du champ d'application de la Charte à l'épreuve des divergences d'interprétation

Chapitre 7. Les solutions d'ordonnancement mises en œuvre par la jurisprudence

Chapitre 8. Le paradigme de l'hétérarchie : une solution cohérente d'ordonnancement ?

CONCLUSION GENERALE

ZUSAMMENFASSUNG

BIBLIOGRAPHIE

INDEX DE JURISPRUDENCE

INDEX ALPHABETIQUE

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION

*« le multiple fait peur et risque toujours d'être
sacrifié à la pensée et au droit unique »,*

Mireille Delmas-Marty¹

1. « Une étude Eurobaromètre récente a montré qu'en dépit d'une sensibilisation croissante du public à l'existence de la charte (64% en 2012 contre 48% en 2007), peu nombreux sont les citoyens qui savent ce qu'[elle] est exactement [...] (11%) et quand elle s'applique (14%). C'est sur la question de savoir si la charte s'applique à toutes les actions des États membres, y compris dans les domaines qui relèvent de la compétence nationale, que les idées sont les moins claires : alors que la charte ne s'applique pas à la totalité de ces actions, plus de la moitié des personnes interrogées, soit 55%, pensaient le contraire. Par ailleurs, près d'un quart (24%) des personnes interrogées a estimé qu'il était faux que la charte s'applique aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, ce qui est un signe supplémentaire de cette confusion »². Ce constat opéré par la Commission européenne en 2012 et réitéré en 2019³ témoigne, dix ans après son entrée en vigueur, d'une certaine méconnaissance de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après, la Charte) et de son champ d'application⁴. Cependant, toute confusion n'est pas problématique en soi, ce qui amène à se questionner : En quoi cette méconnaissance serait-elle problématique ?

2. À notre sens, l'application de la Charte est nécessaire au bon fonctionnement du droit de l'Union. Sa méconnaissance est problématique à plusieurs égards, dans la mesure où elle touche à la protection des droits fondamentaux, à l'effectivité du droit de l'Union et au respect des engagements internationaux. En premier lieu, une telle méconnaissance risque

¹ M. DELMAS-MARTY, *Vers un droit commun de l'humanité*, Paris, Textuel, 2005, p. 67.

² COMMISSION EUROPEENNE, *Rapport 2011 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, 16 avril 2012, COM(2012) 169 final, p. 8.

³ COMMISSION EUROPEENNE, *Rapport annuel 2018 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, 5 juin 2019, COM(2019) 257 final, p. 15 et s.

⁴ Si de nombreuses raisons expliquent cette confusion généralisée (tant pour les individus que pour les juges nationaux), le double objectif historiquement poursuivi par les différentes proclamations de droits fondamentaux au sein de l'Union y a certainement contribué. Ces proclamations visaient à assurer le respect par le droit de l'Union des droits fondamentaux mais également à faire de l'espace européen un exemple mondial en matière de protection. Ce dernier objectif s'accompagne d'une forte exigence de respect des droits fondamentaux envers les États membres en dehors de tout lien avec le droit de l'Union.

de porter atteinte à l'opportunité de garantir un meilleur respect des droits fondamentaux sur le territoire de l'Union. Certes, les droits consacrés sont multiples : on compte ceux contenus dans les constitutions et législations nationales⁵, dans les jurisprudences des juridictions nationales⁶, dans les principes généraux du droit de l'Union développés par la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après, la Cour de justice), dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après, CESDH), dans la Charte sociale européenne, dans les Pactes internationaux relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels ou encore dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme⁷. Néanmoins, tous ne sont pas justiciables ou même strictement appliqués. *A contrario*, l'application de la Charte garantit une protection élevée des droits fondamentaux⁸.

En deuxième lieu, la réalisation des objectifs poursuivis par l'Union dépend du respect des droits garantis par lui. On peut douter en effet qu'un certain nombre de mesures puissent atteindre leur objectif si la protection des droits fondamentaux de l'Union n'est pas assurée. En témoigne l'exigence de respect du principe de non-discrimination pour assurer le bon fonctionnement des quatre libertés économiques (à savoir la liberté de circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux).

En dernier lieu, l'application de la Charte résulte d'une exigence toute aussi inhérente au droit de l'Union que l'application des droits primaires et dérivés par les États membres. Sans le respect de cette obligation, l'Union européenne n'est plus. L'absence d'application de la Charte va donc à l'encontre de toute une série de principes essentiels à la poursuite des objectifs du droit de l'Union. Sans prétendre à l'exhaustivité, on compte : le devoir de coopération loyale des États membres consacré à l'article 4§3 du TUE, l'exigence d'unité

⁵ Allemagne : Articles 1 à 19 de la Loi fondamentale (ci-après, LF). France : DDHC dans le Préambule de la Constitution.

⁶ Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et Objectifs à valeur constitutionnelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel ; Principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative française.

⁷ Pour une explication plus détaillée des différentes protections, voir : J. RIDEAU, « La coexistence des systèmes de protection des droits fondamentaux dans la Communauté et ses États membres », *AIJC*, 1991, vol. 7, p. 11-64.

⁸ Sur la volonté de l'Union d'assurer une protection renforcée des droits fondamentaux, voir : COMMISSION EUROPEENNE, Communication « Stratégie pour la mise en œuvre effective de la Charte des droits fondamentaux par l'Union européenne », 19 octobre 2010, COM (2010) 573 final.

d'application du droit de l'Union⁹, le respect du principe d'égalité, corollaire du principe de non-discrimination¹⁰, ainsi que la violation du principe de sécurité juridique¹¹.

3. En somme, la méconnaissance manifeste de la Charte et de son champ d'application sont susceptibles de porter atteinte à la protection des droits fondamentaux et à la réalisation du projet européen. Plus encore, ces droits fondamentaux sont essentiels par la place qu'ils occupent dans les rapports sociaux et entre les ordres juridiques au sein de l'Union¹². Eu égard aux différents rapports de la Commission européenne et de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne¹³, ces menaces renforcent la nécessité de définir les contours du champ d'application de la Charte afin de rendre son utilisation accessible¹⁴. Cette recherche s'attache donc à proposer une telle clarification. Pour cela, il est toutefois nécessaire de s'arrêter sur quelques précisions d'ordre méthodologique. En effet, le champ d'application de la Charte ne peut être compris qu'au regard de l'histoire de la consécration progressive des droits fondamentaux dans l'Union européenne (§1). Sa compréhension nécessite également un travail de définition afin de circonscrire l'expression « champ d'application de la Charte » (§2) et la notion d'« interprétation » (§3) pour expliquer la façon dont elles seront entendues dans ces pages. Ces précisions permettront de présenter la démonstration que cette recherche s'attache à exposer (§4).

⁹ Cf. *infra*, §72.

¹⁰ A. ILLIOPOULOU, « Le principe de non-discrimination devant les juges communautaire et national », in : J. ROSSETTO, A. BERRAMDANE (éd.), *Regards sur le droit de l'Union européenne après l'échec du Traité constitutionnel*, Tours, Presses universitaires François-Rabelais, 2007, p. 243-261.

¹¹ M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, 11^{ème} éd., Paris, Sirey, 2018, p. 441-442 ; É. DUBOUT, « Le défi de la délimitation du champ de la protection des droits fondamentaux par la Cour de justice de l'Union européenne », *European Journal of Legal Studies* 6, 2013, n° 1, p. 7.

¹² J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « À qui appartient le contrôle des droits fondamentaux en Europe ? », in : B. FAVREAU (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, Actes du colloque organisé à Luxembourg le 16 mai 2008, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 41 ; C. FERCOT, « La protection des droits fondamentaux dans l'État fédéral : du dialogue à la concurrence des juridictions. Regards sur les droits allemands, américain et suisse », in : P.-Y. MONJAL, P. JAN, C. GESLOT (dir.), *La concurrence des juges en Europe. Le dialogue en question*, Actes du colloque international de Tours des 25, 26 et 27 novembre 2015, Paris, Clément Juglar, 2018, p. 203.

¹³ COMMISSION EUROPEENNE, *Rapport 2011 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, 16 avril 2012, prec., p. 8 ; AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPEENNE, *Rapport sur les droits fondamentaux 2018 – Avis de la FRA*, juin 2018, p. 4-5 ; COMMISSION EUROPEENNE, *Rapport annuel 2018 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, 5 juin 2019, prec., p. 10 et 13 ; AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPEENNE, *Rapport sur les droits fondamentaux 2019 – Avis de la FRA*, juin 2019, p. 5.

¹⁴ En témoigne la plateforme « Charter Click », soutenue par la Commission européenne, visant à fournir des informations précises au particulier sur la Charte et son champ d'application. La plateforme est accessible en ligne : https://beta.e-justice.europa.eu/581/FR/fundamental_rights

En ce sens également, voir : T. RACHO, « L'invocation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne devant le juge national », Actes de l'atelier doctoral organisé le 24 mai 2013 à Paris, *Annuaire de droit de l'Union européenne*, 2012, p. 278-279.

§1- Aux origines de la Charte

4. Difficile consécration textuelle des droits fondamentaux dans l'Union. Entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2009 avec le traité de Lisbonne, la Charte est le fruit d'une longue histoire entre l'Union européenne et les droits fondamentaux. Alors inexistantes dans les traités instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (ci-après, traité CECA) et la Communauté économique européenne (ci-après, TCEE), la Cour de justice des Communautés européennes (ci-après, Cour de justice) a été la première à développer une protection des droits fondamentaux sous la forme de principes généraux du droit¹⁵. Les années 1970 ont ensuite été marquées par l'engagement des différentes institutions de la Communauté européenne en faveur d'une reconnaissance de ces droits, et ce, aux termes de plusieurs déclarations et résolutions¹⁶. La Déclaration sur l'identité européenne adoptée au Sommet européen de Copenhague énonce notamment que les droits de l'Homme « constituent des éléments fondamentaux de l'identité européenne »¹⁷. De même, la déclaration commune adoptée par le Parlement, le Conseil et la Commission en 1977 souligne « l'importance primordiale qu'ils attachent aux droits fondamentaux »¹⁸.

Entre 1982 et 1984, un projet de traité instituant l'Union européenne prévoyait de faire mention des droits fondamentaux en indiquant que « L'Union protège la dignité de

¹⁵ CJCE, 12 nov. 1969, aff. C-29/69, *Stauder c/ Stadt Ulm* ; CJCE, 17 déc. 1970, aff. C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c/ Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*. Sur la protection des droits fondamentaux dans l'Union avant la Charte, voir : É. DEAL, *La garantie juridictionnelle des droits fondamentaux communautaires*, Thèse de doctorat (non publiée), Université Paul Cézanne, 2006 ; H. LECHERER, « Der Beitrag der allgemeinen Rechtsgrundsätze zur Europäischen Integration – Rückblick und Ausblick », *ZEuS*, 2003, n° 3, p. 337-352 ; J. RIDEAU, « Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes. Techniques de protection », in : L. FAVOREU (dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Actes du II^e Colloque d'Aix-en-Provence des 19-20 et 21 février 1981, Paris, Economica, 1982, p. 414 et s. ; J. RIDEAU, J.-F. RENUCCI, « Dualité de la protection juridictionnelle européenne des droits fondamentaux : atout ou faiblesse de la sauvegarde des droits de l'Homme ? », *Justices*, 1997, n° 6, p. 95-116 ; A. WALLRAB, *Die Verpflichteten der Gemeinschaftsgrundrechte : Umfang und Grenzen der Bindung der Europäischen Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten an die Grundrechte des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, Baden-Baden, Nomos, 2004.

¹⁶ PARLEMENT EUROPEEN, *Résolution du 4 avril 1973 relative à la sauvegarde des droits fondamentaux des citoyens des États membres dans l'élaboration du droit communautaire*, JO C 26 du 30 avril 1973, p. 7 ;

L. TINDEMANS, *L'Union européenne*, Rapport au Conseil européen, 29 décembre 1975, Bulletin des Communautés européennes, Supplément 1/76 ; PARLEMENT EUROPEEN, *Rapport A0-0321/76 du 4 octobre 1976 sur le rapport de la Commission des Communautés européennes sur la protection des droits fondamentaux*, rapporteur : L. Jozeau-Marigné, texte adopté au JO C 259 du 4 novembre 1976, p. 17 ; PARLEMENT EUROPEEN, *Débat sur la protection des droits fondamentaux du 12 octobre 1976* ; CONSEIL EUROPEEN DE COPENHAGUE, *Déclaration sur la démocratie*, 8 avril 1978, bulletin EC3-1978, p. 5-6. Pour plus d'exemples, voir : A. CONTE, « Une Europe des droits : histoire de la Charte européenne », *Les cahiers du CARDOC*, Décembre 2012, n° 9, p. 12 et s. ; J. MEYER, M. ENGELS, *Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union : Berichte und Dokumentation*, Deutscher Bundestag, Berlin, 2001, p. 8 et s.

¹⁷ *Déclaration sur l'identité européenne*, Copenhague, 14 et 15 décembre 1973.

¹⁸ ASSEMBLEE, CONSEIL ET COMMISSION EUROPEENNE, *Déclaration commune concernant le respect des droits fondamentaux et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, JO C103 du 27 avril 1977, p. 1.

l'individu et reconnaît à toute personne relevant de sa juridiction les droits et libertés fondamentaux tels qu'ils résultent notamment des principes communs des constitutions des États membres, ainsi que de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »¹⁹. Ce projet a toutefois échoué, renvoyant l'évocation des droits fondamentaux par le droit primaire au préambule de l'Acte unique européen adopté en 1986²⁰.

En votant une première déclaration des droits et libertés sous forme de catalogue des droits fondamentaux le 12 avril 1989²¹, le Parlement européen a voulu se placer en précurseur sur la question. Au moyen de cette déclaration, il a cherché à influencer les institutions européennes s'agissant de certains enjeux tels que la protection de l'environnement et des consommateurs²². Parallèlement, les États membres, à l'exception du Royaume-Uni, ont adopté la même année une Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs. Pour autant, ces textes n'ont qu'un caractère déclaratoire.

5. Consécration de principe des droits fondamentaux. Les traités des Maastricht puis d'Amsterdam, adoptés dans les années 1990, vont composer le terreau d'un glissement vers une reconnaissance de droits fondamentaux contraignants. Si le traité de Maastricht se contente de faire des droits fondamentaux l'un des principes essentiels de l'Union²³, le traité d'Amsterdam ajoute notamment des possibilités de sanction en cas de violation grave et persistante par un État membre²⁴. Il faudra pourtant attendre l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam le 1^{er} mai 1999 pour que le Conseil européen réuni à Cologne prenne finalement la décision de donner mandat à une enceinte pour rédiger une charte²⁵. Ce mandat est entériné et détaillé quelques mois plus tard par le Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999²⁶.

6. Rédaction de la Charte. L'enceinte, immédiatement rebaptisée Convention, tient sa réunion constitutive le 17 décembre 1999 et débute officiellement ses travaux le 17 janvier

¹⁹ Article 4§1 de l'avant-projet de traité instituant l'Union européenne.

²⁰ §3 du préambule de l'Acte unique européen : « Décidés à promouvoir ensemble la démocratie en se fondant sur les droits fondamentaux reconnus dans les constitutions et lois des États membres, dans la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et la Charte sociale européenne, notamment la liberté, l'égalité et la justice sociale, [...] ».

²¹ PARLEMENT EUROPEEN, *Résolution du 12 avril 1989 sur la Déclaration des droits et libertés fondamentaux*, JO C 120, 16 mai 1989, p. 51. Sur cette déclaration, voir : E. DECAUX, « L'Europe a ses miroirs » [en ligne], *Droits fondamentaux*, 2001, n° 1, p. 32-34, disponible sous : <http://www.crdh.fr/revue-droits-fondamentaux/>

²² A. CONTE, « Une Europe des droits : histoire de la Charte européenne », *op. cit.*, p. 19.

²³ Article F du TUE (Maastricht).

²⁴ Articles 6 et 7 du TUE (Amsterdam).

²⁵ CONSEIL EUROPEEN DE COLOGNE, *Conclusions de la présidence*, 3 et 4 juin 1999, Annexe IV.

²⁶ CONSEIL EUROPEEN DE TAMPERE, *Conclusions de la présidence*, 15-16 octobre 1999.

2000. Le mandat donné par le Conseil européen vise à bâtir une charte sur le fondement des droits fondamentaux déjà en vigueur dans l'Union. En effet, en parallèle des nombreuses tergiversations institutionnelles et sans discontinuité depuis 1969, la Cour de justice a véritablement fait œuvre de jurisprudence en développant un ensemble de principes généraux du droit de l'Union inspirés de la CESDH ainsi que des traditions constitutionnelles communes aux États membres. Sans aucun fondement textuel, cette protection des droits fondamentaux a pourtant œuvré à la construction d'un corpus de droits extrêmement développé.

La tâche de la Convention a ainsi consisté à transformer cette construction jurisprudentielle en un catalogue écrit, compatible avec la CESDH et les droits fondamentaux peu à peu disséminés dans les droits primaire et dérivé. Proclamée le 2 octobre 2000 par la Convention de rédaction, puis le 7 décembre 2000 par le Conseil européen de Nice²⁷, la Charte ne bénéficie que d'une simple valeur symbolique. Son intégration au cœur du traité établissant une Constitution pour l'Europe (ci-après, TECE) en 2004 n'a pas permis de lui donner valeur contraignante. Suite aux refus de ratification de la France et des Pays-Bas, ce traité n'est jamais entré en vigueur.

7. Entrée en vigueur de la Charte. Il aura fallu attendre le traité de Lisbonne pour que la Charte devienne enfin contraignante. Si elle n'est pas directement incorporée aux traités, l'article 6§1 du traité sur l'Union européenne (ci-après, TUE) lui assure « la même valeur juridique » et l'intègre ainsi dans le droit primaire. C'est à ce titre que le Chapitre VII de la Charte relatif à sa mise en pratique, et notamment l'article 51 relatif à son champ d'application, a pris, depuis le 1^{er} décembre 2009, toute son importance.

§2- Le champ d'application de la Charte

8. La définition du champ d'application de la Charte en tant qu'objet de cette étude doit être appréhendée sous différentes perspectives. Il s'agit tout d'abord de circonscrire le champ d'application à la clause générale de l'article 51§1 (A) avant de le définir de manière formelle (B), puis d'exposer les raisons pour lesquelles la définition du champ d'application dans cette recherche se limitera aux points de vue européen, français et allemand (C).

²⁷ Sur la rédaction de la Charte, voir : J. MEYER, M. ENGELS, *Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, *op. cit.*

A) *La clause générale relative au champ d'application*

9. Clause générale et champs d'applications spécifiques. Pris de manière absolue, le champ d'application de la Charte est multiple. Chaque droit fondamental contenu dans ce texte bénéficie de dispositions spécifiques visant à délimiter son champ d'application de manière particulière. En d'autres termes, la Charte contient autant de champs d'application que de droits. Si ces différences sont particulièrement significatives en matière de champ d'application matériel, elles peuvent également intéresser les aspects formels du champ d'application. L'article 41 est un exemple topique de délimitation particulière. Son paragraphe 1 prévoit que « Toute personne a le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions, organes et organismes de l'Union ». La mention expresse des instances européennes dans l'article a conduit, après de longs errements judiciaires²⁸, à écarter les États membres du champ d'application du droit à une bonne administration²⁹.

Cette éviction, comme les nombreux aménagements propres au champ d'application de chacun des droits, divergent de la clause générale relative au champ d'application de la Charte prévue par l'article 51§1. Seule cette dernière fera l'objet de notre recherche. En effet, outre la difficulté de donner corps et cohérence à l'extrême diversité des spécificités propres à chacun des droits contenus dans la Charte, la clause générale relative au champ d'application se révèle suffisamment complexe pour faire, à elle seule, l'objet d'une telle recherche.

10. Protocole n° 30 sur l'application de la Charte à la Pologne et au Royaume-Uni³⁰. La clause générale relative au champ d'application de la Charte se démarque également du protocole n° 30 sur l'application de la Charte à la Pologne et au Royaume-Uni. Ce protocole prend sa source dans les négociations sur le traité de Lisbonne, lors desquelles la problématique de la valeur de la Charte a été abordée, non sans débats houleux. La condition *sine qua non* posée par le Royaume-Uni et la Pologne à l'intégration de la Charte au droit primaire a été l'annexion au TFUE d'un protocole relatif à son application. Ce protocole prévoit en son article premier §1 que « La Charte n'étend pas la faculté de la Cour de justice de l'Union européenne, ou de toute juridiction de la Pologne ou du Royaume-Uni, d'estimer que les lois, règlements ou dispositions, pratiques ou actions

²⁸ Cf. *infra*, §421.

²⁹ CJUE, 5 nov. 2014, aff. C- 166/13, *Mukarubega*, pts 42-45 ; CJUE, 11 décembre 2014, aff. C-249/13, *Boudjlida*, pts 30-35 ; CJUE, 14 mai 2020, aff. C-263/19, *T-Systems Magyarország e.a.*, pt 42.

³⁰ L'application de ce protocole au Royaume-Uni est remise en cause par la sortie de cet État membre de l'Union européenne en date du 31 janvier 2020.

administratives de la Pologne ou du Royaume-Uni sont incompatibles avec les droits, les libertés et les principes fondamentaux qu'elle réaffirme ». Cette formulation est particulièrement énigmatique. Toutefois, c'est probablement à cette ambiguïté que la Charte doit son essor uniforme sur le territoire de l'Union. Outre le fait que l'obligation de respect des droits fondamentaux de l'Union aurait tout de même continué à s'appliquer au Royaume-Uni et en Pologne par le biais des principes généraux du droit de l'Union³¹, la Cour a jugé que ce protocole n'avait, en tout état de cause, aucune conséquence sur le champ d'application de la Charte³². En l'absence d'application différenciée, le nom de « clause d'opt-out » assigné à ce protocole peut être largement nuancé³³ et les éventuelles spécificités qu'il envisage seront exclues de l'analyse du champ d'application.

11. Distinction entre droits et principes. La distinction entre les notions de droit et de principe retenue par la Charte entraîne également des conséquences sur la clause générale relative au champ d'application de la Charte. En effet, la création de toute pièce et relativement récente de l'Union rend la dénomination de notions juridiques parfois difficile. La notion de « principes » fait partie de ces notions difficilement identifiables³⁴. Les principes peuvent en effet désigner les principes généraux du droit de l'Union développés par la Cour de justice³⁵, les principes que nous qualifierons de principes directeurs du droit de l'Union³⁶, les principes de démocratie et d'État de droit cités au paragraphe 2 du préambule de la Charte ou encore les principes « sociaux », en opposition aux « droits ». C'est de cette dernière catégorie dont il s'agit en l'espèce. On en trouve trace dès le paragraphe 7 du préambule de la Charte, à l'article 51§1 et plus particulièrement encore à l'article 52§5, qui indique que « [l]es principes peuvent être mis [...] 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 [...]. Leur invocation devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes ».

³¹ V. MICHEL, « Traité de Lisbonne – Refondation de l'Union », in : *Répertoire Dalloz de droit européen*, Septembre 2010 (actualisation : juin 2013), §32. Également : R. STREINZ, W. MICHL, in : R. STREINZ (éd.), *EUV/AEUV*, 3^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2018, Art. 51 GRCh, pt 25.

³² CJUE, GC, 21 décembre 2011, aff. C-411 et 493/10, *N. S. e.a.*, pts 119-120. Sur cette question, voir : J. MALL, *Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte – Artikel 51 Abs. 1 S. 1 GRCh und das Protokoll Nr. 30 über die Anwendung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union auf Polen und das Vereinigte Königreich*, Francfort-sur-le-Main, Peter Lang, 2012, p. 159 et s.

³³ En ce sens, voir : A. ILIOPOULOU-PENOT, « La densification normative de la Charte des droits fondamentaux de l'Union », in : *La Constitution, l'Europe et le droit : liber amicorum discipulorumque. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2013, p. 647.

³⁴ En ce sens, voir : S. CAUDAL (dir.), *Les principes en droit*, Actes du colloque organisé à l'Université Jean Moulin-Lyon 3 les 13 et 14 décembre 2007, Paris, Economica, 2008.

³⁵ Cf. *infra*, §45.

³⁶ Cf. *infra*, §68.

La consécration de ces principes a fait l'objet d'un très long débat, certains représentants des États ayant longtemps refusé de voir apparaître des droits dits « créances » dans la Charte. Incarnés par la figure de Lord Goldsmith, représentant du gouvernement britannique, ils estimaient que l'Union ne disposait d'aucune compétence concernant la majorité des droits sociaux. Par conséquent, non seulement leur intégration ne se révélait pas utile, mais elle comportait le risque d'élargir les compétences de l'Union alors même que la définition de son champ de compétence ne relève pas des attributions de la Charte. Au terme d'une discorde devenue emblématique³⁷, la distinction entre droits et principes proposée par Guy Braibant a finalement été entérinée. Elle implique néanmoins que les principes « sociaux » ne puissent pas contraindre les États au même titre que les droits civils et politiques : les droits doivent être respectés tandis que les principes sont observés et promus³⁸.

Pourtant, il n'est pas évident de distinguer les valeurs correspondant à des droits de celles entendues comme des principes au sein du catalogue. Si les Explications relatives à l'article 52 de la Charte énumèrent divers exemples de principes, la liste demeure incomplète. Au-delà, il est nécessaire de se tourner vers la lettre des articles qui constitue un outil précieux selon Guy Braibant. Les principes se distingueraient par le fait que « les formules retenues comportent rarement le terme “droit”, mais des expressions moins fortes comme “pourront bénéficier” ou “l'Union reconnaît et protège” telle et telle action »³⁹. De plus, les principes devant être concrétisés, toute disposition qui renvoie au droit de l'Union ou aux législations et pratiques nationales est également susceptible de révéler l'existence d'un principe⁴⁰.

De toute évidence, la distinction opérée par cette catégorisation des droits fondamentaux se répercute sur le champ d'application de la Charte du fait de l'invocabilité particulière des principes dans un litige⁴¹. Le champ des bénéficiaires s'en trouve réduit. Si

³⁷ Voir notamment : J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, « Guy Braibant et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in : Guy Braibant, *juriste et citoyen. Hommage en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 2011, p. 230 et s.

³⁸ Sur le débat relatif à la distinction entre droits civils et politiques et droits sociaux, voir : N. ALIPRANTIS, « Les droits sociaux sont justiciables ! », *Dr. soc.*, 2006, n° 2, p. 158-165 ; D. ROMAN (dir.), *La justiciabilité des droits sociaux, vecteurs et résistances*, Actes du colloque tenu au Collège de France les 25 et 26 mai 2011, Paris, Pédone, 2012 ; D. ROMAN (dir.), *Les droits sociaux, entre droits de l'Homme et politiques sociales. Quels titulaires pour quels droits ?*, Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2012.

³⁹ G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, Éd. du Seuil, 2001, p. 46.

⁴⁰ F. LONCLE, *Rapport d'information déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne, sur le projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Rapport n° 2616, Paris, 5 octobre 2000, p. 10.

⁴¹ Sur la distinction entre invocabilité et applicabilité, voir : C. NIVARD, « Les conditions d'application de la Charte des droits fondamentaux », in : A. BIAD, V. PARISOT (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : bilan d'application*, Bruxelles, Nemesis, 2018, p. 34.

cette spécificité du champ d'application de la Charte n'est pas dénuée d'intérêt, elle ne constitue pas le cœur de la clause générale définissant le champ d'application. Par conséquent, les effets de la distinction entre droits et principes ne seront pas spécifiquement abordés dans les pages qui suivent. La recherche se circonscrira au champ d'application général de la Charte, lequel nécessite à présent, après avoir expliqué ce qui en sera écarté, une définition de son contenu.

B) Définition du champ d'application

12. Champ d'application, domaine d'application. La ressemblance entre les expressions de « champ d'application » ou de « domaine d'application » aurait dû conduire à opérer un choix terminologique. En effet, tant la Cour de justice que les traités se réfèrent à l'un⁴² comme à l'autre⁴³ en tant que synonymes⁴⁴. La consécration de la première expression par l'article 51 de la Charte nous a toutefois épargné cet exercice. Sobrement intitulé « Champ d'application », l'article 51§1 première phrase énonce que « Les dispositions de la présente Charte 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 ». Conformément à la lettre de l'article étudié, nous retiendrons donc l'expression « champ d'application ».

13. Composantes du champ d'application. Définir le champ d'application d'une règle revient à déterminer son domaine de validité⁴⁵ ou encore à identifier toutes les situations visées par la règle⁴⁶. Pour y parvenir, quatre composantes peuvent être distinguées. Il s'agit des critères temporel, spatial, personnel et matériel du champ d'application⁴⁷.

14. Champs d'application temporel, territorial et matériel. Les champs d'application spatiaux et temporels, s'ils ne sont pas abordés par la Charte, ne posent pas

⁴² Par exemple : CJCE, 18 juin 1991, aff. C-260/89, *ERT c/ DEP* ; article 14 du TFUE.

⁴³ Par exemple : CJCE, 11 janv. 2007, aff. C-40/05, *Lyyski* ; article 18 al. 1 du TFUE.

⁴⁴ N. CARIAT, *La Charte des droits fondamentaux et l'équilibre constitutionnel entre l'Union européenne et les États membres*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 306-307. Également : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 13^{ème} éd., Paris, PUF, 2020, « application », p. 73 ; H. GAUDIN, « Diversité et évolutions des champs d'application en droit communautaire », *RAE*, 2003-2004, n° 1, p. 9.

⁴⁵ H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, trad. O. Beau et F. Malkani, Paris, PUF, 1996.

⁴⁶ S. FRANCO, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, Paris, LGDJ, 2005, p. 9.

⁴⁷ N. CARIAT, *La Charte des droits fondamentaux et l'équilibre constitutionnel entre l'Union européenne et les États membres*, op. cit., p. 308 ; C. NIVARD, « Les conditions d'application de la Charte des droits fondamentaux », op. cit., p. 35 et s.

de problèmes majeurs dans leur définition⁴⁸. Le champ d'application territorial de la Charte correspond au territoire de l'Union. Il comprend les territoires des États membres, aux exceptions près relatives à l'outre-mer et aux territoires entretenant des relations particulières avec l'un des États membre précisées à l'article 355 du TFUE. L'hypothèse d'une application extraterritoriale de la Charte peut, sans être confirmée, être envisagée dans les situations où « une activité régie par le droit de l'Union et menée sous le contrôle effectif de l'Union et/ou de ses États membres [se déroule] en dehors du territoire de ceux-ci »⁴⁹. Il s'agit des situations régies par le droit de l'Union alors qu'elles ont lieu en dehors de son territoire⁵⁰.

Le champ d'application temporel se compose d'un début et d'une fin. Le début est *de facto* arrêté par le traité de Lisbonne, duquel dépend le caractère contraignant de la Charte. Celle-ci est donc applicable uniquement aux litiges dont les faits sont ultérieurs au 1^{er} décembre 2009. En revanche, l'absence de date de sortie de vigueur prévue par le traité rend le champ d'application temporel de la Charte théoriquement illimité : il ne trouve aucune fin connue.

Le champ d'application matériel n'est pas non plus défini par la clause générale de l'article 51§1. Étant donné qu'il se réfère à la substance même de la règle à appliquer, il est propre à chaque droit garanti par la Charte et peut donc difficilement être appréhendé de manière générale⁵¹.

15. Champ d'application personnel : titulaire des droits. Dans le champ d'application personnel, la question des titulaires des droits garantis par la Charte dépend de chacun des droits et de leur formulation. Ainsi, certains droits s'adressent à « toute personne »⁵², tandis que d'autres ne concernent que les citoyens européens⁵³. D'autres encore peuvent s'adresser à des catégories précises de personnes telles que les enfants, les personnes âgées ou encore les demandeurs d'asile⁵⁴. Selon les droits envisagés, certains ne

⁴⁸ En ce sens également : J.-P. JACQUE, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : aspects juridiques généraux », *Rev. Eur. Droit Public*, 2002, n° 1, p. 110.

⁴⁹ Conclusions de l'avocat général Melchior Wathelet présentées le 16 septembre 2016, pts 270-271, sous CJUE, GC, 21 déc. 2016, aff. C-104/16 P, *Conseil c/ Front Polisario*.

⁵⁰ C. NIVARD, « Les conditions d'application de la Charte des droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 36.

⁵¹ Cf. *supra*, §9.

⁵² Par exemple : article 2§1 de la Charte.

⁵³ Les articles 39 et 40 relatifs au droit de vote sont à cet égard emblématique.

⁵⁴ Respectivement les articles 24, 25 et 19 de la Charte.

s'adressent qu'aux personnes physiques tandis que d'autres bénéficient également aux personnes morales de droit privé⁵⁵.

16. Champ d'application personnel : destinataire de l'obligation. Le champ d'application personnel de la Charte relatif aux destinataires des obligations constitue le critère spécifiquement visé par l'article 51§1⁵⁶. Ce paragraphe prévoit que la Charte « s'adresse [...] aux institutions, organes et organismes de l'Union [...], ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ». Il vise donc en premier lieu l'ensemble des règles et actions des instances de l'Union prévues par les traités⁵⁷. Cet aspect du champ d'application personnel de la Charte apparaît peu problématique étant donné que les instances européennes peuvent aisément être identifiées et que toutes les règles qu'elles édictent ou les actions qu'elles accomplissent sont comprises dans le champ d'application personnel de la Charte.

En second lieu, l'article 51§1 vise les États membres de l'Union. La notion d'État membre doit être envisagée dans une conception assez large qui concerne tant l'État dans son ensemble que les pouvoirs judiciaire, exécutif et législatif dans leur fonction respective, « mais aussi toutes les autres collectivités publiques, à quelque niveau que ce soit (local, régional, etc.) »⁵⁸. L'article 51§1 ajoute toutefois une restriction à l'État destinataire de l'obligation : le champ d'application de la Charte ne les concerne que dans les situations de « mise en œuvre du droit de l'Union ». Cette restriction intéresse donc les actes et actions des États membres dans leur champ d'application formel et matériel propre. Formellement, l'acte ou l'action en cause doit procéder d'une mise en œuvre d'une règle de droit de l'Union. Matériellement, l'acte ou l'action doit appartenir à une matière pour laquelle l'Union dispose d'une compétence. Les aspects formel et matériel du champ d'application de l'acte ou l'action se mélangent donc dans la recherche de leur appartenance au champ d'application de la Charte. En d'autres termes, le champ d'application personnel de la Charte est matériellement limité en ce qui concerne les États membres⁵⁹. Toute la

⁵⁵ Voir notamment : C. LADENBURGER, in : P.J. TETTINGER, K. STERN (éd.), *Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta*, Munich, C.H. Beck, 2006, Art. 51, pts 2-4 ; C. NIVARD, « Les conditions d'application de la Charte des droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 35.

⁵⁶ J. GERKRATH, « Als krönender Abschluss des Grundrechtsschutzes in der EU verlangt die Charta nach einer breiten und dezentralisierten Anwendung », in : J. MASING, M. JESTAEDT, D. CAPITANT *et al.* (éd.), *Strukturfragen des Grundrechtsschutzes in Europa*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, p. 7.

⁵⁷ C. LADENBURGER, *op. cit.*, Art. 51, pt 5 ; A. HARATSCH, C. KOENIG, M. PECHSTEIN, *Europarecht*, 11^{ème} éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 2018, pt 693.

⁵⁸ G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 252. En ce sens également : H.-P. FOLZ, in : C. VEDDER, W. HEINTSCHEL VON HEINEGG (éd.), *Europäisches Unionsrecht : EUV, AEUV, GRCh*, 2^{ème} éd., Baden-Baden, Nomos, 2018, Art. 51 GR-Charta, pt 4.

⁵⁹ J. GERKRATH, « Als krönender Abschluss des Grundrechtsschutzes in der EU verlangt die Charta nach einer breiten und dezentralisierten Anwendung », *op. cit.*, p. 7 ; P. SCHONARD, in : C.-O. LENZ, K.D. BORCHARDT

complexité de la clause générale du champ d'application de la Charte réside dans cette limitation⁶⁰.

Non évoquée par l'article 51§1 de la Charte, la question de savoir s'il existe d'autres destinataires éventuels des obligations posées par la Charte a rapidement été soulevée à l'égard des personnes de droit privé (*Drittwirkung*)⁶¹. Dans une jurisprudence encore en construction, la Cour de justice de l'Union a esquissé une distinction entre les droits suffisamment précis « pour conférer aux particuliers un droit subjectif invocable en tant que tel » et les droits devant être précisés par une mesure nationale ou de droit de l'Union⁶². Les premiers sont susceptibles d'être invoqués dans un litige horizontal, à la différence des seconds⁶³.

17. Champ d'application concret de la Charte. Concrètement, l'article 51§1 de la Charte « porte une volonté d'autolimitation de sa force obligatoire à l'égard des États membres »⁶⁴. Il conditionne la garantie des droits fondamentaux à « l'application première, ou principale du droit de l'Union »⁶⁵, à « une disposition tutrice relevant d'un autre pan du droit de l'Union européenne »⁶⁶ ou encore au « rattachement à l'une des situations envisagées par le droit communautaire »⁶⁷. Ces diverses expressions traduisent la dépendance de la Charte envers les autres règles du droit de l'Union, au point d'en devenir une « norme d'application secondaire ou accessoire »⁶⁸. Ces expressions traduisent

(éd.), *EU-Verträge Kommentar – EUV/AEUV/GRCh*, 6^{ème} éd., Cologne, Bundesanzeiger Verlag, 2012, Art. 51 GRCh, pt 1.

⁶⁰ Laurence Burgorgue-Larsen avait qualifié cette disposition de « nœud gordien du champ d'application de la Charte » : L. BURGORGUE-LARSEN, « Champ d'application de la Charte des droits fondamentaux et droits garantis par la Charte des droits fondamentaux (seconde partie) », in : *L'Europe et les droits de l'Homme*, Colloque organisé par la Délégation des barreaux de France et le Conseil national des barreaux le 1^{er} avril 2011, publié dans : *La lettre juridique (Lexbase)*, Mai 2012, n° 486, p. 2.

La difficulté posée par le champ d'application de la Charte avait été abordée alors même que le texte était encore en cours de rédaction : UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS (org.), *Vers une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : Table ronde du 18 mai 2000 sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, La documentation française, 2000.

⁶¹ Notamment : *Ibid.*, p. 9 ; C. LADENBURGER, *op. cit.*, Art. 51, pts 11 et s. ; C. NIVARD, « Les conditions d'application de la Charte des droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 35.

⁶² CJUE, GC, 15 janv. 2014, aff. C-176/12, *Association de médiation sociale.*, §41-49.

⁶³ F. BENOIT-ROHMER, « Effet horizontal de la Charte », *RTD Eur.*, 2015, n° 1, chron. n° 13, p. 160.

⁶⁴ P. DEUMIER, « Le champ d'application de la Charte entre droit de l'Union européenne et droits fondamentaux », in : *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : mode d'emploi*, Colloque organisé au Conseil d'État le 20 novembre 2014 par l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation et la Société de législation comparée, paru dans : *Justice et Cassation*, 2015, n° 9, p. 391.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ J.-M. SAUVE, « La Charte, son champ d'application », in : *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : mode d'emploi*, *op. cit.*, p. 385.

⁶⁷ Par exemple : CJCE, 21 oct. 1999, aff. C-97/98, *Jägerskiöld*, pt 44 ; CJUE, 13 fév. 2014, aff. C-419 et 420/12, *Crono Service e.a.*, pt 37.

⁶⁸ P. DEUMIER, « Le champ d'application de la Charte entre droit de l'Union européenne et droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 391.

également la singulière relation entre la Charte et ce même droit de l'Union. Pascale Deumier l'a formulé ainsi : « L'application des droits fondamentaux est ainsi soumise à l'applicabilité du droit ordinaire, quand le droit ordinaire est subordonné au respect des droits fondamentaux. Ce drôle de mécanisme illustre la tension entre la logique du droit de l'Union européenne, reposant sur les compétences d'attribution et le principe de subsidiarité, et la logique des droits fondamentaux, reposant sur une invocabilité aussi large que son objet est fondamental »⁶⁹. Si l'enjeu de la détermination du champ d'application de la Charte dans les États membres se trouve dans la compréhension de ce que peuvent être les « dispositions tutrices »⁷⁰, cette tension se trouve au cœur même de la question et innervé les interprétations dont le champ d'application fait l'objet.

18. Champ d'application partiel et ordres juridiques. La nécessaire délimitation matérielle du champ d'application personnel de la Charte, comme la tension qu'elle provoque entre les normes, s'explique par le caractère partiel de l'ordre juridique de l'Union. L'Union forme bel et bien un ordre juridique car elle constitue, selon la définition de François Rigaux, « un ensemble organisé et structuré, possédant ses propres sources du droit, doté d'organes aptes à les émettre et à les interpréter, au profit de destinataires qu'on peut appeler les sujets du droit communautaire »⁷¹. Elle se caractérise donc par une autonomie à l'égard des autres ordres juridiques⁷². Néanmoins, à la différence d'un ordre juridique national « théoriquement total, ou intégral »⁷³, cet ordre n'est que partiel : il « n'a pas un caractère d'omniprésence »⁷⁴. Entièrement construit sur le principe d'attribution des compétences, l'ordre juridique de l'Union se limite aux frontières des compétences qui lui ont été conférées par les États membres dans les traités. Elle ne dispose pas de la compétence pour déterminer sa propre compétence (*Kompetenz-Kompetenz*)⁷⁵.

L'ordre juridique de l'Union est donc partiel, certes, mais il est propre, tout en étant intégré à celui des États membres. Cet entremêlement entre ordre juridique et champ d'application, « Comment ne pas l'apercevoir, en filigrane, derrière les affirmations de

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ J.-M. SAUVE, « La Charte, son champ d'application », *op. cit.*, p. 385.

⁷¹ F. RIGAUX, « (Chapitre III) Nature juridique des Communautés », in : W.J. GANSCHOF VAN DER MEERSCH (dir.), *Les nouvelles : Droit des Communautés européennes*, Bruxelles, Larcier, 1969, p. 37.

⁷² Sur l'autonomie comme critère de l'ordre juridique : T. RACHO, *Le système européen de protection des droits fondamentaux*, Thèse de doctorat (non publiée), Université Paris II Panthéon-Assas, 2018, p. 28.

⁷³ N. CARIAT, *La Charte des droits fondamentaux et l'équilibre constitutionnel entre l'Union européenne et les États membres*, *op. cit.*, p. 314.

⁷⁴ Conclusions de l'avocat général Antonio La Pergola présentées le 6 février 1997, pt 7, sous CJCE, 29 mai 1997, aff. C-299/95, *Kremzow c/ Republik Österreich*.

⁷⁵ Cf. *infra*, §70.

l'arrêt *Costa c/ Enel* de 1964⁷⁶ faisant coexister deux pouvoirs sur un même territoire et à destination des mêmes personnes ? » demande Hélène Gaudin⁷⁷. À travers lui « se profile la question de la coexistence territoriale, personnelle et sur certains domaines, de deux ordres juridiques, l'ordre juridique communautaire et l'ordre juridique national [...]. Et cette coexistence d'ordre à ordre, ce parallélisme quasi parfait, le fait qu'ils appartiennent à un même espace juridique, constitue ce que l'on peut bien appeler, une fois encore, une spécificité du droit communautaire. Le champ d'application est alors la traduction dans les rapports de normes de cette superposition d'ordres juridiques [...] »⁷⁸. La détermination du champ d'application de la Charte dans les États membres se révèle aussi complexe car si le rattachement avec le droit de l'Union est confirmé, « la conséquence est bien plus large que l'application en l'espèce de la norme particulière à travers laquelle est établi le rattachement. L'ordre juridique de l'Union est alors applicable, dans toutes ses dimensions substantielles et procédurales »⁷⁹. C'est le champ d'application dans toute cette complexité qui sera appréhendé dans le cadre de cette recherche. Celle-ci se limitera toutefois à la compréhension du champ d'application de la Charte dans la jurisprudence de la Cour de justice et devant les juridictions des États allemand et français.

C) Comparer le champ d'application dans l'Union européenne à partir des exemples français et allemand

19. Intérêt de la comparaison. Au même titre que le contrôle du droit de l'Union, le contrôle du respect de la Charte revient en premier lieu aux juridictions nationales. Sur le fondement du principe de coopération loyale, les États membres et l'Union « s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités ». Les premiers « prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union »⁸⁰. Par conséquent, ces mêmes juridictions nationales sont les premiers interprètes de la Charte et

⁷⁶ CJCE, 15 juill. 1964, aff. C-6/64, *Costa c/ E.N.E.L.*

⁷⁷ H. GAUDIN, « Diversité et évolution des champs d'application en droit communautaire », *op. cit.*, p. 9.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 9-10.

⁷⁹ N. CARIAT, *La Charte des droits fondamentaux et l'équilibre constitutionnel entre l'Union européenne et les États membres*, *op. cit.*, p. 326.

Viviane Reding, lorsqu'elle était vice-présidente de la Commission européenne, avait même proposé de supprimer l'article 51 de la Charte afin de développer l'Union européenne des droits fondamentaux : V. REDING, « The EU and the rule of law – What's next ? », Discours prononcé au Centre for European Policy Studies à Bruxelles le 4 septembre 2013, SPEECH 13/677. Voir également : PARLEMENT EUROPEEN, *Résolution du 16 février 2017 sur les évolutions et adaptations possibles de la structure institutionnelle actuelle de l'Union européenne (2014/2248(INI))*, JO C 252 du 18 juillet 2018, p. 201-214, pt 45.

⁸⁰ Article 4§3 du TUE.

de son champ d'application. Bien que la Cour de justice bénéficie du rôle d'interprète officiel du droit de l'Union⁸¹, la seule analyse de sa jurisprudence conduirait à donner une interprétation du champ d'application de la Charte somme toute très théorique. Des divergences peuvent en effet se laisser entrevoir au niveau national et rendent nécessaire leur analyse en sus de celle de la jurisprudence de la Cour de justice.

20. Intérêt de la comparaison franco-allemande. La problématique de l'interprétation du champ d'application de la Charte ne se limite pas – loin de là – aux États français et allemand. Pourtant, eu égard à l'intérêt que présente leur comparaison, ils feront tout particulièrement l'objet de cette étude. Assez classiquement, nous rappellerons que la France et l'Allemagne ont été à l'origine du projet de communauté européenne créé au sortir de la seconde guerre mondiale et qu'ils ont conservé depuis une place spécifique dans la sphère d'influence européenne. L'effort constamment renouvelé de présenter des positions communes sur les évolutions de l'Union en faveur de l'intégration ont fait de ce tandem un « moteur de l'intégration européenne », selon l'expression consacrée. Mais au-delà de ces justifications d'ordres politico-historique, leur comparaison se révèle également très enrichissante sur le plan juridique. Si la proximité des systèmes français et allemand est établie à bien des égards, les deux ordres juridiques reposent sur des constitutions qui leurs sont propres et diffèrent en de nombreux points. La protection des droits fondamentaux témoigne à ce titre de deux approches constitutionnelles des droits humains.

21. Doctrine des droits fondamentaux en Allemagne. En Allemagne, les droits fondamentaux sont consacrés dans les 19 premiers articles de la Loi fondamentale (*Grundgesetz*, ci-après LF) et composent un catalogue placé à son frontispice. Plus qu'une déclaration, il forme un corps de règle situé à la base de l'ensemble du droit. Édifié à partir du principe de dignité humaine, qui en constitue le cœur, l'ensemble de l'organisation de l'État trouve sa source dans ce catalogue. Tout droit fondamental est interprété par le prisme de la dignité humaine et les mécanismes d'organisation de l'État résultent directement de la mise en œuvre des droits fondamentaux du citoyen allemand. Pensés comme des droits subjectifs, des outils de défense de l'individu face à l'État, leur violation fait l'objet de sanctions précisément définies. Cette forme d'« État constitutionnel fondé sur les droits fondamentaux » (*grundrechtlich fundierten Verfassungsstaat*)⁸² est apparue de manière incomplète dans la Constitution de Weimar (*Weimarer Reichsverfassung*) avant d'être parachevée avec la rédaction et l'adoption de la Loi fondamentale le 8 mai 1949. Les droits

⁸¹ Article 267 du TFUE.

⁸² T. KINGREEN, R. POSCHER, *Grundrechte. Staatsrecht II*, 34^{ème} éd., Heidelberg, C.F. Müller, 2018, pt 19.

fondamentaux consacrés dans la seconde partie de la Constitution de Weimar étaient désignés comme tels mais s'apparentaient plutôt à des objectifs constitutionnels (*Staatsziele*) ou à des dispositions programmatiques⁸³ et n'avaient que peu de garanties juridictionnelles expressément prévues⁸⁴. À l'inverse, la Loi fondamentale de 1949, rédigée au sortir de la seconde guerre mondiale et du régime nazi, a formellement institué un « mécanisme de protection juridictionnelle complexe et efficace »⁸⁵. Ce mécanisme s'est construit autour de la Cour constitutionnelle fédérale (*Bundesverfassungsgericht*), compétente pour statuer sur les recours directs de tout citoyen qui « estime avoir été lésé par la puissance publique dans l'un de ses droits fondamentaux »⁸⁶. Cette compétence représente aujourd'hui une part importante de son activité. En résumé, l'association d'un catalogue précis des droits fondamentaux en tant que principe fondamental du droit allemand et d'une garantie efficace de ces droits par une cour constitutionnelle se trouve à l'origine d'une dogmatique des droits fondamentaux extrêmement approfondie⁸⁷.

22. Doctrine des droits humains en France. En France, malgré la proclamation de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (ci-après, DDHC) dès 1789, il n'existe pas de dogmatique des droits fondamentaux aussi aboutie. Majoritairement désignés sous le vocable de « droits de l'Homme », puis de « droits humains », les droits fondamentaux français⁸⁸ ont un fondement plus philosophique que strictement juridique⁸⁹. Pendant longtemps, la référence à la DDHC a constitué le seul catalogue écrit de droits fondamentaux directement applicable, expliquant la plus grande liberté que peuvent avoir les juges français avec l'interprétation des ces droits. La grande abstraction des droits qui figurent dans ce texte et leur conception « dans l'absolu, pour tout homme et tout pays » conduit en effet à qualifier les droits proclamés par la DDHC d'objectifs. Il n'est d'ailleurs à aucun moment envisagé de confier leur protection aux juges contre la volonté

⁸³ D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, Paris, LGDJ, 2001, p. 23, 73 et s. ; V. EPPING, *Grundrechte*, 7^{ème} éd., Berlin, Springer, 2017, pt 6 ; J. LIMBACH, *Das Bundesverfassungsgericht*, 2^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2010, p. 12.

⁸⁴ T. KINGREEN, R. POSCHER, *Grundrechte*, op. cit., pt 38.

⁸⁵ D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, op. cit., p. 22. Pour plus d'informations, voir : V. EPPING, *Grundrechte*, op. cit.

⁸⁶ Article 93§4a LF.

⁸⁷ J.F. LINDNER, *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004.

⁸⁸ Sur l'expression « droits fondamentaux » en France, voir : D. CAPITANT, « Genèse du concept : France », in : *Les droits fondamentaux : inventaire et théorie générale*, Actes du colloque organisé les 6 et 7 novembre 2003 par le CEDROMA de l'Université Saint-Joseph de Beyrouth et la Société de législation comparée, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 22 et s.

⁸⁹ X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, 5^{ème} éd., Issy-Les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éd., 2018, §115.

potentiellement liberticide du législateur⁹⁰ ou d'offrir au citoyen une protection individuelle de ces droits. Lors de la rédaction de la Constitution de 1946, le constituant est resté fidèle à cette tradition en « cherch[ant] à conserver un certain niveau de généralité et d'abstraction »⁹¹. La Constitution de 1958 n'a, en outre, attribué à la DDHC qu'une simple valeur symbolique. Elle est certes mentionnée dans son préambule aux côtés du préambule de la Constitution de 1946 mais les rédacteurs ont estimé que cette partie du texte ne devait pas bénéficier d'une valeur juridique contraignante⁹² et constituait une simple déclaration d'intention⁹³.

Pourtant, l'association de ces deux textes offre un corpus riche en droits objectifs. Elle permet de reconnaître tant les droits civils et politiques proclamés par la DDHC que les droits sociaux inscrits dans le préambule de la Constitution de 1946 par le biais des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et des principes particulièrement nécessaires à notre temps. Il aura fallu attendre 1971 pour que le Conseil constitutionnel fasse preuve d'une approche plus volontaire de son office et offre une valeur juridique contraignante au préambule de la Constitution de 1958 et, par là même, à la DDHC et au préambule de la Constitution de 1946⁹⁴. En droit administratif, les principes généraux du droit ont également une origine jurisprudentielle qui prend sa source dans les conceptions philosophiques des droits fondamentaux⁹⁵. Progressivement « découverts »⁹⁶ par les juges, ils ont comme fondement diverses références telles que la DDHC, des dispositions des constitutions successives ou encore des conventions internationales.

À l'évidence, la protection des droits fondamentaux en France est fondée sur une reconnaissance strictement jurisprudentielle de droits objectifs. Cette approche diffère fondamentalement de la protection constitutionnelle des droits subjectifs de l'individu⁹⁷ qui fonde le système allemand. Néanmoins, un rapprochement paraît perceptible. Le glissement

⁹⁰ *Ibid.*, §117.

⁹¹ L. GAMET, « La liberté des arts et des sciences », in : L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 359.

⁹² COMITE NATIONAL CHARGE DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PREPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA VE REPUBLIQUE, *Documents pour servir à l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. II, Paris, La Documentation française, 1988, p. 254.

⁹³ X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, op. cit., §277.

⁹⁴ Cons. const., 16 juill. 1971, décision n° 71-44 DC, *Liberté d'association*.

⁹⁵ En ce sens : D. CAPITANT, « Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union in der französischen Rechtsordnung », in : P.J. TETTINGER, K. STERN (éd.), *Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta*, Munich, C.H. Beck, 2006, p. 12 et s.

⁹⁶ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 1, 15^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 2001, p. 95.

⁹⁷ D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, op. cit., p. 32 et s. Sur la différence des protections en France et en Allemagne, voir notamment : K.-D. SCHNAPPAUFF, D. CAPITANT, *Staats- und Verwaltungsorganisation in Deutschland und Frankreich. L'administration publique de la France et de l'Allemagne*, Strasbourg, ENA, 2007, p. 22-25.

de la notion de droits humains vers celle de droits fondamentaux en France, ainsi que la création du référé-liberté, témoignent d'une certaine subjectivisation des droits⁹⁸ tandis que des signes d'objectivisation des droits fondamentaux apparaissent en Allemagne dans différentes branches du droit⁹⁹. Les différences entre ces deux systèmes et la dynamique de rapprochement qu'ils poursuivent constituent un vivier passionnant pour étudier l'interprétation du champ d'application de la Charte. En effet, la perception par chaque ordre juridique des droits fondamentaux aura une incidence non négligeable sur l'interprétation du champ d'application.

23. Différence de traitement du sujet par la doctrine. Ce constat se vérifie d'ores et déjà par les différentes manières avec lesquelles les doctrines française et allemande se sont saisies du sujet. Depuis 2000, la question du champ d'application a suscité un certain intérêt en Allemagne mais n'a été que peu approfondie en France. La doctrine allemande est ainsi à l'origine d'études extrêmement détaillées sur l'interprétation du champ d'application de la Charte¹⁰⁰. Toutefois, ces études ont essentiellement été menées du seul point de vue

⁹⁸ X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, op. cit., §165 et 167 ; A. GAILLET, « La Grenouille français et le Bœuf allemand (I) – Propos franco-allemands sur les droits fondamentaux et les *Grundrechte* », in : P. COSSALTER, C. WITZ, *60 ans d'influences juridiques réciproques franco-allemandes*, Jubilé des 60 ans du Centre Juridique Franco-Allemand de l'Université de la Sarre, Paris, Société de législation comparée, 2016, p. 168 et s. ; A. TAVEAU, « L'accès au juge national et international contre les actes du pouvoir exécutif. Théorie et pratique sur des questions d'actualité. Rapport du colloque franco-allemand des 7 et 8 septembre 2018 », *RIDC*, 2019, n° 2, p. 573-577.

⁹⁹ A. TAVEAU, *Ibid.*

¹⁰⁰ Pas moins d'une dizaine de thèses ont été écrites sur le sujet ces vingt dernières années (cf. bibliographie). De même, les commentaires des traités européens s'attardent tous sur l'article 51§1 de la Charte pour en proposer des commentaires détaillés (cf. bibliographie). Enfin, la quantité d'articles et de contributions sur la question est considérable. Voir notamment : M. BÄCKER, « Das Grundgesetz als Implementationsgarant der Unionsgrundrechte », *EuR*, 2015, n° 4, p. 389-414 ; N. BERNSDORFF, M. BOROWSKI, « Grundrechte in Europa – Von der Grundrechtecharta zur Europäischen Verfassung », *DRiZ*, juin-juillet 2005, p. 188-193 ; M. BOROWSKI, « Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union zwischen politischer Proklamation und rechtlicher Verbindlichkeit – Ziele, Inhalte, Konfliktlinien », *DRiZ*, juin 2001, p. 275-287 ; G. BRITZ, « Grundrechtsschutz durch das Bundesverfassungsgericht und den Europäischen Gerichtshof », *EuGRZ*, 2015, n° 9-11, p. 275-281 ; D. BURCHARDT, « Die Ausübung der Identitätskontrolle durch das Bundesverfassungsgericht », *ZaöRV*, 2016, n° 2, p. 527-551 ; C. CALLIESS, « Kooperativer Grundrechtsschutz in der Europäischen Union – Überlegungen im Lichte der aktuellen Rechtsprechung von EuGH und deutschem Bundesverfassungsgericht (BVerfG) » [en ligne], *Berliner Online-Beiträge zum Europarecht*, 23 février 2015, n° 101, p. 1-33, disponible sous : https://www.jura.fu-berlin.de/forschung/europarecht/bob/berliner_online_beitraege/Paper101-Calliess/index.html ; H.-J. CREMER, « Grundrechtsvielfalt und Grundrechtskonflikte im europäischen Mehrebenensystem – Lösungsstrategien », *EuGRZ*, 2011, n° 8-9, p. 225-229 ; W. CREMER, « Grundrechtsverpflichtete und Grundrechtsdimensionen nach der Charta der Grundrechte der Europäischen Union », *EuGRZ*, 2011, n° 19-21, p. 545-554 ; P. CRUZ VILLALON, « Die allgemeine Bestimmungen über die Auslegung und Anwendung der Charta », *ZEuS*, 2015, n° 3, p. 265-276 ; J.M. HOFFMANN, « Unionsgrundrechte als verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab », *NVwZ*, 2020, n° 1-2, p. 33-37 ; P.M. HUBER, « Auslegung und Anwendung der Charta der Grundrechte », *NJW*, 2011, n° 33, p. 2385-2390 ; K. LENAERTS, « Die EU-Grundrechtecharta : Anwendbarkeit und Auslegung », *EuR*, 2012, n° 1, p. 3-18 ; N. MATZ-LÜCK, « Die Umsetzung von Richtlinien und nationaler Grundrechtsschutz », *EuGRZ*, 2011, n° 8-9, p. 207-211 ; M. RUFFERT, « Die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft als Verpflichtete der Gemeinschaftsgrundrechte », *EuGRZ*, 1995, n° 20-21, p. 518-530 ; S. SCHMAHL, « Grundrechtsschutz im Dreieck von EU, EMRK und nationalem Verfassungsrecht », *EuR*, 2008, Beiheft 1, p. 7-41 ; R. STOTZ, « Die Beachtung der Grundrechte bei der Durchführung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten – Von Stauder über Wachauf zu Åkerberg Fransson – », in : *Festschrift für Manfred A. Dausen zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck, Munich, 2014, p. 409-428 ; R. STREINZ, « Zum Grundrechtsschutz in der Europäischen Union nach den Urteilen des EuGH in den Fällen Åkerberg Fransson und Melloni und des BVerfG zur Antiterrordatei », in : *Festschrift für Manfred A. Dausen*

allemand, avec les repères d'un ordre juridique, politique et historique propre, ordre qui diffère des cultures juridiques des autres États membres ainsi que de l'Union européenne en tant qu'organisation supranationale.

L'intérêt de la recherche réside donc dans l'utilisation de la méthode de classement typologique utilisée par la doctrine allemande afin d'étudier le champ d'application de la Charte par le biais d'un point de vue autre. Cela permet de dépasser le strict cadre allemand dans lequel elle a été appliquée. L'apport de la dimension binationale manquante au débat allemand et la contribution à la doctrine française par une étude approfondie sur la question constituent deux intérêts essentiels de la comparaison. De surcroît, Karl Peter Sommermann estime que la CEDH et le droit de l'Union ont construit des systèmes à partir de la réunion, de la coordination et de la fusion des standards nationaux. Ceci a été rendu possible par le travail préalable de comparaison entre les droits nationaux et la Charte des droits fondamentaux en offre un premier bilan intermédiaire. La perspective d'évolution reste toutefois encore importante et les besoins en connaissance de la comparaison des droits croissent simultanément, encourageant le développement de la comparaison scientifique des droits¹⁰¹. Cette thèse s'inscrit dans une telle perspective d'élargissement des connaissances scientifiques comparées.

Après avoir défini la notion de champ d'application dans toutes ses dimensions, la seconde notion essentielle au sujet, la notion d'interprétation, doit être également présentée.

§3- L'interprétation du champ d'application de la Charte

24. Étant donné l'importance qu'elle prend dans la recherche, la notion d'« interprétation » doit être définie. En effet, le champ d'application de la Charte n'est pas un et indivisible. Il est composé d'une multitude d'interprétations qui, mises bout à bout,

zum 70. Geburtstag, *Ibid.*, p. 429-443 ; P. TAMBLE, « Der Anwendungsbereich der EU-Grundrechtecharta (GRC) gem. Art. 51 I 1 GRC – Grundlagen und aktuelle Entwicklungen » [en ligne], *Institut für Wirtschaftsrecht, Beiträge zum Europa- und Völkerrecht*, 2014, n° 9, disponible sous : <http://institut.wirtschaftsrecht.uni-halle.de/> ; A. VORBUHLE, « Verfassungsgerichtsbarkeit und europäische Integration », *NVwZ – Beilage*, 2013, n° 1, p. 27-32 ; F. KIRCHHOF, « Die Kooperation zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof : Addierung oder Optimierung des Grundrechtsschutzes ? », in : *Staatsrecht und Politik. Festschrift für Roman Herzog*, C.H. Beck, Munich, 2009, p. 155-171.

¹⁰¹ K.-P. SOMMERMAN, « (§16) Funktionen und Methoden der Grundrechtsvergleichung », in : D. MERTEN, H.-J. PAPIER (éd.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, vol. 1 : Entwicklung und Grundlagen, Heidelberg, C.F. Müller, 2004, pt 89. Sur la fonction du droit compare, également : H. CAPITANT, *Conception, Méthode et Fonction du Droit comparé d'après R. Saleilles*, Paris, Rousseau, 1914.

permettent de l'appréhender au mieux. Ce sont donc les ressemblances et les différences entre les interprétations qui intéressent cette recherche et rendent nécessaire un éclairage du rôle de l'interprétation pour une bonne compréhension du raisonnement (A). C'est également l'interprétation du sujet propre à l'auteure qui a conduit à opérer des choix dans la recherche (B).

A) *L'interprétation et le juge*

25. Définition de l'interprétation. La notion d'interprétation bénéficie d'un nombre abondant de définitions. Dans une acception simplifiée, elle peut se définir comme l'attribution d'une signification à quelque chose¹⁰². Sur ce fondement, Michel Villey estime que l'« Interprétation, dans la langue juridique ancienne, c'est toute l'œuvre du juriste »¹⁰³. François Ost et Michel van de Kerchove, s'ils jugent cette définition par trop large, lui reconnaissent « le mérite d'attirer l'attention sur la diversité des opérations intellectuelles que suscite l'application de règles générales aux cas particuliers »¹⁰⁴, c'est-à-dire dans le passage du droit *in abstracto* au droit *in concreto*. Pierre Pescatore développe une partie de ces différentes opérations intellectuelles lorsqu'il écrit que « Dans la pratique du droit, on réunit sous le nom de l'interprétation l'ensemble des procédés intellectuels qui servent à déterminer et à préciser, dans une situation donnée, le principe applicable. En ce sens, interpréter veut dire, bien sûr, élucider un texte obscur ; mais interpréter veut dire encore : spécifier un texte général [...] ; rectifier les imperfections des textes et adapter ceux-ci aux exigences actuelles ; résoudre les contradictions ; étendre les textes de manière à combler les lacunes. En un mot, l'interprétation englobe l'ensemble des opérations nécessaires pour rendre les règles de droit susceptibles d'application dans le concret »¹⁰⁵.

À notre sens, l'opération d'interprétation ne se limite pas aux seuls cas de figure dans lesquels le texte est obscur. Elle représente au contraire le sens même du travail du juge : elle est le produit d'un « acte de volonté »¹⁰⁶ qui a lieu « à l'occasion de toute application »¹⁰⁷. En effet, selon Michel Troper, « en premier lieu, pour soutenir qu'un texte est clair, il faut en connaître la signification ; autrement dit, il faut l'avoir interprété. D'autre

¹⁰² M. TROPER, in : D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, « interprétation », p. 843.

¹⁰³ M. VILLEY, « Modes classiques d'interprétation du droit », in : *L'interprétation dans le droit*, Paris, Sirey, 1972, p. 71.

¹⁰⁴ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 391.

¹⁰⁵ P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, Université du Luxembourg, 2009, p. 326.

¹⁰⁶ É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2006, p. 99.

¹⁰⁷ M. TROPER, *La philosophie du droit*, 5^{ème} éd., Paris, PUF, 2018, p. 101.

part, si une autorité dispose du pouvoir de donner une interprétation authentique, elle peut en user aussi bien lorsque le texte paraît clair que lorsqu'il semble obscur. L'idée qu'un texte clair ne doit pas être interprété est simplement un moyen de dissimuler un pouvoir d'interprétation »¹⁰⁸. Selon ce tenant de l'école réaliste du droit, l'interprétation juridique est une activité qui consiste à *déterminer* et non à *découvrir* la signification d'un énoncé¹⁰⁹.

26. Incohérence du sujet avec les théories normativistes. D'après cette définition, le passage de la norme à son application lors d'un litige n'est pas un processus linéaire pouvant mener à un seul et unique résultat. Contrairement à ce qu'affirment les théories normativistes, fondées sur un modèle théorique du droit excluant toute vérification empirique¹¹⁰ et selon lesquelles tout texte est clair en soi¹¹¹, le contexte prend une part importante dans l'interprétation. Il permet d'abord de reconnaître que la règle n'est jamais aussi claire que ce que l'expression selon laquelle « les juges [...] ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi »¹¹² veut bien laisser entendre. Il permet ensuite d'éclairer l'évolution constante du droit au rythme des évolutions de société. Il permet enfin d'admettre la part de subjectivité du juge en tant que personne.

L'histoire des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union vient confirmer l'impossible concordance du modèle normativiste avec l'interprétation du champ d'application de la Charte. La distinction fondamentale de ce modèle « opposant le législateur souverain au juge serviteur »¹¹³ se confronte au rôle essentiel joué par les juges en Europe dans le développement d'une garantie des droits fondamentaux au sein de l'Union. La protection qui en résulte se caractérise par la dimension particulièrement dynamique de l'interprétation. En effet, selon les termes de Nicolas Cariat, « Le droit de l'Union et l'intégration européenne ne sont tout d'abord considérés non pas comme une donnée en vigueur à une date particulière, mais comme un processus, le fruit d'une évolution, la résultante d'une dynamique, dont la meilleure relation est offerte par une

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ Sur les deux grands courants de réalisme juridique américain et scandinave : É. MILLARD, in : D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., « réalisme », p. 1297-1299 ; K.N. LLEWELLYN, « Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound », *Harvard Law Review*, 1931, vol 44, n° 8, p. 1222-1256 ; A. ROSS, *Introduction à l'empirisme juridique*, trad. É. Millard, E. Matzner, Paris, LGDJ, 2004. Voir également : G. DORNSEIFER, *Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik Adolf Merckels*, Berlin, Duncker & Humblot, 1979 ; W. KRAWIETZ, *Recht als Regelsystem*, Wiesbaden, Steiner, 1984 ; M. TROPER, « Le réalisme et le juge constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, juin 2007, n° 22.

¹¹⁰ É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 44-45.

¹¹¹ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit., p. 391.

¹¹² MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, Genève, Barrillot & Fils, 1748, Livre XI, Chapitre VI.

¹¹³ A. BAILLEUX, *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire : essai sur la figure du juge traducteur*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2009, p. 29.

perspective narrative. Chaque développement de l'ordre juridique [...] peut ainsi être compris et évalué à l'aune des développements antérieurs, et être relié à un tableau plus large, en tenant compte des dynamiques lointaines et immédiates qui ont présidé à son émergence. Cette approche a également pour vertu de ne pas considérer l'état du droit positif comme définitif et permet de garder à l'esprit la possibilité, voire la probabilité, de développements futurs »¹¹⁴.

La question de l'interprétation du champ d'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union ne peut ainsi être traitée en partant du postulat que la règle de l'article 51§1 de la Charte est parfaitement claire et en faisant abstraction du rôle joué par le juge dans son interprétation. De même, l'importance des droits fondamentaux dans le maintien d'un équilibre constitutionnel tant juridique que politique entre l'Union et les États membres ne peut être éludée¹¹⁵.

27. Théorie du droit en réseau. En lien avec la définition de l'interprétation que nous avons retenue, la théorie du droit en réseau constituera la grille d'analyse de notre approche. Développée par François Ost et Michel van de Kerchove, cette théorie propose un changement de perspective dans les rapports de normes, d'ordres juridiques et de systèmes. L'organisation hiérarchique est ainsi remplacée par une logique horizontale¹¹⁶ selon laquelle « il ne s'agit plus de déployer ou individualiser une solution inscrite en germe dans la norme supérieure, mais de comparer des valeurs, d'équilibrer des intérêts également dignes d'attention »¹¹⁷. La concrétisation du droit devient ainsi toute relative et le rôle du juge celui de « fixer la mesure » en fonction « de la constellation des intérêts en présence et des circonstances de l'espèce »¹¹⁸. À la logique linéaire et verticale, ils substituent une reconnaissance du pluralisme et de la complexité qui trouve son équilibre dans la souplesse des rapports qu'autorise la reconnaissance d'une place de plus en plus dominante aux juges et à leurs décisions.

28. Paradigme de l'hétérarchie. À partir de cette théorie du droit en réseau, nous nous concentrerons plus spécifiquement sur la notion d'hétérarchie. Cette notion est étroitement liée à la théorie de François Ost et Michel van de Kerchove ainsi qu'aux travaux de Mireille

¹¹⁴ N. CARIAT, *La Charte des droits fondamentaux et l'équilibre constitutionnel entre l'Union européenne et les États membres*, op. cit., p. 39.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ En ce sens également, voir : M. SAFJAN, D. DÜSTERHAUS, A. GUERIN, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les ordres juridiques nationaux, de la mise en œuvre à la mise en balance », *RTD Eur.*, 2016, n° 2, p. 244.

¹¹⁷ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit., p. 433.

¹¹⁸ *Ibid.*

Delmas-Marty sur le pluralisme ordonné¹¹⁹, dans la mesure où ils développent tous deux des approches alternatives de type horizontale à une organisation pyramidale des rapports entre normes, ordres ou systèmes juridiques.

La notion d'hétérarchie à laquelle nous faisons référence n'a pas encore été réellement définie en droit, au point que sa prémisse réside essentiellement dans l'opposition à la structure hiérarchique¹²⁰. Afin de cerner plus précisément ses contours, le recours aux autres sciences s'avère utile. Introduite par McCulloch en 1945 en lien avec la topologie des réseaux de neurones¹²¹, l'hétérarchie est, dans l'idée de Douglas Hofstadter, « un programme bâti sur une structure “sans moniteur”, composée uniquement de réseaux de transition récursif entremêlés »¹²². Plus récemment, Serge Moscovici l'a définie comme « une organisation décentralisée transformable par ceux qui en sont les acteurs, prête à se modeler au gré de ses auteurs, toujours destinée à sauvegarder un certain degré de liberté et d'initiative par l'appui qu'elle donne à toutes les fractions qui la composent »¹²³. Rapportées au droit, ces définitions s'inscrivent dans le courant des théories pluralistes¹²⁴ qui visent à rendre compte de la complexité des rapports de systèmes. Eu égard à l'ensemble de ces éléments, on définira l'hétérarchie comme un mode d'organisation de type horizontal des rapports entre règles de droit, juridictions ou ordres juridiques. Ce mode d'organisation tend vers un partage de pouvoir et d'autorité par le biais de la coopération et de marges de libertés au profit des acteurs.

29. Importance des juges et des décisions de justice. Mireille Delmas-Marty a écrit que l'internationalisation du droit s'accompagne d'une « montée en puissance des juges »¹²⁵. Ce constat vaut également concernant le développement du droit de l'Union européenne qui conduit à donner aux juges un rôle de plus en plus prépondérant. Toutefois,

¹¹⁹ M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné. Les forces imaginantes du droit*, 2, Paris, Éd. du Seuil, 2006 ; F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit.

¹²⁰ En témoigne notamment l'article suivant : B. BARRAUD, *Repenser la pyramide des normes à l'ère des réseaux : pour une conception pragmatique du droit*, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 21 ; F. TERRE, « L'hétérarchie juridique », in : *La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Paris, Dalloz, 2007, p. 447-457.

¹²¹ W. MCCULLOCH, « A heterarchy of values determined by the topology of nervous nets », *Bulletin of Mathematical Biophysics*, 1945, vol. 7, p. 89-93.

¹²² Citation de F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 213-214, qui vise l'ouvrage D. HOFSTADTER, *Gödel, Escher, Bach. Les brins d'une guirlande éternelle*, Paris, Interéditions, 1985, p. 150.

¹²³ S. MOSCOVICI, « Nos sociétés biuniques », *Communications*, 2012, n° 91, p. 93-112

¹²⁴ Sur le pluralisme et le droit : D. BODEN, « Le pluralisme juridique en droit international privé », in : *Le pluralisme*, APD, tome 49, Paris, Dalloz, 2006, p. 275-316 ; D. TERRE, « Le pluralisme et le droit », in : *Le pluralisme*, Ibid., p. 69-83. Sur le pluralisme juridique en droit international, voir : A.-C. MARTINEAU, *Le débat sur la fragmentation du droit international : une analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, 2016.

¹²⁵ M. DELMAS-MARTY, *La refondation des pouvoirs. Les forces imaginantes du droit*, 3, Paris, Éd. du Seuil, 2007.

ce rôle nouveau, empreint de relativité et de recherche d'équilibres, ne doit pas conduire les juges à verser dans l'arbitraire en éliminant toute prévisibilité. La seule pondération des intérêts sans prise en compte d'un contexte plus large conduirait sinon « à un simple calcul, à un bilan coûts-bénéfices, qui ne prendrait en compte que des valeurs quantifiables, ou qui forcerait tout type d'intérêt à se décliner sous forme monétaire »¹²⁶. Un tel effet de l'interprétation n'est pas le but recherché. Au contraire, le rôle créateur offert au juge par l'importance qu'il a prise doit donner lieu à des interprétations « constructives » au moyen de la recherche de proportionnalité¹²⁷. Au sein de l'Union, l'interprétation doit être d'autant plus constructive que chaque cour est placée dans un contexte qui lui est propre (national, Union européenne, juge de première instance, cour suprême, *etc.*). L'interprétation doit donc résulter des problématiques propres à chacune des juridictions comme de celles communes à l'échelle de l'Union afin d'être réellement constructive. Cette donnée a conduit à opérer des choix d'interprétation dans la conduite de la recherche.

B) Les choix d'interprétation dans la recherche

30. Analyse de l'application du droit. L'interprétation du champ d'application de la Charte est nécessairement orientée par certains choix opérés par l'auteur. Eu égard à l'inscription de ce travail dans les théories réalistes, le premier parti pris est celui de s'attacher à l'analyse de la façon dont le droit est appliqué¹²⁸. En l'espèce, il s'agit des décisions de justice. La détermination du champ d'application de la Charte se fondera donc sur la pratique des juges pour proposer un paradigme d'interprétation. À rebours de certains auteurs allemands¹²⁹, le choix a été fait de se fonder sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union pour proposer une interprétation de sa jurisprudence au lieu de s'attacher à la critiquer. En effet, si la critique est nécessaire, la compréhension concrète du champ d'application afin d'assurer la garantie des droits protégés par la Charte l'est tout autant depuis son entrée en vigueur.

31. Subjectivité inhérente à la comparaison. La dimension comparative de l'interprétation du champ d'application de la Charte ne prétend pas à une objectivité parfaite entre les ordres juridiques français et allemand. Le droit comparé poursuit certes l'objectif

¹²⁶ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 438.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 98 et 440.

¹²⁸ É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 4.

¹²⁹ Par exemple : T. KINGREEN, in : C. CALLIESS, M. RUFFERT (éd.), *EUV, AEUV – Kommentar*, 5^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2016, Art. 51 GRCh.

d'une équidistance parfaite de l'auteur entre les matières analysées¹³⁰ mais la comparaison ne peut toutefois être totalement désincarnée. La condition d'objectivité ne peut donc être que théorique et se trouve ainsi rarement remplie, « un ethnocentrisme *a minima* rest[ant] inévitable »¹³¹. Pour autant, cela ne constitue pas un obstacle à la comparaison dès lors que celle-ci est revendiquée comme imparfaite¹³². Plus encore, toute comparaison, comme toute recherche en droit, résulte de choix opérés par l'auteur qui donnent lieu à des résultats nécessairement construits de manière subjective¹³³. Quand bien même un traitement égal des ordres juridiques français et allemand est visé, la comparaison des jurisprudences française et allemande dans cette recherche résulte nécessairement d'une interprétation partiellement subjective qui tient au caractère « situé » de l'auteur, à son vécu et à son rapport à chacun des droits français et allemand¹³⁴.

32. « Droits fondamentaux » ou « droits de l'Homme ». Le troisième parti pris de cette recherche est le choix de retenir l'expression « droits fondamentaux » plutôt que celle de « droits de l'Homme ». Ce choix a très largement été influencé par le texte de la Charte qui fait référence aux droits fondamentaux dès son titre. Sur l'ensemble du texte, les « droits de l'Homme » n'apparaissent d'ailleurs qu'une seule fois à l'article 53. Cette référence ne serait due qu'à un malheureux manque d'inattention des conventionnels sur la fin du processus de rédaction¹³⁵.

Le choix de l'expression « droits fondamentaux » pour la Charte résulte d'une histoire qui leur est favorable au sein de l'Union. Apparue pour la première fois dans la Charte des Nations-Unies en 1945 puis dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948, l'expression « droits fondamentaux » a été reprise par la Loi fondamentale allemande de 1949. Quand on sait l'influence qu'ont pu avoir les juridictions allemandes

¹³⁰ K.-P. SOMMERMAN, « (§16) Funktionen und Methoden der Grundrechtsvergleichung », *op. cit.*, pts 69-70.

¹³¹ P. LEGRAND, *Comparer les droits, résolument*, Paris, PUF, 2009, p. 212. En ce sens également, voir l'étude : M.-C. PONTTHOREAU, « Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique », *RIDC*, 2005, n° 1, p. 11-13.

¹³² K.-P. SOMMERMAN, « (§16) Funktionen und Methoden der Grundrechtsvergleichung », *op. cit.*

¹³³ H. MUIR WATT, « droit comparé », in : *Encyclopaedia Universalis* [en ligne], consulté le 24 septembre 2019, disponible sous : www.universalis.fr : « [...] la comparaison des droits est de nature interprétative, comme l'est nécessairement toute description de faits culturels, de sorte que le comparatiste projette sa propre subjectivité sur l'objet de sa recherche en formulant lui-même les problématiques. En prendre conscience, c'est faire un travail sur soi analogue à celui que s'impose l'anthropologue, en luttant contre les stéréotypes, l'hypocrisie, l'ethnocentrisme, l'exagération ou le préjugé qui peuvent obscurcir la perception de la réalité observée ; c'est aussi reconnaître la relativité de sa formation reçue dès le début des études juridiques quant à la conception du droit – ses frontières, la hiérarchie des sources, les structures et classifications fondamentales ».

¹³⁴ P. LEGRAND, *Comparer les droits, résolument*, *op. cit.*, p. 212-216.

¹³⁵ G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 269.

sur le développement d'une protection des droits au sein de l'Union¹³⁶, il n'est guère étonnant que la Cour de justice ait repris cette terminologie à son compte dès l'arrêt *Storck* rendu en 1959¹³⁷. Par le biais des principes généraux du droit de l'Union¹³⁸, la Cour de justice a introduit l'expression dans le droit de l'Union¹³⁹. Sa consécration en 1992 passe par son inscription dans le droit primaire à l'article F du traité de Maastricht selon lequel « L'Union respecte les droits fondamentaux ». À ce propos, Henri Labayle indique que l'apparition d'une référence aux droits fondamentaux dans les traités visait à ancrer la protection existante dans les textes¹⁴⁰. L'expression « droits fondamentaux » a donc été conservée. La confirmation de ce choix est venue du Conseil européen lors de la décision prise à Cologne de rédiger une « Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne »¹⁴¹. Logiquement, la Convention de rédaction de la Charte a fait le choix de reprendre cette expression tout au long du texte.

La préférence marquée par le droit de l'Union pour l'expression « droits fondamentaux » s'inscrit, selon nous, dans une démarche positive et vient conforter notre choix de s'y référer. Son utilisation participe d'une démarche de l'égalité des sexes par le langage¹⁴², dans la mesure où l'expression « droits de l'Homme » (avec une majuscule en outre peu usitée) contribue à perpétuer une logique discriminatoire envers les genres autres que masculin¹⁴³. Cette inégalité se répercute sur la protection des droits. Les critiques féministes du droit rappellent ainsi que « [...] l'universalisme proclamé ou affiché de la règle de droit n'est le plus souvent ni réalisé, ni voulu [...] » si l'on « prête [...] attention non seulement aux effets constitutifs et inclusifs de la règle de droit (elle fait exister ce/ceux qu'elle nomme), mais aussi à ses effets exclusifs ». En effet, « la règle de droit crée aussi du "hors-droit", une sphère dans laquelle elle rejette implicitement mais nécessairement

¹³⁶ Cf. *infra*, §44. et 47.

¹³⁷ CJCE, 4 fév. 1959, aff. C-1/58, *Stork et Cie c/ Haute Autorité*.

¹³⁸ Par exemple : CJCE, 12 nov. 1969, aff. C-29/69, *Stauder c/ Stadt Ulm* ; CJCE, 14 mai 1974, aff. C-4/73, *Nold KG c/ Commission* ; CJCE, 30 sept. 1987, aff. C-12/86, *Demirel c/ Stadt Schwäbisch Gmünd* ; CJCE, 11 juill. 1989, aff. C-265/87, *Schröder c/ Hauptzollamt Gronau*.

¹³⁹ J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, « Droits fondamentaux : quelle place dans l'architecture de l'Union », in : *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 264.

¹⁴⁰ H. LABAYLE, « Droits fondamentaux et droit européen », *AJDA*, 1998, Hors-série, p. 83.

¹⁴¹ CONSEIL EUROPEEN DE COLOGNE, *Conclusions de la présidence*, 3 et 4 juin 1999, Annexe IV.

¹⁴² G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, op. cit., p. 269.

¹⁴³ HAUT CONSEIL A L'EGALITE ENTRE LES FEMMES ET LES HOMMES, *Pour une Constitution garante de l'égalité femmes-hommes. Avis relatif à la révision constitutionnelle*, Avis n° 2018-04-18-PAR-033, publié le 18 avril 2018.

tout ce/tous ceux qui ne correspondent pas aux marqueurs raciaux, culturels, religieux et de genre, le plus souvent implicites, sur lesquels elle prend appui »¹⁴⁴.

En réaction à ces critiques, l'expression « droits humains » a fait son apparition en France dans l'optique de remplacer celle de « droits de l'Homme » et de contrer cette logique discriminatoire¹⁴⁵. On peut toutefois déplorer qu'elle n'ait pas encore été adoptée à grande échelle¹⁴⁶. À cet égard et en raison de l'ambition poursuivie par la Charte de garantir des droits destinés à tous de manière égale, on retiendra donc l'expression « droits fondamentaux » consacrée par le droit primaire.

33. Définition des droits fondamentaux. Malgré l'apparente facilité avec laquelle l'Union européenne a fait un choix en matière terminologique, la démarche de définition des droits fondamentaux nous confrontent à une réelle difficulté¹⁴⁷. Dans une perspective négative d'une part, les droits fondamentaux ne peuvent être tenus pour exactement équivalents aux droits de l'Homme ou aux droits humains¹⁴⁸. Outre la dimension d'exclusion en matière de genre que comportent les droits de l'Homme, l'expression allemande de droits fondamentaux (*Grundrechte*) comprend des droits d'obédience majoritairement subjective alors que l'expression française de droits humains désigne des droits traditionnellement objectifs¹⁴⁹. Dans une perspective positive d'autre part, ils font l'objet d'un « flou conceptuel »¹⁵⁰, d'une grande ambiguïté¹⁵¹, « au point que les études qui

¹⁴⁴ S. HENNETTE-VAUCHEZ, C. GIRARD, « Théories du genre et théorie du droit », *Savoir/Agir*, 2012, n° 20, p. 54. En ce sens également : S. HENNETTE-VAUCHEZ, M. MÖSCHEL, D. ROMAN (dir.), *Ce que le genre fait au droit*, Actes d'une journée d'études à Nanterre le 19 septembre 2012, Paris, Dalloz, 2013.

¹⁴⁵ HAUT CONSEIL À L'ÉGALITÉ ENTRE LES FEMMES ET LES HOMMES, « "Droits humains" vs "Droits de l'Homme" : en finir avec une logique linguistique discriminatoire », *Actualité*, publié le 10 décembre 2018, disponible sous : <http://haut-conseil-egalite.gouv.fr/parite/actualites/article/droits-humains-une-expression-qu-il-est-temps-de-generaliser>

¹⁴⁶ En témoigne les nombreux ouvrages parus ces dernières années utilisant toujours l'expression « droits de l'Homme » (avec ou sans majuscule).

¹⁴⁷ Sur la difficulté à définir la notion de « droit fondamental », voir : T. MEINDL, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, LGDJ, Paris, 2003.

Sur l'histoire de la notion de « droits fondamentaux », voir : A. GAILLET, « La Grenouille français et le Bœuf allemand (I) ... », *op. cit.*, p. 164 et s.

¹⁴⁸ Sur différentes raisons pour lesquelles ces deux expressions ne peuvent être exactement tenues pour synonymes : L. DUBOIS, « Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes », in : L. FAVOREU (dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Actes du IIe colloque d'Aix-en-Provence des 19, 20 et 21 février 1981, Paris, Economica, 1982, p. 431.

L'expression « droits de l'Homme » reste néanmoins toute aussi difficile à définir que celle de « droits fondamentaux ».

¹⁴⁹ Cf. *supra*, §21. et 22.

¹⁵⁰ A. BAILLEUX, *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire*, *op. cit.*, p. 22.

¹⁵¹ J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, « Droits fondamentaux : quelle place dans l'architecture de l'Union », *op. cit.*, p. 263.

leur sont consacrées se gardent en général “de toute définition” »¹⁵². Cette difficulté provient certes des différences d’acception entre les ordres juridiques¹⁵³ mais pas uniquement. Au sein même de chaque ordre juridique, les droits fondamentaux font l’objet de définitions extrêmement hétérogènes, voire ne sont pas même définis¹⁵⁴. En effet, « rien n’indique quelle peut ou doit être la limite de ces droits ; la fondamentale n’est jamais circonscrite, comme si sa vertu même consistait dans cette absence de limite positive, dans l’intuition spontanée de celui [...] qui est en charge d’exprimer les valeurs du groupe concerné »¹⁵⁵. Dans une perspective réaliste, seront appréhendés comme droits fondamentaux les droits utilisés comme tel par les juridictions étudiées. Si la plupart ont trouvé une place au sein de la Charte, il n’est pas exclu que certains n’y apparaissent pas ou qu’ils y apparaissent sous une autre forme. C’est le cas notamment de certains principes généraux du droit de l’Union développés par la Cour¹⁵⁶ ou de droits fondamentaux nationaux consacrés notamment par les constitutions nationales, tel que le droit à la dignité humaine garanti par la Loi fondamentale allemande qui ne peut être assimilé à l’article 1 de la Charte.

Les différents choix d’interprétation opérés pour l’analyse du champ d’application de la Charte par le biais d’une comparaison franco-allemande ont conduit à traiter la question par le biais d’une perspective qu’il s’agit désormais de présenter.

§4- Les enjeux de l’interprétation du champ d’application de la Charte

34. Méthodes de détermination du champ d’application. Faute de définition claire, la détermination du champ d’application de la Charte résulte plus de l’analyse des applications concrètes de la Charte par les juridictions que de grands arrêts qui en définissent les contours. Il y a en effet, selon Pascale Deumier, « peu de chances que la lumière vienne d’un affinement de la définition théorique de la mise en œuvre, forcément

¹⁵² N. CARIAT, *La Charte des droits fondamentaux et l’équilibre constitutionnel entre l’Union européenne et les États membres*, op. cit., p. 34.

¹⁵³ En ce sens : S.U. COLELLA, *La restriction des droits fondamentaux dans l’Union européenne : notions, cadre et régime*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 70 et s.

¹⁵⁴ L. DUBOIS, « Objet et portée de la protection », *RIDC*, 1981, vol. 33, n° 2, p. 603 et s. ; T. RACHO, *Le système européen de protection des droits fondamentaux*, op. cit., p. 37 et s.

¹⁵⁵ J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, « Droits fondamentaux : quelle place dans l’architecture de l’Union », op. cit., p. 263-264.

¹⁵⁶ Le principe du droit à une bonne administration à l’égard des États membres lorsqu’ils agissent dans le champ d’application du droit de l’Union par exemple.

fuyante et toujours contestable », d'autant que « L'accumulation d'applications pourrait donner des lignes directrices plus fiables »¹⁵⁷. Le traitement des décisions permet donc de faire ressortir un certain nombre d'informations relatives à la détermination du champ d'application de la Charte. Celle-ci peut s'opérer par deux biais, tout aussi nécessaires l'un que l'autre : la définition du champ d'application d'une part et l'identification des situations dans lesquelles la Charte est applicable d'autre part. Une telle analyse doit néanmoins comprendre aussi bien la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union, interprète officielle du droit de l'Union au titre de l'article 267 du TFUE, que la jurisprudence des juridictions nationales, juridictions de droit commun de l'Union¹⁵⁸.

35. Difficultés liées à la détermination du champ d'application. Du fait de la « décentralisation » du contrôle du droit de l'Union, l'application de la Charte procède d'une multiplicité d'acteurs issus d'un grand nombre d'ordres juridiques différents (nationaux et de l'Union). L'ensemble de ces juridictions contribuent à en déterminer le champ d'application exacte. Toutefois, le double rôle assigné au juge national (juge national et juge de l'Union) contribue également à sous-tendre l'interprétation de la Charte d'une tension propre aux droits fondamentaux. Selon les termes de Thomas von Danwitz, « d'une part, la protection des droits fondamentaux de l'Union dépend de la manière dont ils sont garantis par les États membres et d'autre part, il est nécessaire de garantir leur protection d'une manière adaptée à la structure et aux objectifs de l'Union »¹⁵⁹. Or, le perspectivisme de chacune des juridictions, c'est-à-dire le contexte dans lequel elles sont placées, l'ordre juridique dans lequel elles se situent et les objectifs qui leurs sont assignés, conduit les juges à ne pas toujours interpréter le droit de l'Union de la même manière. Ainsi, « la Cour de justice est “génétiquement” encline à assurer la survie et le développement de la construction européenne »¹⁶⁰, tout comme les autres juridictions sont « juridiquement située[s] »¹⁶¹ dans la fonction qu'elles occupent au sein d'un ordre juridique. Par conséquent, la détermination du champ d'application de la Charte dépend pour chacune des juridictions du « critère d'interprétation »¹⁶² sur lequel elle s'appuie. Il apparaît ainsi que la

¹⁵⁷ P. DEUMIER, « Le champ d'application de la Charte entre droit de l'Union européenne et droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 396.

¹⁵⁸ TPICE, 10 juill. 1990, aff. T-51/89, *Tetra Pak c/ Commission*, pt 42.

¹⁵⁹ T. VON DANWITZ, « L'autonomie du droit de l'Union et la mise en œuvre de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in : *L'identité du droit de l'Union européenne. Mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 541.

¹⁶⁰ A. BAILLEUX, *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire*, *op. cit.*, p. 566.

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² P. DEUMIER, « Le champ d'application de la Charte entre droit de l'Union européenne et droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 392.

Cour de justice interprète le champ d'application de la Charte en fonction de la finalité du droit de l'Union tandis que le critère de répartition des compétences a jusque récemment dominé devant les juridictions allemandes et que le critère de l'universalisme des droits humains peine à être dépassé par les juridictions françaises. Ces critères d'interprétation divergents posent des difficultés pour déterminer de manière claire le champ d'application de la Charte.

36. Incidence de la détermination du champ d'application sur l'équilibre entre ordres juridiques. Les difficultés relatives aux divergences d'interprétation du champ d'application de la Charte sont d'autant plus difficilement surmontables que les droits fondamentaux occupent une position stratégique dans les relations entre ordres juridiques. Ils « constituent [...] le “centre névralgique” des relations entre des ensembles normatifs et juridictionnels distincts. Tout à la fois justifications et limitations de l'exercice d'un pouvoir sur un territoire donné, ils incarnent un élément central d'un “droit des rapports entre droits” et jouent un rôle “charnière” entre les systèmes et les ordres juridiques »¹⁶³. Entre les ordres juridiques de l'Union et des États membres, les droits fondamentaux se trouvent ainsi au cœur de « l'équilibre du système »¹⁶⁴. D'une part, l'ordre juridique de l'Union, qui se « caractéris[e] par la stabilité, plutôt que par la fixité », ouvre la possibilité d'« ajustement réciproques continuels »¹⁶⁵. D'autre part, les relations entre ordres juridiques s'établissent tant par le biais de décisions politiques qu'à l'occasion de contentieux situés aux frontières des règles de fonctionnement établies¹⁶⁶. Dans ces derniers cas, les juges participent à l'ajustement de l'équilibre des rapports entre ordres juridiques par un processus permanent de création du droit. Par conséquent, l'équilibre entre les ordres juridiques nationaux et de l'Union est composé de rapports de pouvoirs qui sont loin d'être « immuables »¹⁶⁷.

Cette souplesse des rapports se révèle nécessaire dans la détermination du champ d'application de la Charte, dans la mesure où cette détermination « oppose une logique de protection des droits fondamentaux et l'impératif de préservation de l'équilibre constitutionnel entre l'Union et les États membres »¹⁶⁸. En effet, « D'une part, certaines parties en litige invoquent les garanties de la Charte et recherchent sa protection, sans égard

¹⁶³ C. FERCOT, « La protection des droits fondamentaux dans l'État fédéral ... », *op. cit.*, p. 203.

¹⁶⁴ N. CARIAT, *La Charte des droits fondamentaux et l'équilibre constitutionnel entre l'Union européenne et les États membres*, *op. cit.*, p. 33.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 32-33.

¹⁶⁶ T. RACHO, *Le système européen de protection des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 17.

¹⁶⁷ N. CARIAT, *La Charte des droits fondamentaux et l'équilibre constitutionnel entre l'Union européenne et les États membres*, *op. cit.*, p. 32.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 395.

pour les querelles théologiques relatives à son champ d'application. D'autre part, les États membres entendent que les limites posées soient effectivement respectées »¹⁶⁹. La détermination du champ d'application de la Charte impose donc de prendre en compte des intérêts qui dépassent largement le cadre de la simple application des droits fondamentaux de l'Union à un cas d'espèce.

37. Solution d'ordonnement de type hétérarchique. La prise en compte des critères d'interprétation du champ d'application de la Charte propres à chaque ordre juridique se révèle ainsi nécessaire au maintien de l'équilibre entre ces différents ordres. Par conséquent, l'absence de choix politique d'organiser une réelle hiérarchisation des ordres juridiques ne permet pas d'inscrire le rapport entre les droits fondamentaux dans un tel modèle. *A contrario*, la perspective d'ordonnement hétérarchique des différences d'interprétation du champ d'application de la Charte s'accorde bien aux exigences d'ajustements permanents entre les ordres juridiques. Rapportée à la détermination du champ d'application de la Charte, la notion d'hétérarchie permet donc, jusqu'à un certain point, de considérer comme peu ou moins problématique les différences d'interprétation dont il fait l'objet et de conserver une marge d'ajustement des équilibres au moyen des droits fondamentaux. Elle permet également de favoriser une certaine diversité en matière de culture des droits fondamentaux tout en assurant la bonne application du droit de l'Union.

38. Objectifs de l'étude. Pour conclure sur le bénéfice d'une telle approche, cette recherche se questionne sur les difficultés à définir de manière unique et claire le champ d'application de la Charte. Aux termes des différentes interprétations concrètes dont il fait l'objet, quelle définition peut-il en être donnée ? Quelles sont les conséquences de ces différences d'interprétation en matière de garantie des droits fondamentaux et d'équilibre entre les ordres juridiques nationaux et de l'Union ?

La première partie de l'étude sera consacrée à déterminer le champ d'application de la Charte tel qu'interprété par la Cour de justice. Le critère d'interprétation adopté par la Cour pourra être dégagé au terme d'une recherche des éléments de définition du champ d'application, d'une part, et de la construction d'une typologie des cas d'application de la Charte, d'autre part.

La seconde partie s'attachera à démontrer que cette interprétation du champ d'application de la Charte ne peut être tenue pour seule et unique. Les différences

¹⁶⁹ *Ibid.*

d'interprétation avec les juridictions françaises et allemandes seront mises en évidence au travers des critères d'interprétation propres à chacun des ordres juridiques. À partir de ce constat, il s'agira de démontrer que les différences en matière de critères d'interprétation ainsi que les divergences qu'ils produisent quant à la détermination du champ d'application de la Charte ne sont pas problématiques si l'approche poursuivie est celle d'une solution d'ordonnancement de type hétérarchique.

Première Partie : L'interprétation du champ d'application de la Charte par la Cour de justice de l'Union européenne

Deuxième Partie : La prise en compte des interprétations nationales du champ d'application de la Charte

Première Partie

L'interprétation du champ d'application de la Charte par la Cour de justice de l'Union européenne

39. Aux termes des articles 19§1 du TUE et 267 du TFUE¹⁷⁰, la Cour de justice de l'Union européenne a pour fonction de faire respecter le droit de l'Union. Cette fonction s'exerce dans le cadre de l'application du droit et dans le cadre de son interprétation. Par conséquent, ces articles du traité font de la Cour de justice l'interprète officiel du droit européen. La Charte des droits fondamentaux appartenant au droit primaire, il en résulte que son interprétation officielle émane également de la Cour de justice. De ce fait, cette dernière est compétente pour déterminer le champ d'application de la Charte.

Afin de déterminer le champ d'application de la Charte, le rôle d'interprète officiel dévolu à la Cour de justice conduit à s'intéresser à l'interprétation qu'elle en donne. À ce titre, deux aspects aussi essentiels que complémentaires doivent être distingués et examinés. Il s'agit de la définition du champ d'application et de sa délimitation concrète.

D'une part, le champ d'application de la Charte doit être défini. La recherche de définition implique de s'intéresser tant à la jurisprudence relative aux principes généraux du droit de l'Union, composante essentielle de la genèse de la Charte, qu'à l'article 51§1, acte à partir duquel doit être extrait la définition (Titre 1). D'autre part, le champ d'application de la Charte doit être systématisé de manière concrète sous la forme d'une typologie des cas d'application de la Charte. En effet, les situations effectives de mise en

¹⁷⁰ Article 19§1 du TUE : « 1. La Cour de justice de l'Union européenne comprend la Cour de justice, le Tribunal et des tribunaux spécialisés. Elle assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités ». Article 267 du TFUE : « La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel : a) sur l'interprétation des traités, b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union ».

œuvre de l'article 51§1 de la Charte et des principes généraux peuvent être classifiées afin de rendre compte de manière cohérente des implications concrètes que la définition proposée fait naître (Titre 2). De cette définition et cette systématisation pourront ressortir des critères d'appartenance au champ d'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union.

Titre 1. La définition du champ d'application de la Charte

40. Le premier élément de détermination du champ d'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union concerne sa définition. À cet égard, la logique et la cohérence qui sous-tendent l'article 51§1 de la Charte doivent être mises en évidence et les principes généraux doivent être pris en compte à plusieurs titres. Antérieurs à la Charte, ils représentent la première forme sous laquelle les droits fondamentaux ont été protégés dans la Communauté européenne. Ils ont en outre très largement inspiré la Convention chargée de la rédaction de la Charte, devenue à peu de choses près une version codifiée des principes généraux. Enfin, la Cour, interprète officiel de la Charte, est également à l'origine de la découverte et du développement considérable des principes généraux. Une bonne compréhension de l'article 51§1 de la Charte passe donc nécessairement par l'analyse de ces principes (Chapitre 1). À la lumière des jalons posés par la Cour s'agissant des principes généraux, l'interprétation du champ d'application de la Charte proposée par la Cour pourra ensuite être analysée et des éléments de définition pourront être dégagés (Chapitre 2).

Chapitre 1. La jurisprudence de la Cour de justice en matière de principes généraux du droit de l'Union

41. En matière de droits fondamentaux, la Cour a développé avant l'entrée en vigueur de la Charte un système de protection fonctionnel et intégré à l'organisation de la Communauté européenne. Ce système de protection s'est construit de manière purement jurisprudentielle avant de devenir une source de droit non-écrit de l'Union, source reprise pour partie dans les traités. La Cour de justice a découvert les principes généraux au fil de sa jurisprudence et a, de manière casuistique, aménagé un champ d'application fondé sur celui du droit communautaire (Section 1). Elle s'est également attachée à inscrire les principes généraux et leur champ d'application dans la dynamique poursuivie par l'ordre juridique de la Communauté européenne. Cette intégration s'est accomplie par le biais d'un certain nombre de principes essentiels au fonctionnement de la Communauté (Section 2). La concordance de ces deux aspects a permis de développer une logique du champ d'application des droits fondamentaux propre à l'ordre juridique de la Communauté.

Section 1. L'émergence du champ d'application des droits fondamentaux

42. Suite à la création des Communautés européennes, essentiellement tournées vers l'économie, l'exigence de respect des droits fondamentaux s'est peu à peu imposée. L'émergence d'une véritable protection communautaire des droits fondamentaux représente le point de départ d'un long processus qui se poursuit aujourd'hui encore. À l'origine, les droits fondamentaux se sont manifestés de manière casuistique et purement jurisprudentielle sous la forme de principes généraux (§1). Corrélativement, leur applicabilité a été circonscrite jusqu'à s'articuler sous la forme d'un champ d'application propre aux droits fondamentaux (§2). Malgré la diversité des situations qu'il comprend, il bénéficie d'une certaine cohérence ainsi que de différentes limites.

§1- La découverte des droits fondamentaux

43. Les premiers traités introduisant la CECA puis la CEE ne comprenaient ni mention, ni protection spécifique des droits fondamentaux ; l'objet de ces conventions était tout autre. Afin de pallier à ce qu'elle estimait être un manque au vu de la mesure de son office, la Cour de justice a graduellement pris ces droits en compte sous la forme de principes généraux du droit communautaire (A). L'organisation de leur champ d'application s'est rapidement imposée comme le corollaire à cette reconnaissance (B).

A) L'apparition d'une protection des droits fondamentaux

44. Refus d'appliquer les droits fondamentaux nationaux. Avant de s'engager dans l'élaboration d'une garantie des droits fondamentaux au niveau européen, la Cour de justice avait à deux reprises refusé leur prise en compte au motif qu'une telle compétence ne rentrait pas dans le cadre de sa fonction. Dans la décision *Stork*, rendue le 4 février 1959, les requérants allemands demandaient en effet à la Cour d'apprécier une violation du droit de l'Union au regard du droit allemand, et plus spécifiquement au regard des droits fondamentaux allemands, afin de leur offrir une protection. La Cour avait estimé « qu'en vertu de l'article 8 du traité, la Haute Autorité n'est appelée à appliquer que le droit de la Communauté ; qu'elle n'est pas compétente pour appliquer le droit interne des États membres [...] ; qu'en règle générale, elle n'a pas à se prononcer sur les règles de droit interne ; qu'en conséquence elle ne saurait examiner le grief selon lequel, en prenant sa décision, la Haute Autorité aurait violé des principes du droit constitutionnel allemand (notamment les articles 2 et 12 LF) »¹⁷¹. L'application de droits fondamentaux nationaux à une violation du droit européen est donc écartée en l'espèce, au motif que de tels droits sont protégés par le droit interne et non par le droit européen. En conséquence, la Cour se considère incompétente pour effectuer un contrôle à l'aune du droit interne.

Raisonné au regard des spécificités des Communautés européennes, cette solution a été confirmée le 15 juillet 1960 par la décision *Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr*. Toujours sollicitée par l'Allemagne, la Cour refuse d'appliquer l'article 14 de la Loi fondamentale allemande, relatif à la protection de la propriété privée, ainsi que la jurisprudence allemande y afférente¹⁷². De même, l'invitation de l'avocat général Maurice

¹⁷¹ CJCE, 4 fév. 1959, aff. C-1/58, *Stork et Cie c/ Haute Autorité*, pt 4.

¹⁷² CJCE, 15 juill. 1960, aff. C-36 à 38/59 et C-40/59, *Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr et a. c/ Haute Autorité CECA* : « que la requérante appuie ses prétentions sur la jurisprudence allemande relative à l'interprétation de l'article 14 de la Loi fondamentale de la République fédérale, garantissant la propriété

Lagrange à appliquer indirectement le droit fondamental issu de la Loi fondamentale¹⁷³ n'a pas été suivie par la Cour. Cette invitation n'est toutefois pas restée lettre morte¹⁷⁴.

45. Développement d'une protection propre à la Communauté européenne. Dès 1969, la décision *Stauder* entame le virage vers une véritable protection des droits fondamentaux. Il se déroule néanmoins de manière indépendante des protections nationales, dans la mesure où la Cour choisit de s'approprier une protection autonome des droits fondamentaux. En l'espèce, le tribunal administratif de Stuttgart avait demandé à la Cour de justice, dans le cadre d'une question préjudicielle, si une mesure de droit européen liant pour certains bénéficiaires la cession de beurre à la divulgation de leur nom était conforme aux principes généraux du droit communautaire. Si la Cour de justice se contente d'interpréter la mesure pour rejeter une telle argumentation, elle prend soin de préciser qu'en conséquence, « la disposition litigieuse ne révèle aucun élément susceptible de mettre en cause les droits fondamentaux de la personne compris dans les principes généraux du droit communautaire »¹⁷⁵. Pour la première fois, l'existence de droits fondamentaux et d'une protection de ceux-ci par le droit communautaire est reconnue par le biais de l'instrument des principes généraux du droit communautaire.

Ce premier pas est rapidement suivi d'une confirmation. Le 17 décembre 1970, la Cour laisse entendre dans la décision *Internationale Handelsgesellschaft* qu'en matière de droits fondamentaux, elle n'appliquera aucune règle de droit national de manière directe. Cette exigence répond au principe de l'unité et de l'efficacité du droit européen. En effet, « Attendu que le recours à des règles ou notions juridiques du droit national, pour l'appréciation de la validité des actes arrêtés par les institutions de la Communauté, aurait pour effet de porter atteinte à l'unité et à l'efficacité du droit communautaire ; que la validité de tels actes ne saurait être appréciée qu'en fonction du droit communautaire ; qu'en effet, le droit né du traité, issu d'une source autonome, ne pourrait, en raison de sa nature, se voir judiciairement opposer des règles de droit national quelles qu'elles soient, sans perdre son

privée ; attendu qu'il n'appartient pas à la Cour, juge de la légalité des décisions prises par la Haute Autorité et partant de celles prises en l'espèce aux termes de l'article 65 du traité, d'assurer le respect des règles de droit interne, même constitutionnelles, en vigueur dans l'un ou l'autre des États membres ; que dès lors la Cour ne peut ni interpréter, ni appliquer l'article 14 de la Loi fondamentale allemande dans l'examen de la légalité d'une décision de la Haute Autorité ».

¹⁷³ Conclusions de l'avocat général Maurice Lagrange présentées le 24 mai 1960, sous CJCE, 15 juill. 1960, *Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr*, préc. : « Mais il n'appartient pas à la Cour, juge de la légalité des autorisations, d'appliquer, du moins directement, les règles de droit interne, même constitutionnelles, en vigueur dans l'un ou l'autre des États membres ».

¹⁷⁴ Voir à ce propos l'étude du juge à la Cour de justice des Communautés européennes, Pierre Pescatore : P. PESCATORE, « Les droits de l'homme et l'intégration européenne », *Cahiers de droit européen*, 1968, n° 6, p. 629-655.

¹⁷⁵ CJCE, 12 nov. 1969, aff. C-29/69, *Stauder c/ Stadt Ulm*, pt 7.

caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même ; que, dès lors, l'invocation d'atteintes portées, soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la Constitution d'un État membre, soit au principe d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet État »¹⁷⁶. Il devient ainsi nécessaire pour la Cour de développer sa propre garantie de protection des droits fondamentaux.

46. Sources des droits fondamentaux communautaires. La construction jurisprudentielle d'une protection communautaire des droits fondamentaux s'est poursuivie par une intégration progressive de sources utilisées par la Cour. S'y trouvent naturellement les principes généraux du droit communautaire, déjà pour partie découverts, appelés à se développer au moyen de l'interprétation des traditions constitutionnelles communes aux États membres¹⁷⁷. C'est d'ailleurs par rapport à ces dernières que l'examen de conformité de la directive européenne en cause dans la décision *Internationale Handelsgesellschaft* est réalisé. Ce même raisonnement est repris dans la décision *Nold* du 14 mai 1974. La Cour déduit de la Loi fondamentale allemande ainsi que des constitutions d'autres États membres l'existence en droit communautaire d'une protection du droit de propriété et du libre exercice des activités professionnelles. La CESDH et plus largement « les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré » sont également ajoutées aux précédentes sources¹⁷⁸. La mobilisation de la CESDH semble d'autant plus logique que tous les États membres de la Communauté l'ayant ratifié, elle constitue une source simple d'accès à leurs traditions communes¹⁷⁹. Plus que le texte même, la Cour a largement utilisé la jurisprudence de la CEDH comme source d'inspiration¹⁸⁰. En conclusion, c'est donc à un large panel d'influences tant nationales qu'européennes ou internationales que la Cour s'autorise à se référer afin de développer une protection des droits fondamentaux propre au droit

¹⁷⁶ CJCE, 17 déc. 1970, aff. C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c/ Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, pt 3.

¹⁷⁷ C. WALTER, « (§1) Geschichte und Entwicklung der europäischen Grundrechte und Grundfreiheiten », in : D. EHLERS (éd.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 4^{ème} éd., Berlin, De Gruyter, 2014, pts 29-30.

¹⁷⁸ CJCE, 14 mai 1974, aff. C-4/73, *Nold KG c/ Commission*, pts 12-13.

¹⁷⁹ V. DI BUCCI, F. MANCINI, « Le développement des droits fondamentaux en tant que partie du droit communautaire », *RCADÉ*, 1990, Vol. I-1, p. 38.

¹⁸⁰ T. VON DANWITZ, « (§6) Gerichtlicher Schutz der Grundrechte », in : A. HATJE, P.-C. MÜLLER-GRAFF, C. GRABENWARTER (éd.), *Enzyklopädie Europarecht*, vol. 2 : Europäischer Grundrechtsschutz, Baden-Baden, Nomos, 2014, pt 6 ; C. WALTER, « (§1) Geschichte und Entwicklung der europäischen Grundrechte und Grundfreiheiten », *op. cit.*, pt 31.

communautaire. Elle procède ainsi à « une opération de “filtrage” destinée à éviter que la cohérence du système juridique soit affectée »¹⁸¹.

47. Influence notoire des Cours constitutionnelles allemande et italienne¹⁸². Les décisions fondatrices d'une protection communautaire des droits fondamentaux sont essentiellement issues de questions préjudicielles posées par des juridictions allemandes. Ceci n'est pas un hasard, dans la mesure où l'action de la Cour de justice dans le sens d'une protection effective des droits fondamentaux s'est opérée parallèlement à une forte incitation – et vraisemblablement sous l'influence – de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne¹⁸³. Cette incitation a notamment été rendue explicite en 1974 par le biais de l'emblématique décision *Solange I*¹⁸⁴. Dans cette décision, la Cour fédérale prévient la Cour de justice qu'elle continuera à contrôler le droit européen au regard des droits fondamentaux de la Loi fondamentale tant que (*solange*) le droit européen ne garantira pas lui-même une protection au moins équivalente. En 1973, la Cour constitutionnelle italienne avait déjà lancé une première alerte avec l'arrêt *Frontini*, arrêt par lequel elle refusait d'accepter que la Communauté européenne viole les principes fondamentaux constitutionnels italiens et les droits inaliénables de la personne humaine¹⁸⁵. Ces avertissements ont manifestement été entendus par la Cour de justice. Après s'être engagée dans un processus de garantie du respect des droits fondamentaux en droit européen, elle a corrélativement dû s'attacher à délimiter les contours de cette nouvelle protection.

¹⁸¹ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, 3^{ème} éd., Paris, PUF, 2001, p. 359.

¹⁸² En ce sens : M. BLECKMANN, *Nationale Grundrechte im Anwendungsbereich des Rechts der Europäischen Union : die Kooperation des Grundrechtsschutzes in der Europäischen Union unter Berücksichtigung der besonderen Ausprägungen des nationalen Grundrechtsschutzes*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, p. 8 ; V. DI BUCCI, F. MANCINI, « Le développement des droits fondamentaux en tant que partie du droit communautaire », *op. cit.*, p. 46-47 ; T. VON DANWITZ, « (§6) Gerichtlicher Schutz der Grundrechte », *op. cit.*, pt 9 ; P. PESCATORE, « Les droits de l'homme et l'intégration européenne », *op. cit.*, p. 632-636.

¹⁸³ H.-W. RENGELING, P. SZCEKALLA, *Grundrechte in der Europäischen Union – Charta der Grundrechte und Allgemeine Rechtsgrundsätze*, Cologne, Carl Heymanns Verlag, 2004, §1, pts 15 et s. ; R. TINIERE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 37.

Les allemands seraient également à l'origine de la décision même de rédiger la Charte. Voir à ce titre : ASSEMBLEE NATIONALE, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Colloque du 26 avril 2000, disponible sous : www.assemblee-nationale.fr/ ; F.C. MAYER, « La Charte européenne des droits fondamentaux et la Constitution européenne », *RTD Eur.*, 2003, n° 2, p. 177-180 ; J. MEYER, M. ENGELS, *Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union : Berichte und Dokumentation*, Deutscher Bundestag, Berlin, 2001, p. 1.

¹⁸⁴ BVerfG (cour constitutionnelle fédérale), 29 mai 1974, décision n° 2 BvL 52/71, *Solange I*, BVerfGE 37, 271.

¹⁸⁵ Corte costituzionale (Italie), 18 déc. 1973, décision n° 183/73, *Frontini e Pozzani*.

B) La détermination du champ d'application des droits fondamentaux

48. Limitation de l'application au droit communautaire. Le respect des droits fondamentaux n'étant pas garanti par les traités fondateurs des Communautés européennes, la Cour a dû, outre reconnaître de tels droits, également s'intéresser à leur application et à ses limites. Il est d'ailleurs très tôt fait référence à ces délimitations dans la jurisprudence de la Cour, dans la mesure où la décision *Internationale Handelsgesellschaft* indiquait déjà que « la sauvegarde de ces droits, [...] doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté »¹⁸⁶. D'emblée, la Cour inscrit les droits fondamentaux dans le cadre du droit communautaire uniquement. Cette limite a été confirmée dans les décisions suivantes sans toutefois être précisée, comme en témoignent les décisions *Hauer*, *Testa*, *Cinéthèque*, *Johnston* ou encore *Demirel*. Dans ces décisions, la Cour affirme que la question du respect des droits fondamentaux ne peut être appréciée que « dans le cadre du droit communautaire », « dans l'ordre juridique communautaire » ou « dans le domaine du droit communautaire »¹⁸⁷. Ces dénominations, relativement proches les unes des autres, concentrent des situations aussi diverses que des demandes d'interprétation d'article de règlement communautaire sur l'adaptation du potentiel viticole aux besoins du marché, d'articles du traités relatifs à la libre circulation pour la diffusion de films et l'exploitation simultanée en vidéocassettes et vidéodisques, d'une directive communautaire pour mettre en œuvre le principe d'égalité entre hommes et femmes ou encore d'un accord d'association avec la Turquie.

À partir de 1986, un autre qualificatif pour désigner le champ d'application apparaît toutefois. Selon l'arrêt *Klensch*, le droit fondamental en cause « lie également les États membres lorsque ceux-ci *mettent en œuvre* [l'organisation commune des marchés agricoles] »¹⁸⁸. L'affaire en cause concernait une demande d'interprétation d'articles du traité et de différents règlements afin d'appliquer au Luxembourg le régime de prélèvement prévu par le droit communautaire dans le secteur du lait. En l'espèce, il s'agissait donc bien de « mettre en œuvre » des actes communautaires. Toutefois, les expressions relatives au champ d'application jusque-là consacrées n'apparaissent pas dans la décision. En 1987,

¹⁸⁶ CJCE, 17 déc. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, prec., pt 4 (nous soulignons).

¹⁸⁷ CJCE, 13 déc. 1979, aff. C-44/79, *Hauer c/ Land Rheinland-Pfalz*, pt 14 ; CJCE, 19 juin 1980, aff. C-41, 121 et 796/79, *Testa*, pt 18 ; CJCE, 11 juill. 1985, aff. C-60 et 61/84, *Cinéthèque c/ Fédération nationale des cinémas français*, pt 26 ; CJCE, 15 mai 1986, aff. C-222/84, *Johnston c/ Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, pt 18 ; CJCE, 30 sept. 1987, aff. C-12/86, *Demirel c/ Stadt Schwäbisch Gmünd*, pt 28.

¹⁸⁸ CJCE, 25 nov. 1986, aff. C-201 et 202/85, *Klensch c/ Secrétaire d'État*, pt 8 (nous soulignons).

dans l'affaire *Demirel*, la Cour réitère cette approche en déclinant sa compétence au motif que la réglementation nationale au cause « [n']*exécute* [pas] une décision de droit communautaire »¹⁸⁹. En l'absence de règle européenne sur le regroupement familial des travailleurs installés dans la Communauté, la réglementation nationale ne peut être contrôlée au regard des droits fondamentaux européens. Cependant, il est cette fois-ci également fait référence aux notions de « cadre du droit communautaire » et de « domaine du droit communautaire » utilisées auparavant.

Par ces décisions les contours du champ d'application des droits fondamentaux commencent à se préciser. Les deux types d'expressions (le « cadre » et la « mise en œuvre » du droit communautaire) ont été précurseurs puisqu'ils ont précédé deux arrêts fondateurs qui ont par la suite servi de référence à une majorité de la doctrine pour la compréhension exacte du champ d'application des droits fondamentaux de la Communauté européenne. Ces deux expressions ont toutefois également cristallisé les différents points de vue.

49. L'arrêt *Wachauf* et la mise en œuvre du droit communautaire. L'arrêt *Wachauf*, rendu le 13 juillet 1989, s'inscrit dans l'exacte continuité des décisions *Klensch* et *Demirel*. Il rappelle qu'« En vertu d'une jurisprudence constante établie, notamment, par l'arrêt du 13 décembre 1979 (Hauer [...]), les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect. En assurant la sauvegarde de ces droits, la Cour est tenue de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux États membres [...]. Les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'Homme, auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré, peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire »¹⁹⁰.

En l'espèce, il s'agissait pour la Cour de répondre à une question préjudicielle du tribunal administratif de Francfort-sur-le-Main. Cette question visait à obtenir l'interprétation du même règlement communautaire que dans la décision *Klensch* afin de vérifier la légalité d'un refus d'attribution d'indemnités. La Cour considère que « Compte tenu de ces critères, il convient de faire observer qu'une réglementation communautaire qui aurait pour effet de priver sans compensation le preneur à bail, à l'expiration du bail, des fruits de son travail et des investissements effectués par lui dans l'exploitation affermée

¹⁸⁹ CJCE, 30 sept. 1987, *Demirel*, prec., pt 28 (nous soulignons) : les termes « exécution » et « mise en œuvre » seront considéré comme synonymes, d'autant plus que les versions anglaise et allemande utilisent le même terme pour désigner ces deux expressions, « *implement* » et « *Durchführung* ».

¹⁹⁰ CJCE, 13 juill. 1989, aff. C-5/88, *Wachauf c/ Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, pt 17.

serait incompatible avec les exigences découlant de la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire. Ces exigences lient également les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre des réglementations communautaires, il s'ensuit que ceux-ci sont tenus, dans toute la mesure du possible, d'appliquer ces réglementations dans des conditions qui ne méconnaissent pas lesdites exigences »¹⁹¹.

Dans cette décision, la Cour reprend l'ensemble de sa jurisprudence antérieure afin de la compléter. Ainsi, font notamment partie du « cadre du droit communautaire » les actes nationaux qui exécutent ou mettent en œuvre une réglementation communautaire, dans la mesure où ces actes appartiennent à un domaine déjà réglementé par la Communauté¹⁹². Une législation nationale transposant une directive, le règlement national d'application de cette législation ou encore une décision administrative individuelle prise en application de la législation nationale de transposition ou du règlement national qui en découle en sont des exemples.

50. L'arrêt *ERT* et le champ du droit communautaire. Deux ans après l'arrêt *Wachauf*¹⁹³, la Cour a poursuivi son travail de définition du champ d'application de la Charte avec une nouvelle décision significative. L'arrêt *ERT* avait pour objet un renvoi préjudiciel en interprétation du Tribunal de grande instance de Thessalonique (*Monomeles Protodikeio*) visant à vérifier la compatibilité du régime national de droits exclusifs de télévision avec les dispositions de libre-échange prévues par les traités et les droits fondamentaux. Concernant plus précisément le champ d'application des droits fondamentaux, la jurisprudence antérieure de la Cour est rappelée afin d'en déduire un autre exemple d'appartenance au champ d'application du droit communautaire d'une mesure nationale. En effet, « Selon sa jurisprudence [...], la Cour ne peut apprécier, au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme, une réglementation nationale qui ne se situe pas dans le cadre du droit communautaire. En revanche, dès lors qu'une telle réglementation nationale entre dans le champ du droit communautaire, la Cour, saisie à titre préjudiciel, doit fournir tous les éléments nécessaires à l'appréciation, par la juridiction nationale, de la conformité de cette réglementation avec les droits fondamentaux dont la Cour assure le respect [...]. En particulier, lorsqu'un État membre invoque les dispositions combinées des articles 56 et 66 pour justifier une réglementation qui est de nature à entraver l'exercice de la libre prestation des services, cette justification, prévue par le droit

¹⁹¹ CJCE, 13 juill. 1989, *Wachauf*, prec., pt 19.

¹⁹² R. TINIERE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 177.

¹⁹³ CJCE, 13 juill. 1989, *Wachauf*, prec.

communautaire, doit être interprétée à la lumière des principes généraux du droit et notamment des droits fondamentaux. Ainsi, la réglementation nationale en cause ne pourra bénéficier des exceptions prévues par les dispositions combinées des articles 56 et 66 que si elle est conforme aux droits fondamentaux dont la Cour assure le respect »¹⁹⁴. Comme pour la décision *Wachauf*, la Cour s'attache à reprendre l'ensemble du raisonnement relatif au champ d'application des droits fondamentaux afin de le compléter. En l'espèce, sont comprises dans « le cadre du droit communautaire » ou « le champ d'application du droit communautaire » les mesures nationales limitant l'une des libertés économiques fondamentale reconnues par les traités lorsqu'une telle limitation est prévue par les règles de justification du traité.

Cet aspect du champ d'application des droits fondamentaux avait déjà été évoqué en 1975 dans la décision *Rutili*¹⁹⁵. Il s'agissait pour la Cour de déterminer la portée de la justification d'ordre public avancée par un État membre pour légitimer la limite opposée à une liberté économique fondamentale (la liberté de circulation des personnes en l'espèce). Sans aborder la question du champ d'application, la Cour avait considéré que les limites apportées aux libertés économiques fondamentales pour des besoins d'ordre public ne devaient pas « dépasser le cadre de ce qui est nécessaire à la sauvegarde de ces besoins “dans une société démocratique” »¹⁹⁶. Une telle limitation doit donc respecter le principe de proportionnalité et ne limiter les droits fondamentaux qu'au minimum pour atteindre l'objectif donné. À l'instar de la décision *ERT*, la Cour impose en quelques sortes le respect des droits fondamentaux à une mesure nationale limitant les libertés économiques fondamentales lorsque cette limite est justifiée par une règle du traité. En l'occurrence, la limitation peut être tant une mesure légale ou réglementaire générale qu'une décision individuelle prise en application de ces mesures légales ou réglementaires¹⁹⁷. Comme l'explique Romain Tinière, dans cette constellation, « le juge justifie sa compétence en relevant que la faculté dont dispose l'État d'apporter des restrictions aux droits des ressortissants communautaires est encadrée par le droit communautaire »¹⁹⁸. Ce n'est pas l'existence d'une compétence qui justifie la délimitation du champ d'application mais

¹⁹⁴ CJCE, 18 juin 1991, aff. C-260/89, *ERT c/ DEP*, pts 42-43.

¹⁹⁵ CJCE, 28 oct. 1975, aff. C-36/75, *Rutili c/ Ministre de l'intérieur*.

¹⁹⁶ CJCE, 28 oct. 1975, *Rutili*, prec., pt 32.

¹⁹⁷ CJCE, 28 oct. 1975, *Rutili*, prec., pt 21.

¹⁹⁸ R. TINIERE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 180.

uniquement le fait que la mesure nationale puisse avoir des conséquences sur la bonne application des libertés économiques, elles-mêmes organisées par le droit de l'Union¹⁹⁹.

51. Conclusion. À cette étape, il peut être considéré que les droits fondamentaux s'appliquent « dans le cadre du droit communautaire ». Comme l'indiquent Dieter H. Scheuing et Frédéric Sudre, ils s'appliquent pour des mesures nationales d'exécution du droit communautaire et pour des mesures nationales prises en application d'une clause du traité en vue de limiter les libertés économiques.²⁰⁰ Si ces deux situations du champ d'application sont au cœur d'une véritable controverse doctrinale et jurisprudentielle, elles se meuvent pourtant toutes deux au sein d'une logique qui semble ne faire qu'une, comme le démontre l'analyse de la jurisprudence de la Cour sur une période plus longue.

§2- Les prémices d'une définition du champ d'application des droits fondamentaux

52. À la suite des décisions *Wachauf* et *ERT*, on peut considérer que la jurisprudence de la Cour de justice a poursuivi une seule et même logique présidant au champ d'application des droits fondamentaux de la Communauté européenne. En témoignent tant l'analyse du langage utilisé dans la jurisprudence (A) que les limites posées au champ d'application (B).

A) « Mise en œuvre » et « champ d'application » du droit de l'Union

53. Problématique des différences de formules. L'une des difficultés à définir précisément le champ d'application des droits fondamentaux tient à la diversité des termes utilisés par la Cour de justice. L'exemple des décisions *Wachauf* et *ERT* est, à ce titre, criant. Ces deux décisions ont en commun l'utilisation de la formule du « cadre du droit communautaire »²⁰¹. La Cour poursuit toutefois dans la décision *Wachauf* avec la formulation suivante : « lorsqu[e] [les États membres] mettent en œuvre des

¹⁹⁹ L. XENOU, *Les principes généraux du droit de l'Union européenne et la jurisprudence administrative française*, Paris, Bruylant, 2017, p. 159.

²⁰⁰ D.H. SCHEUING, « Zur Grundrechtsbindung der EU-Mitgliedstaaten », *EuR*, 2005, n° 2, p. 164-165 ; F. SUDRE, « La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam : Vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme ? », *JCP G*, 1998, n° 1-2, p. 24.

²⁰¹ CJCE, 13 juill. 1989, *Wachauf*, prec., pt 17 ; CJCE, 18 juin 1991, *ERT*, prec., pt 42.

réglementations communautaires »²⁰², tandis qu'elle retient dans la décision *ERT* l'expression suivante : « dès lors qu'une telle réglementation entre dans le champ d'application du droit communautaire »²⁰³. Cette différence de formulation a été théorisée à de très nombreuses reprises pour critiquer le sens excessivement large des termes utilisés dans la décision *ERT*. La différence de termes justifierait la reconnaissance par la Cour de justice d'un champ d'application différencié par rapport à celui de la décision *Wachauf*²⁰⁴. Toutefois, une analyse structurée des décisions permet de montrer que la différence entre les deux formulations utilisées apparaît comme essentiellement circonstancielle et qu'elle ne permet pas d'aborder la définition du champ d'application de la Charte en termes d'opposition entre un champ large et un champ restreint.

54. Absence de cloisonnement de la formule du « champ d'application ». L'expression « champ d'application » est apparue dans la jurisprudence *ERT*. Par conséquent, il importe de déterminer si cette formulation comprend uniquement les cas dans lesquels un État membre limite une liberté économique fondamentale sur le fondement d'une autorisation délivrée par les traités. On peut se référer notamment à l'arrêt *Bostock*²⁰⁵ qui concerne l'interprétation des mêmes règlements sur les prélèvements dans le secteur du lait mis en œuvre au niveau national que ceux en cause dans les arrêts *Klensch* ou *Wachauf*²⁰⁶. Il ne s'agit donc en aucun cas d'une limitation de libertés économiques mais bien de l'exécution au niveau national d'actes communautaires. Pourtant, la Cour y indique que les droits fondamentaux de la Communauté sont applicables « dès lors qu'une réglementation nationale entre dans le champ d'application du droit communautaire »²⁰⁷ en utilisant le vocabulaire de la décision *ERT*. Ce constat est renforcé par l'analyse des versions allemande et anglaise de l'arrêt *Bostock*, dans lesquelles les expressions « *Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts* » et « *scope of Community law* », désignant

²⁰² CJCE, 13 juill. 1989, *Wachauf*, préc., pt 19.

²⁰³ CJCE, 18 juin 1991, *ERT*, préc., pt 42.

²⁰⁴ H.-P. FOLZ, in : C. VEDDER, W. HEINTSCHEL VON HEINEGG (éd.), *Europäisches Unionsrecht : EUV, AEUV, GRCh*, 2^{ème} éd., Baden-Baden, Nomos, 2018, Art. 51 GR-Charta, pts 5-6 ; M. RUFFERT, « Schlüsselfragen der Europäischen Verfassung der Zukunft. Grundrechte - Institutionen - Kompetenzen Ratifizierung », *EuR*, 2004, n° 2, p. 176 ; R. STREINZ, W. MICHL, in : R. STREINZ (éd.), *EUV/AEUV*, 3^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2018, Art. 51 GRCh, pt 9.

²⁰⁵ CJCE, 24 mars 1994, aff. C-2/92, *The Queen c/ Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Dennis Clifford Bostock (Bostock)*. Autres exemples : CJCE, 29 mai 1997, aff. C-299/95, *Kremzow c/ Republik Österreich*, pt 15 ; CJCE, 18 déc. 1997, aff. C-309/96, *Annibaldi c/ Sindaco del Comune di Guidonia et Presidente Regione Lazio*, pt 13 ; CJCE, 18 mai 2000, aff. C-107/97, *Rombi et Arkopharma*, pt 65 ; CJCE, 22 oct. 2002, aff. C-94/00, *Roquette Frères*, pt 25 ; CJCE, 12 déc. 2002, aff. C-442/00, *Rodríguez Caballero*, pt 31 ; CJCE, 10 avril 2003, aff. C-276/01, *Steffensen*, pt 70 ; CJCE, ord. 6 oct. 2005, aff. C-328/04, *Vajnai*, pt 12.

²⁰⁶ CJCE, 25 nov. 1986, *Klensch*, préc. ; CJCE, 13 juill. 1989, *Wachauf*, préc.

²⁰⁷ CJCE, 24 mars 1994, aff. C-2/92, *Bostock*, préc., pt 16.

le « champ d'application », sont identiques à celles utilisées dans la décision *ERT*. La « mise en œuvre du droit de l'Union », mentionnée dans l'arrêt *Wachauf*, avait au contraire été traduite par « *bei der Durchführung der gemeinschaftsrechtlichen Regelungen* » et « *when they implement Community rules* ». Par conséquent, la formulation « champ d'application » a été utilisée à de nombreuses reprises dans des constellations qui ne concernaient pas systématiquement la limitation de libertés économiques.

55. Absence de cloisonnement des références à l'arrêt ERT. Dans le même sens, plusieurs décisions ultérieures de la Cour citent l'arrêt *ERT* comme référence au champ d'application des droits fondamentaux, alors même que celles-ci ne concernent pas la limitation d'une liberté économique²⁰⁸. La décision *Société financière d'investissements c/ État belge* a par exemple été rendue quelques années après la décision *ERT*. En l'espèce, le tribunal de première instance de Liège demandait à la Cour de justice l'interprétation d'une directive afin d'appliquer correctement la législation nationale y afférente. Il ne s'agissait donc en aucun cas de limiter une liberté économique prévue par le traité. Toutefois, la Cour rappelle que, lorsqu'une réglementation nationale entre dans le « champ d'application » du droit de l'Union, celle-ci doit respecter les droits fondamentaux et illustre ensuite son propos par la décision *ERT*²⁰⁹. Les termes utilisés par la Cour ne semblent donc pas se référer à une quelconque distinction entre des champs d'application larges ou restreints.

56. Différence syntaxique des formulations. Plus encore, la distinction entre les deux expressions pourrait bien se révéler n'être que purement syntaxique. Si la Cour utilise la notion de « champ d'application » pour des constellations de tous types, elle ne semble en revanche jamais parler de « mise en œuvre » concernant des cas de limitation des libertés économiques fondamentales²¹⁰. La distinction entre les formulations se référerait donc

²⁰⁸ CJCE, 24 mars 1994, *Bostock*, préc., pt 16 ; CJCE, 22 oct. 2002, *Roquette Frères*, préc., pt 25 ; CJCE, 12 déc. 2002, *Rodríguez Caballero*, préc., pt 31.

²⁰⁹ CJCE, 19 nov. 1998, aff. C-85/97, *Société financière d'investissements c/ État belge (SFI)*, pt 29.

²¹⁰ Exemples : CJCE, 25 nov. 1986, *Klensch*, préc., pt 8 : Concerne des demandes d'annulation d'arrêtés pris en application de la législation nationale de transposition du régime de prélèvement dans le secteur du lait prévu par le droit communautaire ; CJCE, 13 juill. 1989, *Wachauf*, préc., pt 19 : Concerne un recours contre une décision prise en application d'un règlement et d'une législation nationale, issus de règlements communautaires d'aménagement du secteur du lait ; CJCE, 14 juill. 1994, aff. C-351/92, *Graff c/ Hauptzollamt Köln Rheinau*, pt 17 : Concerne un recours contre une décision nationale prise en application de règlements communautaires pour réguler le secteur du lait ; (en matière de réglementation du secteur du lait, voir également : CJCE, 24 mars 1994, *Bostock*, préc. ; CJCE, 15 fév. 1996, aff. C-63/93, *Duffe a.* ; CJCE, 13 avril 2000, aff. C-292/97, *Karlsson e.a.*) ; CJCE, 18 mai 2000, *Rombi et Arkopharma*, préc., pt 65 : Concerne la bonne application d'arrêtés pris en application d'un décret de transposition des réglementations communautaire en matière d'alimentation particulière ; CJCE, 12 déc. 2002, *Rodríguez Caballero*, préc., pt 30 : Concerne un recours contre une décision prise en application du droit national, celui-ci étant encadré par le droit européen des créances aux travailleurs salariés ; CJCE, 10 juill. 2003, aff. C-20 et 64/00, *Booker Aquaculture et Hydro Seafood*, pt 88 : Concerne l'interprétation d'une mesure nationale de transposition du droit communautaire en matière de lutte contre l'apparition d'un foyer de maladies ; CJCE, GC, 3 mai 2005, aff. C-387, 391 et 403/02, *Berlusconi e. a.*, pt 69 : Concerne la validité d'un régime de sanctions nationale avec le droit européen en matière de garanties en droit des sociétés.

essentiellement aux circonstances dans lesquelles une mise en œuvre au sens littérale serait en cause. Une telle pratique serait somme toute assez logique, étant donné qu'un État membre qui limite une liberté économique fondamentale ne met pas en œuvre ou n'exécute pas, au sens strict du terme, le droit communautaire.

En outre, lorsque la Cour utilise le terme « mise en œuvre » pour délimiter l'application des droits fondamentaux communautaires dans une décision, il lui arrive d'utiliser également la notion de « champ d'application » pour désigner exactement la même chose. Elle combine ainsi en un seul paragraphe l'apport de l'arrêt *Wachauf* (dans la première phrase) et celui de l'arrêt *ERT* (dans la seconde). Cela s'observe de manière évidente dans les décisions *Bostock*, *Arkopharma* et *Rodriguez Caballero*, lorsque la Cour estime que « les exigences découlant de la protection des principes généraux reconnus dans l'ordre juridique communautaire, lient également les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre des réglementations communautaires [...]. [...] [D]ès lors qu'une réglementation nationale entre dans le champ d'application du droit communautaire, la Cour, saisie à titre préjudiciel, doit fournir tous les éléments d'interprétation nécessaires à l'appréciation, par la juridiction nationale, de la conformité de cette réglementation avec les principes généraux dont la Cour assure le respect »²¹¹. Tout ou partie de ce paragraphe a été repris dans la majorité des décisions.

Enfin, la Cour est allée plus loin encore dans la démonstration de synonymie qu'elle entretient entre les différents termes, lorsqu'elle crée des renvois entre décisions qui n'ont pas le même objet. Dans l'arrêt *Schmidberger*²¹², elle utilise la notion de « champ d'application » pour contrôler la limitation d'une liberté économique fondamentale par l'Autriche tout en faisant référence à la décision *Demirel*²¹³, qui utilisait pourtant un autre vocabulaire et dans lequel elle déclinait sa compétence au motif que la réglementation en cause n'exécutait pas le droit communautaire.

Cette analyse syntaxique, qui se confirme dans les versions allemande et anglaise, démontre que la Cour ne fait pas de différence de champ d'application entre les différentes constellations qui se présentent à elle, que ce soit la mise en œuvre nationale d'une règle européenne ou la limitation au niveau national d'une liberté économique fondamentale. Le champ d'application des droits fondamentaux ne peut donc être appréhendé en termes

²¹¹ CJCE, 24 mars 1994, *Bostock*, préc., pt 16 ; CJCE, 18 mai 2000, *Rombi et Arkopharma*, préc., pt 65 ; CJCE, 12 déc. 2002, *Rodriguez Caballero*, préc., pts 30-31.

²¹² CJCE, 12 juin 2003, aff. C-112/00, *Schmidberger*, pt 75.

²¹³ CJCE, 30 sept. 1987, *Demirel*, préc., pt 28 : « dans le domaine du droit communautaire » et « dans le cadre du droit communautaire ».

d'élargissement ou de rétrécissement. Cette conception ne laisse toutefois pas de place à un champ d'application illimité, dans la mesure où la Cour y a elle-même posé des limites.

B) Limites au champ d'application

57. La principale limite apportée au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union est l'absence de valeur universelle des principes généraux (1). Partant, de nouvelles délimitations doivent être posées afin de circonscrire précisément ce champ d'application au caractère limité (2).

1. Absence de compétence générale de la Communauté en matière de droits fondamentaux

58. Apparition des droits fondamentaux dans les traités. Au fur et à mesure du développement de la jurisprudence de la Cour de justice sur la garantie des droits fondamentaux, les États membres ont été amenés à mettre en concordance le droit primaire avec la pratique jurisprudentielle. C'est avec le traité de Maastricht en 1992 qu'apparaît pour la première fois une garantie explicite de respect des droits fondamentaux dans le droit primaire. L'article F§2 du TUE²¹⁴ reprend ainsi la jurisprudence de la Cour afin de déterminer les sources de ces droits fondamentaux. Cet article n'entre toutefois pas dans les attributions de la Cour. Il faut attendre 1997 et le traité d'Amsterdam pour que cette disposition, devenue article 6§2 du TUE, soit intégrée dans les compétences de la Cour par le biais de l'article 46, point d) du TUE²¹⁵. L'inscription de la protection des droits fondamentaux dans le droit primaire a soulevé en doctrine l'importante question de l'étendue de la compétence de la Communauté en la matière. Cette compétence doit-elle se limiter au champ d'application du droit communautaire ou peut-elle être générale ? Il s'agissait de déterminer si le traité d'Amsterdam avait pour objet de s'inscrire dans la continuité de la jurisprudence ou de procéder à un considérable élargissement des compétences de la Communauté.

²¹⁴ Article F§2 du TUE (traité de Maastricht) : « L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire ».

²¹⁵ Article 46, point d) du TUE (traité d'Amsterdam) : « Les dispositions du traité instituant la Communauté européenne, du traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier et du traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique qui sont relatives à la compétence de la Cour de justice des Communautés Européennes et à l'exercice de cette compétence ne sont applicables qu'aux dispositions suivantes du présent traité : d) l'article 6, paragraphe 2, en ce qui concerne l'action des institutions, dans la mesure où la Cour est compétente en vertu des traités instituant les Communautés Européennes et du présent traité ».

59. Absence de compétence générale dans les traités. Une rapide analyse des traités laisse présager qu'il ne s'est pas produit de bouleversement véritable à Amsterdam. En premier lieu, l'article 6 du TUE confirme l'absence de compétence générale de la Communauté en matière de droits fondamentaux. En effet, ni la rédaction ni la place de l'article n'ont été modifiés par rapport au traité de Maastricht²¹⁶ et la volonté des États membres était clairement de conserver le partage des compétences existant entre les États et la Communauté²¹⁷. À l'occasion de la révision, le traité instituant la Communauté européenne a d'ailleurs conservé son article 5 prévoyant que la Communauté agit dans la limite des compétences qui lui sont conférées. La Cour de justice est donc elle aussi liée à cette compétence limitée²¹⁸ puisque selon l'article 31 du traité instituant la CECA, son action doit se limiter à « assure[r] le respect du droit dans l'interprétation et l'application du [...] traité et des règlements d'exécution ». Cette attribution n'a presque pas évolué dans les traités successifs²¹⁹.

Selon Patrick Wachsmann, l'article 46 d) du TUE, qui reconnaît pour la première fois le lien entre la Cour de justice et la garantie des droits fondamentaux de la Communauté, ne représente qu'une mesure symbolique, dans la mesure où la pratique l'a déjà consacré²²⁰. En effet, les articles susmentionnés témoignent surtout d'une prise en compte dans le droit primaire de l'acquis communautaire par le droit souple en matière de droits fondamentaux. À défaut de révolution, une évolution se laisse tout de même entrevoir lorsque l'on se réfère à l'avis 2/94²²¹ rendu par la Cour de justice une année plus tôt. Cet avis négatif sur l'adhésion de la Communauté à la CESDH était largement basé sur l'absence de compétence de la Communauté européenne en matière de droits fondamentaux²²². Avec le traité d'Amsterdam, ce postulat peut être remis en cause²²³ et les droits fondamentaux peuvent être considérés comme une compétence, voire un objet de la Communauté.

²¹⁶ P. WACHSMANN, « Les droits de l'homme », *RTD Eur.*, 1997, n° 4, p. 886.

²¹⁷ J. RIDEAU, « Les limites de la protection juridictionnelle des droits de l'homme », in : F. SUDRE, H. LABAYLE (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Journée nationale d'étude de la Commission pour l'étude des Communautés européennes (CEDECE) les 4 et 5 novembre 1999 à Montpellier, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 411 ; D.H. SCHEUING, « Zur Grundrechtsbindung der EU-Mitgliedstaaten », *op. cit.*, p. 178.

²¹⁸ R. TINIERE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 174.

²¹⁹ Compétence contenue par la suite à l'article 164 du traité instituant la Communauté économique européenne et aujourd'hui à l'article 19§1 du TUE.

²²⁰ P. WACHSMANN, « Les droits de l'homme », *op. cit.*, p. 888.

²²¹ CJCE, 28 mars 1996, Avis 2/94, *Adhésion de la Communauté à la CEDH*.

²²² CJCE, 28 mars 1996, Avis 2/94, *Adhésion de la Communauté à la CEDH*, notamment pts 25-27.

²²³ J.-C. MASCLÉ, Débats du jeudi 4 novembre 1999 (après-midi), in : F. SUDRE, H. LABAYLE (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 500 ; F. SUDRE, « La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam ... », *op. cit.*, pt 9 ; P. WACHSMANN, « Les droits de l'homme », *op. cit.*, p. 883.

Toutefois, et contrairement à l'affirmation d'Olivier de Schutter²²⁴, cette remise en cause ne crée nullement, par le biais de l'article 308 TCE, une compétence générale de protection des droits fondamentaux. La Cour l'avait réfuté au motif que cet article ne pouvait servir à élargir le domaine de compétence de la Communauté au-delà de ce que prévoient les traités. Or, cette compétence générale n'a pas été créée par le traité d'Amsterdam.

60. Indices en faveur d'une compétence élargie en matière de droits fondamentaux. Frédéric Sudre considère en revanche que si la compétence n'est pas créée expressément, elle peut être déduite d'un certain nombre d'indices. En effet, l'intégration des droits fondamentaux par le droit primaire dans les dispositions communes et la compétence de la Cour pour les faire respecter leurs auraient donné une fonction objective, attribut d'un État de droit. Selon l'article 6§1 du TUE, la Communauté européenne est désormais « fondée » sur ces principes²²⁵ ; leur « constitutionnalisation »²²⁶ aurait fait des droits fondamentaux un objet de la Communauté. Plus qu'une simple compétence, ils deviendraient donc des principes de la Communauté, des valeurs prééminentes dans le déroulement de l'action publique²²⁷ conduisant à un inversement de la logique : l'action de la Communauté devrait être regardée par le prisme des droits fondamentaux. Ainsi, lorsqu'une réglementation nationale leur porte atteinte, celle-ci devrait de ce fait tomber dans le cadre du droit communautaire²²⁸.

61. Absence de reconnaissance par la Cour d'une vocation universelle aux droits fondamentaux. Cette thèse ne résiste toutefois pas au pragmatisme de la jurisprudence de la Cour de justice. En effet, il est établi qu'en matière de droits fondamentaux, les traités communautaires suivent l'évolution de la jurisprudence et procèdent à un ancrage dans le droit primaire au fur et à mesure des révisions. Or, si la Cour avait envisagé disposer d'une compétence générale en matière de droit fondamentaux, elle n'aurait pas développé une vaste jurisprudence s'employant à définir ce que contient le cadre du droit communautaire et permettant de déterminer leur champ d'application²²⁹. Plutôt que de créer une

²²⁴ O. DE SCHUTTER, « Introduction », in : RESEAU UE D'EXPERTS INDEPENDANTS SUR LES DROITS FONDAMENTAUX, *Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne et ses États membres en 2002*, établi à la demande de la Commission européenne, 31 mars 2003, p. 15.

²²⁵ H. LABAYLE, « Droits fondamentaux, citoyenneté et coopération judiciaire civile », in : *Liberté, sécurité, justice : Un agenda pour l'Europe*, Audition publique organisée par la Commission des libertés publiques du Parlement européen, Direction générale des Études du Parlement européen, LIBE 106, 1999, p. 73.

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ F. SUDRE, « La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam ... », *op. cit.*, pts 9 et 15.

²²⁸ F. SUDRE, « Le renforcement de la protection des droits de l'Homme au sein de l'Union européenne », in : J. RIDEAU (dir.), *De la communauté de droit à l'union de droit*, Paris, LGDJ, 2000, p. 216-217.

²²⁹ R. TINIERE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 174.

compétence générale, le traité d'Amsterdam semble offrir à la Cour l'espace nécessaire pour continuer à développer cette jurisprudence ; l'article 2, tiret 5 du TUE²³⁰ prévoit que l'Union doit, outre maintenir l'acquis communautaire, continuer de le développer²³¹.

De plus, il avait très tôt été fait référence à une certaine délimitation du champ d'application des droits fondamentaux. La décision *Internationale Handelsgesellschaft* indiquait déjà que « la sauvegarde de ces droits, [...] doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté »²³². Par la suite, la principale limite fixée a été celle de l'exigence d'un lien réel avec le droit de la Communauté européenne. Dans la décision *Bond van Adverteerders*, la Cour de justice de La Haye (*Gerechtshof*) avait notamment posé à la Cour de justice la question suivante : « [...] les droits fondamentaux inscrits dans le droit communautaire [...] impliquent-ils des obligations incombant directement aux États membres, au regard desquelles une réglementation nationale [...] doit être examinée, indépendamment du fait que des dispositions écrites du droit communautaire soient applicables ? »²³³. Bien que la Cour ne se soit pas prononcée, pour l'avocat général Federico Mancini, la jurisprudence ne semble pas prendre la voie d'une application générale des droits fondamentaux de la Communauté aux États membres²³⁴. Il s'est appuyé à ce titre sur la décision *Cinéthèque* qui avait indiqué qu'il n'appartenait pas à la Cour de se prononcer sur la compatibilité avec les droits fondamentaux de la Communauté d'une loi nationale située dans un domaine purement national²³⁵. Si le refus de la Cour concernait une demande de contrôle avec la Convention européenne, Florence Zampini estime que la réponse aurait toutefois été identique avec les droits fondamentaux de la Communauté²³⁶. Le considérant est donc généralisable : les droits fondamentaux de la Communauté n'ont pas vocation universelle et un lien réel doit exister entre la situation en cause et le droit communautaire.

62. Absence de création d'une compétence législative formelle. Le traité d'Amsterdam s'inscrit dans la continuité plus que dans une logique de rupture. Cela se

²³⁰ Article 2, tiret 5 du TUE : « L'Union se donne pour objectif : [...] – de maintenir intégralement l'acquis communautaire et de le développer afin d'examiner dans quelle mesure les politiques et formes de coopération instaurées par le présent traité devraient être révisées en vue d'assurer l'efficacité des mécanismes et institutions communautaires. ».

²³¹ D.H. SCHEUING, « Zur Grundrechtsbindung der EU-Mitgliedstaaten », *op. cit.*, p. 178.

²³² CJCE, 17 déc. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, *prec.*, pt 4.

²³³ CJCE, 26 avril 1988, aff. C-352/85, *Bond van Adverteerders c/ État néerlandais*, pt 10.

²³⁴ Conclusions de l'avocat général Federico Mancini présentées le 14 janvier 1988, pt 12, sous CJCE, 26 avril 1988, *Bond van Adverteerders*, *prec.*

²³⁵ CJCE, 11 juill. 1985, *Cinéthèque*, *prec.*, pt 26.

²³⁶ F. ZAMPINI, « La Cour de justice des Communautés européennes, gardienne des droits fondamentaux “dans le cadre du droit communautaire” », *op. cit.*, p. 677.

retrouve dans l'absence de création d'une compétence législative formelle de la Communauté en matière de droits fondamentaux. Or, les compétences législatives étant subordonnées au principe d'attribution, il ne peut y avoir exercice d'une prérogative si elle n'est pas prévue explicitement comme telle²³⁷. Jean-Paul Jacqué différencie d'ailleurs les compétences de la Communauté de ses obligations. Les droits fondamentaux entreraient dans la catégorie des obligations puisqu'ils sont une condition de légalité de l'action de la Communauté et non pas une compétence générale ou législative. Une compétence législative pourrait en effet avoir un caractère exponentiel et élargir le domaine des attributions de la Communauté, au point de ne plus respecter le principe d'attribution. La notion d'obligation permet au contraire d'exiger de la part de la Communauté un respect des droits fondamentaux dans toutes les actions prévues par les traités²³⁸. Étant donné qu'il n'est pas général, le champ d'application des droits fondamentaux doit être délimité.

2. Premiers éléments de délimitation du champ d'application

63. Inapplicabilité des droits fondamentaux dans une situation purement nationale. L'absence de compétence universelle de la Communauté en matière de droits fondamentaux a été confirmée dans l'arrêt *Maurin*, qui précise que la Cour n'est pas compétente pour garantir le respect des droits fondamentaux par une réglementation purement nationale. En effet, pour que les droits fondamentaux s'appliquent, celle-ci ne doit pas se situer « en dehors du champ d'application du droit communautaire »²³⁹. Il semblerait donc que les droits fondamentaux communautaires épousent le même champ d'application que celui du droit communautaire²⁴⁰, ce qui sera confirmé par la suite²⁴¹. Concernant l'inapplicabilité des droits fondamentaux dans une situation purement

²³⁷ C. BLUMANN, « Les compétences de l'Union européenne en matière des droits de l'homme », *RAE*, 2006, n° 1, p. 17 ; J.-P. JACQUE, « Droits fondamentaux et compétences internes de la Communauté européenne », in : *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 1008-1010 ; M. ZULEEG, « Die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft », *NJW*, 1994, n° 9, p. 547.

²³⁸ J.-P. JACQUE, « Droits fondamentaux et compétences internes de la Communauté européenne », *op. cit.*, p. 1011 et 1019.

²³⁹ CJCE, 13 juin 1996, aff. C-144/95, *Maurin*, pt 13.

²⁴⁰ En ce sens : J. KÜHLING, « Grundrechte », in : A. VON BOGDANDY, J. BAST (éd.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2^{ème} éd., Berlin, Springer, 2009, p. 680 ; J. RIDEAU, « Le développement de la protection juridictionnelle des droits de l'Homme dans l'Union européenne : symboles et effectivité », in : R. MEHDI (dir.), *L'avenir de la justice communautaire, enjeux et perspectives*, Journée nationale d'étude CEDECE en mars 1998 à Aix-en-Provence, Paris, La documentation française, 1999, p. 99-100 ; D. SIMON, « La communauté de droit », in : F. SUDRE, H. LABAYLE (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 113 ; L. XENOU, *Les principes généraux du droit de l'Union européenne et la jurisprudence administrative française*, *op. cit.*, p. 101.

²⁴¹ Par exemple : CJCE, 4 oct. 1991, aff. C-159/90, *Society for the protection of unborn children Ireland c/ Grogan e.a.*, pt 31 ; CJCE, 29 mai 1997, *Kremzow*, *prec.*, pt 15 ; CJCE, 18 déc. 1997, *Annibaldi*, *prec.*, pt 13. Également : Cf. *infra*, §134.

nationale, l'arrêt *Maurin* constate qu'il existe au niveau européen une directive imposant l'affichage d'une date de durabilité minimale ou une date limite de consommation sur les denrées alimentaires. Néanmoins, cela ne signifie pas que la réglementation nationale qui aménage la vente de denrée alimentaire conforme aux prescriptions en matière d'étiquetage entre dans le champ d'application du droit communautaire. Par manque de lien réel entre la directive et la réglementation nationale, cette dernière n'entre pas dans le cadre du droit communautaire et les droits fondamentaux communautaires ne sont donc pas applicables. C'est, pour Florence Zampini, un signe d'autolimitation de la Cour, dans la mesure où il n'aurait pas été surprenant qu'elle se considère compétente au regard de l'existence d'une directive réglementant l'étiquetage des denrées alimentaires²⁴².

Un autre exemple d'autolimitation s'observe dans la décision *Society for the protection of unborn children Ireland*²⁴³. En l'espèce, la question préjudicielle concernait la légalité de l'interdiction de diffusion par des associations étudiantes d'information sur les moyens de pratiquer une interruption médicale de grossesse hors d'Irlande, où la pratique est interdite. La Cour a considéré que la pratique de l'interruption médicale de grossesse, lorsqu'elle est réalisée conformément au droit de l'État dans lequel elle est pratiquée, constituait une prestation de service et qu'elle était donc soumise au droit communautaire. Toutefois, elle a jugé que l'interdiction faite aux associations étudiantes d'informer sur ce sujet ne constituait pas une restriction au sens des traités, donc que cette interdiction était d'ordre strictement nationale, et ne pouvait être contrôlée au regard des droits fondamentaux communautaires. Le caractère contestable d'un tel raisonnement atteste de l'autolimitation observée ici par la Cour²⁴⁴. Il semble en effet discutable de qualifier l'interruption médicale de grossesse de prestation de service, et ce d'autant plus si une telle qualification ne permet pas de faire entrer le cas d'espèce dans le champ d'application du droit communautaire²⁴⁵ pour offrir une protection des droits fondamentaux à ce titre.

Dans l'arrêt *Grado et Bashir*²⁴⁶, la Cour a ajouté un critère d'appartenance au champ d'application des droits fondamentaux : le critère du besoin objectif auquel doit répondre l'interprétation du droit communautaire. Une question préjudicielle d'un juge du tribunal de première instance de Reutlingen (*Amtsgericht Reutlingen*) était en cause en l'espèce.

²⁴² F. ZAMPINI, « La Cour de justice des Communautés européennes, gardienne des droits fondamentaux “dans le cadre du droit communautaire” », *op. cit.*, p. 676.

²⁴³ CJCE, 4 oct. 1991, *Society for the protection of unborn children Ireland*, *prec.*

²⁴⁴ F. ZAMPINI, « La Cour de justice des Communautés européennes, gardienne des droits fondamentaux “dans le cadre du droit communautaire” », *op. cit.*, p. 677-678.

²⁴⁵ R. TINIERE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 185.

²⁴⁶ CJCE, 9 oct. 1997, aff. C-291/96, *Grado et Bashir*.

Celui-ci s'interrogeait sur la validité, au regard du droit européen, de son refus de signer une demande devant conclure au prononcé d'une ordonnance pénale préétablie. Son refus était fondé sur le fait que celle-ci n'employait pas à l'égard d'un travailleur ressortissant d'un État membre de la Communauté le titre de civilité « Monsieur », contrairement à la pratique habituelle. Malgré la dimension manifeste de libre circulation, la Cour de justice a refusé de répondre au motif que la résolution du litige ne dépendait pas d'un besoin objectif d'interprétation du droit communautaire. La réalité du lien apparaissait ici comme trop distendue. Par conséquent, la mesure nationale ne pouvait être appréciée comme appartenant au champ d'application du droit communautaire et des droits fondamentaux.

64. Indices de rattachement au champ d'application. Peu à peu, la Cour a développé des indices de rattachement au champ d'application des principes généraux. De tels éléments apparaissent pour la première fois dans la décision *Kremzow* du 29 mai 1997²⁴⁷, dans laquelle la Cour de justice refuse de répondre à la juridiction de renvoi au motif que la réglementation en cause concernait une situation qui n'entre pas dans le cadre du droit communautaire. En effet, la condamnation à une peine de privation de liberté en cause entravait certainement le droit du requérant à exercer son droit à la libre circulation mais le caractère hypothétique de l'exercice d'un droit garanti par la Communauté n'est pas un lien de rattachement suffisant avec le droit communautaire. De plus, le requérant avait été condamné sur le fondement d'une réglementation nationale qui n'avait pas pour objet d'assurer le respect des règles du droit communautaire. Par conséquent, la situation du requérant n'entrait pas dans le champ d'application du droit communautaire, rendant les principes généraux inapplicables²⁴⁸.

Quelques mois plus tard, la Cour est venue enrichir ces indices à l'occasion de l'arrêt *Annibaldi*. Elle y contrôle les quatre critères suivants afin de juger de l'appartenance de la réglementation nationale au champ d'application de la Communauté : d'une part, la loi nationale en cause doit avoir pour but de mettre en œuvre une mesure communautaire. D'autre part, même si une loi peut affecter le fonctionnement d'une organisation de la communauté européenne, la loi nationale en cause doit spécifiquement poursuivre des objectifs qui ne sont pas autres que ceux de la législation européenne. Par ailleurs, la loi nationale en cause ne doit pas avoir un caractère général. Enfin, la réglementation nationale

²⁴⁷ CJCE, 29 mai 1997, *Kremzow*, prec.

²⁴⁸ CJCE, 29 mai 1997, *Kremzow*, prec., pts 16-17.

ne doit pas concerner un domaine qui relève exclusivement de la compétence des États membres²⁴⁹.

65. Limitation par la fonction sociale des droits fondamentaux. Enfin, la Cour de justice fait régulièrement référence à la fonction sociale des droits fondamentaux dont elle garantit le respect. La fonction sociale pourrait être définie, selon Christophe Geiger, comme la mise en perspective de droits individuels par rapport à d'autres droits concurrents devant être confrontés aux intérêts de la collectivité. Ils sont donc « limités socialement »²⁵⁰. Depuis l'arrêt *Wachauf*, la Cour considère que « Les droits fondamentaux reconnus par la Cour n'apparaissent toutefois pas comme des prérogatives absolues, mais doivent être pris en considération par rapport à leur fonction dans la société. Par conséquent, des restrictions peuvent être apportées à l'exercice de ces droits, notamment dans le cadre d'une organisation commune de marché, à condition que ces restrictions répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté et ne constituent pas, compte-tenu du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable, qui porterait atteinte à la substance même de ces droits »²⁵¹. Déjà dans la décision *Nold*, la Cour évoquait le fait que ces droits n'étaient pas des prérogatives absolues et ne supportaient pas une application déconnectée de leur fonction sociale²⁵². Selon Manfred A. Dauses, cette fonction sociale permet trois limites à l'application des droits fondamentaux : la justification d'une atteinte par des objectifs d'intérêt général, la proportionnalité de l'atteinte au regard du but poursuivi et la garantie de préservation de la substance du droit protégé²⁵³. Dans l'arrêt *Hauer*, la Cour fait une analyse relativement détaillée de cette fonction sociale en allant rechercher dans les constitutions d'États membres la place qu'elle tient dans la détermination du droit de propriété. Il en ressort que ce dernier est loin d'être absolu et qu'il doit donc être appliqué comme tel dans le cadre du droit communautaire²⁵⁴. Cela constitue une autre forme de limitation du champ d'application.

66. Conclusion. L'ensemble de ces limites vient circonscrire d'une manière plus concrète le champ d'application du droit communautaire au même titre que celui de ses droits fondamentaux. Il témoigne de l'attitude d'autolimitation dont fait preuve la Cour de justice pour ne créer ni une compétence générale en matière de droits fondamentaux, ni un

²⁴⁹ CJCE, 18 déc. 1997, *Annibaldi*, prec., pts 21-23.

²⁵⁰ C. GEIGER, « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », *D.*, Mars 2010, n° 9, p. 510.

²⁵¹ CJCE, 13 juill. 1989, *Wachauf*, prec., pt 18.

²⁵² CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, prec., pt 14.

²⁵³ M.A. DAUSES, « La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique des communautés européennes », *RAE*, 1992, n° 4, p. 13.

²⁵⁴ CJCE, 13 déc. 1979, *Hauer*, prec., pts 19-22.

champ d'application trop large et en conséquence inacceptable pour les États membres. De manière surprenante, ce questionnement sur l'existence d'une compétence générale de la Communauté se retrouve principalement dans la doctrine française et n'apparaît que peu dans la doctrine allemande. Cette dernière semble s'intéresser de manière privilégiée aux moyens de limiter la compétence de la Cour en matière de protection des droits fondamentaux²⁵⁵. Ces efforts de limitation se concentrent autour des deux grandes situations qui semblent appartenir au champ d'application des droits fondamentaux communautaires. Ces deux cas de figure sont la mise en œuvre nationale d'un acte de droit de l'Union et la limitation par une mesure nationale d'une liberté économique fondamentale garantie par le droit de l'Union. Fondé sur ces deux aspects, le processus de découverte des droits fondamentaux sous la forme de principes généraux apparaît peu à peu nécessaire au bon fonctionnement de l'ordre juridique en formation de la Communauté. Ceci est d'autant plus vrai que l'organisation du champ d'application y afférent semble s'inscrire dans un cadre juridique particulier qui trouve sa source dans les principes directeurs de la Communauté.

Section 2. Le recours aux principes directeurs de la Communauté

67. Le champ d'application des droits fondamentaux de la Communauté européenne développé par la jurisprudence répond, outre à des besoins formulés de protection des droits fondamentaux, à un certain nombre d'exigences issues de la jurisprudence de la Cour, des traités et du développement des Communautés. Ces exigences se manifestent sous la forme de principes directeurs qui « organisent la structure » des Communautés²⁵⁶ et réalisent l'intégration européenne. Ces principes reposent les uns sur les autres, créant ainsi un maillage, instrument de stabilité à l'égard tant de l'acquis communautaire que de l'intégration toujours plus poussée dont les Communautés font l'objet. L'ensemble de l'ordonnancement juridique est, par conséquent, fondé sur ces différents principes directeurs. Par leur fonction d'intégration, ils jouent un rôle non négligeable dans les exigences auxquelles doivent répondre les droits fondamentaux. Pour la Cour de justice, la

²⁵⁵ Cf. *infra*, §384.

²⁵⁶ M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, 11^{ème} éd., Paris, Sirey, 2018, p. 438.

crainte était en effet réelle que « la protection des droits fondamentaux ne devienne le cheval de Troie par lequel le droit communautaire et l'activité des institutions seraient subordonnées aux dispositions constitutionnelles, voire législatives des États membres »²⁵⁷. Le champ d'application des droits fondamentaux est donc également conditionné par la nécessaire protection des principes directeurs. Il convient au préalable d'identifier ces principes directeurs (§1) avant de s'intéresser aux diverses influences qu'ils peuvent exercer sur l'application des droits fondamentaux et leur champ d'application (§2).

§1- L'identification des principes directeurs

68. Les principes directeurs de la Communauté européenne proviennent pour leur grande majorité de source jurisprudentielle. Les arrêts *Van Gend en Loos* et *Costa c/ E.N.E.L.*²⁵⁸ ont été le point de départ d'une certaine systématisation des Communautés, originellement fondées sur des seuls objectifs concrets de mise en commun d'un secteur d'activité sous la forme d'une organisation supranationale. À partir de cette organisation, la Cour de justice a construit un cadre et une logique de système reposant sur des principes directeurs, eux-mêmes guidés par l'exigence de l'intégration. Ces principes sont devenus essentiels à la compréhension de l'organisation de laquelle ils ont été extraits. Chacun de ces principes trouve son fondement dans les spécificités de l'organisation communautaire et dans le caractère essentiel des autres principes. Ils constituent par conséquent un maillage complexe dans lequel chacun apparaît essentiel à la garantie des autres. Parmi ces principes directeurs peuvent être identifiés les principes d'attribution (A), d'unité (B), de primauté (C), d'effet direct (D), d'autonomie (E) et d'effectivité (F).

A) Le principe d'attribution

69. Origines du principe. Le principe d'attribution apparaît en droit européen par le biais de la jurisprudence²⁵⁹. Il semble avoir été déduit de l'article 4 du traité CECA²⁶⁰, qui s'intéressait pourtant d'avantage aux pouvoirs des institutions qu'aux compétences de la

²⁵⁷ V. DI BUCCI, F. MANCINI, « Le développement des droits fondamentaux en tant que partie du droit communautaire », *op. cit.*, p. 36.

²⁵⁸ CJCE, 5 fév. 1963, aff. C-26/62, *Van Gend en Loos c/ Administratie der Belastingen* ; CJCE, 15 juill. 1964, aff. C-6/64, *Costa c/ E.N.E.L.*

²⁵⁹ CJCE, 5 fév. 1963, *Van Gend en Loos*, *prec.*, p. 23 ; CJCE, 15 juill. 1964, *Costa c/ E.N.E.L.*, *prec.*, p. 1158-1159.

²⁶⁰ V. CONSTANTINESCO, V. MICHEL, « Compétences de l'Union européenne », in : *Répertoire Dalloz de droit européen*, Juin 2011 (actualisation : Avril 2017), pt 58.

Communauté. Selon cet article, « chaque institution agit dans les limites des attributions qui lui sont conférées par le présent traité ». De cette acception, la Cour retient qu'il y a eu transfert de certains droits souverains des États membres vers la Communauté²⁶¹. En ce sens, le principe d'attribution est l'émanation du principe de droit international dit « de spécialité », selon lequel les activités d'une organisation sont limitées « aux domaines et objets en vue desquels elles ont été créées »²⁶².

Alors même que le principe d'attribution n'apparaissait dans aucun traité, son affirmation ne résulte pas uniquement d'une invention de la Cour. D'un point de vue matériel, ce principe a toujours commandé les compétences dont la Communauté a été dotée ; Vlad Constantinesco estime que cela résulte de la nature même de la Communauté en tant qu'organisation internationale²⁶³. L'absence de mention explicite du principe d'attribution dans les traités peut néanmoins s'expliquer par le fait que la répartition des compétences ne posait pas question aux pères fondateurs : ceux-ci visaient essentiellement à atteindre les objectifs prévus par les textes dans quelques domaines déterminés²⁶⁴. Par la suite, le traité de Maastricht a repris la jurisprudence de la Cour à son compte pour consacrer le principe d'attribution dans l'article 3B du TCE.

70. Signification du principe. La Cour constitutionnelle fédérale allemande a bien résumé la définition du principe d'attribution dans son arrêt *Maastricht* lorsqu'elle a considéré que la Communauté n'avait pas la compétence pour déterminer sa propre compétence (*Kompetenz-Kompetenz*)²⁶⁵. Les États membres conservent la plénitude des compétences et leur souveraineté, tandis que la Communauté ne peut agir que dans les limites des compétences qui lui ont été allouées. Autrement dit, « la compétence nationale demeure le principe et la compétence communautaire l'exception, ou plus exactement la compétence nationale est virtuellement illimitée, alors que les compétences communautaires sont limitativement énumérées »²⁶⁶. Par conséquent, l'action de la Communauté est conditionnée par la détention d'un titre d'attribution. Tout acte édicté par elle doit l'être dans le cadre d'une compétence déterminée, voire par le biais d'un

²⁶¹ CJCE, 15 juill. 1964, *Costa c/ E.N.E.L.*, prec., p. 1159.

²⁶² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 13^{ème} éd., Paris, PUF, 2020, « principe de spécialité », p. 977.

²⁶³ V. CONSTANTINESCO, V. MICHEL, « Compétences de l'Union européenne », *op. cit.*, pt 57.

²⁶⁴ C. BLUMANN, L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 7^{ème} éd., Paris, LexisNexis, 2019, p. 492.

²⁶⁵ BVerfG, 12 oct. 1993, décisions n° 2 BvR 2134/92, 2159/92, *Maastricht*, BVerfGE 89, 155.

²⁶⁶ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, p. 126.

instrument prévu par les traités si tel est le cas²⁶⁷. Le choix d'une base juridique appropriée revêtirait même « une importance de nature constitutionnelle » selon la Cour²⁶⁸. Partant, la seule mention d'un objectif dans le traité n'apparaît pas suffisante pour servir de base à l'exercice d'une compétence. Une telle logique conduirait à ce que la Communauté devienne maîtresse de ses compétences et irait à l'encontre du principe d'attribution²⁶⁹.

71. Distinction entre allocation et exercice des compétences. Longtemps confondus, l'allocation et l'exercice des compétences sont enfin distingués dans l'article 5§1 TUE (traité de Lisbonne). Selon cet article, « Le principe d'attribution régit la délimitation des compétences de l'Union. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité régissent l'exercice de ces compétences ». Il peut être déduit de cet éclaircissement que le principe d'attribution s'attache à organiser l'affectation d'une compétence à une autorité déterminée en définissant la nature et le contenu de la compétence. C'est seulement une fois affectée et déterminée que cette compétence sera exercée par le biais d'une concrétisation au sein d'un acte juridique²⁷⁰. Cet exercice devra quant-à-lui se faire en fonction des principes de subsidiarité et de proportionnalité. De l'attribution et de l'organisation de titres de compétences par le biais du principe d'attribution dépendent donc l'exercice du droit européen. L'absence d'un tel titre en matière de droits fondamentaux implique que les Communautés européennes ne peuvent se reconnaître compétentes en ce domaine de manière générale au seul motif de garantir leur protection. Le rôle des Communautés en la matière doit donc se limiter aux seuls cas où ils constituent l'accessoire d'une attribution dont elles bénéficient²⁷¹. L'ensemble des Communautés est donc organisé en fonction de ce principe directeur et c'est au sein de leurs compétences que s'exerce le principe d'unité.

B) Le principe d'unité

72. Origines du principe. De même que le principe d'attribution, le principe de l'unité du droit communautaire a trouvé son affirmation non dans les textes mais dans la jurisprudence de la Cour. Dégagé à partir de différents points des traités, il est consacré au

²⁶⁷ C. BLUMANN, L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., p. 494 ; V. CONSTANTINESCO, V. MICHEL, « Compétences de l'Union européenne », op. cit., pt 62.

²⁶⁸ CJCE, GC, 30 nov. 2009, Avis 1/08, *Accords modifiant les listes d'engagements spécifiques au titre de l'AGCS*, pt 110.

²⁶⁹ C. BLUMANN, L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., p. 493.

²⁷⁰ V. CONSTANTINESCO, V. MICHEL, « Compétences de l'Union européenne », op. cit., pt 58.

²⁷¹ C. BLUMANN, « Les compétences de l'Union européenne en matière des droits de l'homme », op. cit., p. 12 ; R. TINIERE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 185 ; L. XENOU, *Les principes généraux du droit de l'Union européenne et la jurisprudence administrative française*, op. cit., p. 101.

début des années soixante dans la série d'arrêts fondateurs des principes directeurs. L'arrêt *Da Costa*, rendu le 27 mars 1963²⁷², se fonde ainsi sur la notion d'unité du droit communautaire afin de préciser les conditions de recevabilité d'une question préjudicielle. « [L]a fonction attribuée à la Cour par l'article 177 [TCEE] vis[e] à assurer l'unité de l'interprétation du droit communautaire dans les six États membres ». En l'espèce, c'est la fonction de la Cour dans l'organisation des traités qui oblige à garantir une certaine unité au sein du droit communautaire afin de poursuivre les objectifs du traité²⁷³. Dans un arrêt suivant, la Cour déduit l'obligation d'unité du droit communautaire de l'article 189 TCEE qui attribue un effet direct aux règlements communautaires²⁷⁴. Elle considère que l'applicabilité directe d'une disposition a pour objet d'assurer une cohérence du droit communautaire. En conséquence, aucune règle de droit interne contraire à une disposition applicable directement ne peut être maintenue au risque de constituer un obstacle dans la réalisation des objectifs du traité²⁷⁵.

73. De la justification du principe au principe comme fondement. Après avoir énoncé ces bases juridiques, la Cour a rapidement inversé la logique poursuivie. Au lieu de se rapporter aux règles des traités pour justifier l'unité du droit communautaires, elle justifie *a contrario* différentes interprétations des traités par l'exigence d'unité du droit communautaire. Ainsi, le droit communautaire est reconnu invocable par les ressortissants des États membres au motif que le rôle de la Cour de justice est d'assurer son unité d'interprétation²⁷⁶. Plus encore, le recours à des notions nationales pour apprécier la validité du droit communautaire est exclu au motif qu'il risquerait de porter atteinte à son unité²⁷⁷. La Commission s'est également vue reconnaître un pouvoir de décision en matière de recouvrement à posteriori des droits de douane afin de garantir l'application cohérente du

²⁷² CJCE, 27 mars 1963, aff. C-28 à 30/62, *Da Costa en Schaake NV e.a. c/ Administratie der Belastingen*, p. 76.

²⁷³ En ce sens : CJCE, 15 juill. 1964, *Costa c/ E.N.E.L.*, prec., p. 1159 ; CJCE, 16 janv. 1974, aff. C-166/73, *Rheinmühlen Düsseldorf c/ Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, pt 2.

²⁷⁴ CJCE, 9 mars 1978, aff. C-106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato c/ Simmenthal*, pt 14.

²⁷⁵ T. KINGREEN, in : C. CALLIESS, M. RUFFERT (éd.), *EUV, AEUV – Kommentar*, 5^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2016, Art. 51 GRCh, pt 7.

²⁷⁶ CJCE, 5 fév. 1963, *Van Gend en Loos*, prec., p. 23.

²⁷⁷ CJCE, 17 déc. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, prec., pt 3.

droit communautaire²⁷⁸. Enfin, tant le mécanisme du renvoi préjudiciel en tant que tel²⁷⁹, que le caractère obligatoire de la seule interprétation du droit communautaire par la Cour de justice, ou encore que l'obligation à l'endroit des juridictions nationales, dont les décisions ne sont plus susceptibles de recours, de poser une question préjudicielle à la Cour en cas de doute, semblent tout droit tenir de l'exigence d'unité du droit communautaire²⁸⁰.

74. Caractère essentiel de l'unité. Somme toute, la consécration du principe d'unité du droit communautaire semble avoir été si évidente que le paradigme conduisant à justifier de la découverte d'un principe s'est immédiatement inversé pour faire de ce principe le fondement interprétatif des traités. Pour beaucoup, cela n'a rien d'étonnant. « Que tout conduise à l'exigence d'une application uniforme des règles communautaires est une évidence solaire ! » selon Robert Lecourt, ancien président de la Cour de justice²⁸¹. En effet, si le droit du marché commun devait être interprété à sa manière par chacun des États membres, ni le droit ni le marché n'auraient plus rien de commun. Les différences d'application des règles conduiraient immédiatement à des distorsions de concurrence et à l'utilisation de ces différences au détriment des États membres et, par conséquent, de la Communauté, qui n'aurait plus de raison d'être²⁸². Ce constat peut être résumé comme suit : « Peut-on imaginer une règle de droit, arrêtée en commun par neuf États pour s'appliquer directement en chacun d'eux et recevoir partout une même interprétation mais qui dépendrait des aléas du droit de chacun ? Instituer un droit communautaire assujetti au bon vouloir des États serait vouloir une chose et son contraire. La limite de l'absurde serait en vue ... ! »²⁸³. L'exigence d'unité est donc essentielle à la survie du droit communautaire et les traités restent traversés par cette exigence de manière indirecte, même si le principe

²⁷⁸ CJCE, 26 juin 1990, aff. C-64/89, *Hauptzollamt Giessen c/ Deutsche Fernsprecher*, pt 13. Autres exemples : CJCE, 13 fév. 1969, aff. C-14/68, *Walt Wilhelm e.a. c/ Bundeskartellamt*, pt 4 ; CJCE, 6 juin 1972, aff. C-94/71, *Schlüter & Maack c/ Hauptzollamt Hamburg Jonas*, pt 11 ; CJCE, 21 sept. 1983, aff. C-205 à 215/82, *Deutsche Milchkontor GmbH*, pt 17 ; CJCE, 21 fév. 1991, aff. C-143/88 et C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen et Zuckerfabrik Soest c/ Hauptzollamt Itzehoe et Hauptzollamt Paderborn*, pts 25-26 ; CJCE, 5 mars 1996, aff. C-46 et 48/93, *Brasserie du pêcheur c/ Bundesrepublik Deutschland et The Queen c/ Secretary of State for Transport, ex parte Factortame e.a.*, pt 33 ; CJCE, 20 nov. 2008, aff. C-375/07, *Heuschen & Schrouff Oriental Foods Trading*, pt 63.

²⁷⁹ M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, 11^{ème} éd., op. cit., p. 828.

²⁸⁰ R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 1976, p. 264-265 : « C'est au niveau suprême que se situe la régulation de la jurisprudence et le terrain de son uniformité ».

²⁸¹ *Ibid.*, p. 264.

²⁸² H. KUTSCHER, « Méthodes d'interprétation vues par un juge à la Cour », in : COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES (éd.), *Rencontre judiciaire et universitaire 27-28 septembre 1976*, Luxembourg, Office des publications officielles des communautés européennes, 1976, p. I-14 ; P. PESCATORE, « L'application du droit communautaire dans les États membres », in : COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES (éd.), *Rencontre judiciaire et universitaire 27-28 septembre 1976*, op. cit., p. VI-8 ; D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, op. cit., p. 409.

²⁸³ R. LECOURT, *L'Europe des juges*, op. cit., p. 284.

directeur n'y a pas été explicitement inscrit. Outre par une évocation dans le préambule, le principe d'unité s'exprime par le biais des compétences de la Cour de justice²⁸⁴.

75. Signification du principe. Le principe d'unité du droit communautaire rejoint la nature même du droit communautaire qui se caractérise par un ensemble de règles communes. Pour être effectif, ce principe présuppose une application cohérente du droit communautaire dans tous les États membres et, partant, un effet identique²⁸⁵. Cela implique que le droit interne à chaque État membre ne puisse empêcher la production de l'effet recherché ; la mise en œuvre des règles communautaire doit être rendue possible. À cet égard, les actes communautaires auront dans les États membres non seulement la même signification, mais aussi la même force obligatoire, ainsi que le même contenu²⁸⁶.

C) Le principe de primauté

76. Origines du principe. Le troisième principe directeur, le principe de primauté, n'a également trouvé aucune consécration dans les traités de la CEEA au début des Communautés européennes. Au même titre que pour le principe d'unité, le danger était latent que chaque État membre intègre à sa manière le droit communautaire dans son ordre juridique national et provoque ainsi une trop grande hétérogénéité entre les droits. Le transfert de compétence des États vers la Communauté courrait ainsi le risque de rester lettre morte, dans la mesure où une trop grande hétérogénéité n'aurait pas permis d'organiser un marché commun viable. Pour assurer le respect de la répartition des compétences, de l'unité et de l'effectivité du droit communautaire, il était donc nécessaire de garantir que le droit communautaire disposerait d'un statut identique dans chacun des États membres qui ne permettrait pas de s'opposer à son application. Or, les traités communautaires n'offraient aucune règle de résolution des conflits garantissant la priorité des actes communautaires sur le droit national et les juridictions communautaires ne disposaient d'aucun moyen pour écarter une mesure nationale non conforme au droit communautaire. La consécration d'un principe de primauté propre aux Communautés, car différent de celui connu en droit international qui laisse la responsabilité de la mise en

²⁸⁴ Article 256§2 et 3 du TFUE ; Article 62 du Protocole n° 3 sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne : « en cas de risque sérieux d'atteinte à l'unité ou à la cohérence du droit de l'Union » ou « susceptible d'affecter l'unité ou la cohérence du droit de l'Union ».

²⁸⁵ G. ISAAC, M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, 10^{ème} éd., Paris, Sirey, 2012, p. 399.

²⁸⁶ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, op. cit., p. 409.

œuvre du droit à la « primauté interne », a permis d'offrir ces garanties²⁸⁷. Elle peut à ce titre être envisagée comme une règle de résolution des conflits²⁸⁸.

Pierre Pescatore a qualifié ce principe d'« exigence existentielle » du droit communautaire²⁸⁹. Robert Lecourt tire quant à lui le fondement du principe de primauté du système communautaire même : « Puisque la règle commune est contraignante, puisqu'elle a été voulue telle par les traités, puisqu'elle émane, soit des traités eux-mêmes, signés et ratifiés par tous les États membres, soit des institutions mises en place par eux, et auxquelles tous participent, comment, pourrait-on admettre qu'il suffise d'une loi nationale pour en détruire la force obligatoire ? Donner et retenir ne vaut. Des États qui conviennent de se soumettre à des règles arrêtées en commun ne peuvent s'y soustraire unilatéralement. Tout élémentaire qu'il soit, le principe selon lequel nul ne peut se faire justice à lui-même est à la base de la Communauté ». « Aussi bien les traités règlent-ils la question. Quand l'article 189 du traité CEE dispose que les règlements sont obligatoires et directement applicables dans chaque État membre, qu'est-ce à dire sinon qu'aucun acte interne ne peut leur être opposé ? S'il en est ainsi pour les règlements, combien plus doit-il en être pour les traités ? »²⁹⁰.

77. Consécration jurisprudentielle. La Cour de justice a abondé en ce sens et consacré le principe de primauté dans la décision *Costa c/ E.N.E.L.* en 1964. Il s'agissait en l'espèce d'organiser la relation entre droit national et droit communautaire. Selon la Cour, la consécration de ce principe se justifie par un certain nombre de caractéristiques propres à la Communauté : « en instituant une Communauté de durée illimitée, dotée d'institutions propres, de la personnalité, de la capacité juridique, d'une capacité de représentation internationale et plus particulièrement de pouvoir réels issus d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attributions des États à la Communauté, ceux-ci ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains et créé ainsi un corps de droit applicable à leurs ressortissants et à eux-mêmes ; attendu que cette intégration au droit de chaque pays membre de dispositions qui proviennent de source communautaire et plus généralement les termes et l'esprit du traité, ont pour corollaire l'impossibilité pour les États de faire prévaloir, contre un ordre juridique accepté par eux sur une base de réciprocité, une

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 406.

²⁸⁸ M. BLECKMANN, *Nationale Grundrechte im Anwendungsbereich des Rechts der Europäischen Union : die Kooperation des Grundrechtsschutzes in der Europäischen Union unter Berücksichtigung der besonderen Ausprägungen des nationalen Grundrechtsschutzes*, op. cit., p. 287-289 ; J.-P. DEROSIER, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éd., 2015, p. 360.

²⁸⁹ P. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 227.

²⁹⁰ R. LECOURT, *L'Europe des juges*, op. cit., p. 284.

mesure unilatérale ultérieure qui ne saurait ainsi lui être opposable »²⁹¹. La primauté du droit communautaire sur le droit national s'est traduite par l'inopposabilité du second au premier.

78. Tentative de consécration du principe par les traités. La démarche d'inscription de la primauté au cœur des traités a été entreprise lors de la rédaction du TECE dans les années 2000. L'article I-6 du TECE prévoyait que « La Constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union, dans l'exercice des compétences qui sont attribuées à celle-ci, priment le droit des États membres » et la déclaration annexe à cet article indiquait que le principe de primauté reflétait la jurisprudence de la Cour²⁹². L'existence avortée du traité constitutionnel n'a pas permis de faire perdurer cette consécration. En effet, sous impulsion du gouvernement britannique²⁹³, le traité de Lisbonne n'a pas conservé l'article I-6 en l'état. Le principe de primauté a, malgré tout, fait son entrée par la petite porte dans le corpus des traités, dans la mesure où il a fait l'objet d'une déclaration annexée au traité de Lisbonne. Celle-ci reproduit la déclaration annexée au TECE et reprend un avis du Service juridique du Conseil synthétisant la jurisprudence de la Cour de justice²⁹⁴. Si la différence entre les deux consécutions est de taille, le traité de Lisbonne représente malgré tout une avancée par rapport aux traités précédents : il « donne corps à la primauté en l'inscrivant dans un texte »²⁹⁵. Pour autant, sa valeur contraignante pose question. Si certains estiment que l'entrée du principe dans le droit primaire de l'Union est déterminante, d'autres notent que les déclarations annexées ne sont que des « directives d'interprétation et l'expression d'une orientation politique » sans la valeur conférée au droit primaire²⁹⁶. Quoi qu'il arrive,

²⁹¹ CJCE, 15 juill. 1964, *Costa c/ E.N.E.L.*, prec., p. 1159.

²⁹² Déclaration ad article I-6 annexée au traité établissant une Constitution pour l'Europe : « La Conférence constate que l'article I-6 reflète la jurisprudence existante de la Cour de justice des Communautés européennes et du Tribunal de première instance ».

²⁹³ J.-V. LOUIS, « La primauté du droit de l'Union, un concept dépassé ? », in : *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 443.

²⁹⁴ Déclaration n° 17 relative à la primauté annexée à l'acte final de la conférence intergouvernementale qui a adopté le traité de Lisbonne : « La Conférence rappelle que, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne, les traités et le droit adopté par l'Union sur la base des traités priment le droit des États membres, dans les conditions définies par ladite jurisprudence. En outre, la Conférence a décidé d'annexer au présent Acte final l'avis du Service juridique du Conseil sur la primauté tel qu'il figure au document 11197/07 (JUR 260) : "Avis du Service juridique du Conseil du 22 juin 2007 : Il découle de la jurisprudence de la Cour de justice que la primauté du droit communautaire est un principe fondamental dudit droit. Selon la Cour, ce principe est inhérent à la nature particulière de la Communauté européenne. À l'époque du premier arrêt de cette jurisprudence constante (arrêt du 15 juillet 1964 rendu dans l'affaire 6/64, *Costa contre ENEL*, la primauté n'était pas mentionnée dans le traité. Tel est toujours le cas actuellement. Le fait que le principe de primauté ne soit pas inscrit dans le futur traité ne modifiera en rien l'existence de ce principe ni la jurisprudence en vigueur de la Cour de justice" ».

²⁹⁵ C. DENIZEAU, « La primauté », in : *Annuaire de droit européen*, 2006, vol. 4, p. 61.

²⁹⁶ *Ibid.*

cette semi-intégration du principe de primauté dans le droit primaire n'a en rien modifié la jurisprudence constante de la Cour à cet égard.

79. Signification du principe. Dans l'ordonnance *San Michele* du 22 juin 1965, il était demandé à la Cour de justice de sursoir à statuer en attendant une décision de la Cour constitutionnelle italienne sur la même affaire. Le refus opposé par la Cour de justice est motivé par la nécessaire primauté du droit communautaire. Elle s'explique car « tous les États ont adhéré au traité dans les mêmes conditions définitivement et sans autres réserves que celles exprimées dans les protocoles additionnels, et qu'ainsi serait contraire à l'ordre juridique communautaire toute prétention d'un ressortissant d'un État membre de mettre en cause cette adhésion ». Par conséquent, « une telle prétention est d'autant plus irrecevable que, en l'espèce, toute décision de sursis à statuer équivaldrait à vider la Communauté de toute substance en permettant de voir dans l'acte de ratification soit l'acceptation seulement partielle du traité, soit le moyen de lui faire porter des effets juridiques différents selon les États membres, soit l'occasion de permettre à certains de ses ressortissants de se soustraire à la règle »²⁹⁷. Le principe de primauté, une fois les traités signés, assure par conséquent « une force de pénétration irrésistible » au sein des États membres²⁹⁸.

De la jurisprudence de la Cour, Marc Blaquet déduit quatre paramètres composant le principe de primauté, que l'arrêt *Costa c/ E.N.E.L.* résume ainsi : « issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même »²⁹⁹. Premièrement, le droit communautaire ne peut exister s'il peut être neutralisé par les droits internes aux États membres. Il est nécessaire qu'il s'applique de manière cohérente au risque de ne plus être commun, d'autant plus que ce caractère commun constitue la raison d'être du marché de la Communauté. La primauté assure donc l'unité du droit communautaire. Deuxièmement, la primauté du droit provient de sa nature propre (« spécifique et originale ») et non d'un transfert de souveraineté de la part des États membres. Elle résulte de la nature intrinsèque des traités et de la structure communautaire. Elle ne dépend donc pas des États membres et des règles diverses qui s'y appliquent concernant le rapport au droit international. Troisièmement, la primauté du droit communautaire vaut pour tous les actes communautaires (« le droit né du traité »), et non

²⁹⁷ CJCE, ord. 22 juin 1965, aff. C-9/65, *San Michele c/ Haute Autorité*, p. 37.

²⁹⁸ M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, 11^{ème} éd., op. cit., p. 470.

²⁹⁹ CJCE, 15 juill. 1964, *Costa c/ E.N.E.L.*, prec., p. 1160.

uniquement pour le droit primaire, et s'applique à toutes les mesures nationales (« un texte interne quel qu'il soit »). Quatrièmement, la primauté du droit communautaire ne s'applique pas uniquement dans l'ordre communautaire dans ses relations avec les États membres ; elle s'applique également dans le droit interne des différents États membres et lie par conséquent les juridictions nationales (« ne pourrait [...] se voir judiciairement opposer »)³⁰⁰. Ces quatre aspects du principe de primauté permettent de l'appréhender dans son ensemble et de souligner la nécessité de sa réalité. Pour être effectif, le principe de primauté nécessite néanmoins l'application du principe d'effet direct³⁰¹.

D) Le principe d'effet direct

80. Origines du principe. Le principe d'effet direct trouve son origine en droit communautaire avec l'article 189 du TCEE. Son paragraphe 2 prévoyait que les règlements étaient directement applicables dans tous les États membres. Pourtant formellement limité aux règlements et à leur applicabilité directe plus qu'à leur effet direct³⁰², la Cour de justice s'est saisie de ce moyen pour attribuer un effet direct au droit communautaire en général. Ainsi, l'arrêt *Van Gend en Loos* affirme que l'objectif poursuivi par le TCEE est d'instituer un marché commun dont le fonctionnement concerne directement les justiciables de la Communauté. Par conséquent, le traité constitue plus qu'un simple accord visant à créer des obligations mutuelles entre États contractants. Son préambule vient le confirmer, dans la mesure où il vise les peuples et crée des organes qui institutionnalisent des droits souverains dont l'exercice affecte aussi bien les États membres que leurs citoyens. De même, les ressortissants des États réunis dans la Communauté sont appelés à collaborer à son fonctionnement par le biais du Parlement européen et du Comité économique et social. Enfin, l'article 177 du traité relatif au rôle de la Cour de justice confirme que les États ont reconnu au droit communautaire une autorité susceptible d'être invoquée par leurs ressortissants devant les juridictions. Par conséquent, « il faut conclure de cet état de choses que la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les États ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains et dont les sujets sont non seulement les États membre mais également leurs ressortissants »³⁰³.

³⁰⁰ G. ISAAC, M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, 10^{ème} éd., *op. cit.*, p. 400-401.

³⁰¹ En ce sens : D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, p. 413.

³⁰² *Ibid.*, p. 387.

³⁰³ CJCE, 5 fév. 1963, *Van Gend en Loos*, *prec.*, p. 23. Confirmé notamment par : CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, *prec.*, pts 14-16.

La multiplication des arguments avancés par la Cour en faveur d'une Communauté tournée non pas seulement vers les États membres, mais également vers ses citoyens, permet de démontrer la nécessité d'attribuer un effet direct au droit communautaire. Pour Denys Simon, « Même si aucun de ces arguments n'emporte à lui seul la conviction, le raisonnement "macro-juridique" auquel se livre la Cour de justice permet de mettre en évidence [...] les raisons latentes qui militent en [cette] faveur »³⁰⁴. Ces raisons latentes résident dans le fait que la raison-d'être des traités est de constituer un marché commun, c'est-à-dire un espace plus intégré qu'une simple zone de libre-échange. Par conséquent, les règles édictées doivent impérativement être communes à tous les opérateurs du marché. Or, d'une part, la réception des règles en droit national conduirait à rendre différente leur application dans chacun des États, et donc à recloisonner le marché. D'autre part, les opérateurs du marché sont aussi – voir majoritairement – des personnes privées. Le projet européen ne peut donc aboutir à un marché commun sans la participation des particuliers, à qui les règles doivent pouvoir s'appliquer directement. L'effet direct du droit communautaire apparaît donc indispensable à l'existence même du marché commun³⁰⁵. À l'image des autres principes directeurs, il semble que le fondement véritable du principe de l'effet direct doive être trouvé dans le recours à la volonté des auteurs des traités plus que dans les traités pris littéralement, assignant à ce principe une sorte de caractère existentiel³⁰⁶.

81. Distinction entre les différentes acceptions de l'effet direct. Lorsqu'il s'agit de définir l'effet direct, un profond sentiment de confusion transparait. En effet, tant la jurisprudence de la Cour que la doctrine semblent en proposer des définitions qui diffèrent. Cette difficulté provient en réalité d'une confusion opérée par la Cour entre les notions d'effet direct, d'applicabilité directe et d'effet immédiat³⁰⁷. L'effet direct semble donc aussi bien être, au sens large, le terme générique désignant les trois notions, que, au sens strict, la notion même d'effet direct ; il est même parfois utilisé pour désigner l'applicabilité directe d'une norme. Pourtant, ces trois notions diffèrent bel et bien. L'applicabilité directe,

³⁰⁴ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, op. cit., p. 387.

³⁰⁵ R. LECOURT, *L'Europe des juges*, op. cit., p. 249.

³⁰⁶ M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, 11^{ème} éd., op. cit., p. 557.

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 552 ; E. KLEIN, « Unmittelbare Geltung, Anwendbarkeit und Wirkung von Europäischem Gemeinschaftsrecht » [en ligne], in : *Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut*, 1988, n° 119, p. 3-30, disponible sous : <https://europainstitut.de/fileadmin/schriften/119.pdf> ; R. KOVAR, « "Le règlement est directement applicable dans tout État membre" : certes mais encore », in : *Mélanges en l'honneur du professeur Joël Molinier*, Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2012, p. 355-372 ; D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, op. cit., p. 387.

également couramment désignée par l'expression *unmittelbare Geltung* en allemand³⁰⁸, désigne le caractère complet d'un acte communautaire, à savoir son application directe dans le droit des États membres, sans besoin d'être complétée préalablement par une loi ou un acte réglementaire national³⁰⁹. Pour les règlements notamment, la réception interne par une mesure de droit national est même interdite³¹⁰. L'effet immédiat du droit communautaire renvoi pour sa part à un certain monisme et signifie qu'un acte communautaire appartient de manière instantanée au système juridique des États dès l'entrée en vigueur des traités. Autrement dit, le droit communautaire est une « source de légalité en vigueur dans l'ordre juridique de chaque État membre »³¹¹.

82. Signification du principe de l'effet direct. Si le juge a recours de manière équivalente aux notions d'applicabilité directe et d'effet direct³¹², cela trouve son fondement dans l'absence de différence produite en matière d'invocabilité dans le cadre de son office. L'effet direct conduirait effectivement à rechercher les droits créés directement pour les particuliers afin de les mettre en application directement³¹³. Pourtant, cette approche pratique ne prend pas en compte l'ensemble de la notion d'effet direct au sens strict du terme. Outre qu'il qualifie la nature du droit communautaire, l'effet direct est le droit pour toute personne de faire reconnaître en justice l'application de mesures nationales non conformes à une règle communautaire, voire d'exiger d'un État qu'il conforme ses actions aux obligations émanant de la Communauté³¹⁴. L'effet direct confère donc des droits invocables devant le juge. Si l'effet direct d'un acte communautaire est toujours vertical, c'est-à-dire qu'il s'applique dans un litige entre une personne publique et une personne privée, il peut sous certaines conditions également être horizontal, à savoir s'appliquer dans un litige entre personnes privées. Dans ce second cas, il y aura un effet direct dit « complet »³¹⁵. Toutefois, l'effet direct au sens strict du terme ne bénéficie pas d'une applicabilité absolue. Il est conditionné par le respect de deux conditions que sont les

³⁰⁸ E. KLEIN, *Ibid.*, p. 3 ; R. STREINZ, *Europarecht*, 11^{ème} éd., Heidelberg, C.F. Müller, 2019, pt 495.

³⁰⁹ M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, 11^{ème} éd., *op. cit.*, p. 552 ; S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 27^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2019-2020, « applicabilité directe », p. 75.

³¹⁰ CJCE, 7 fév. 1993, aff. C-39/72, *Commission c/ Italie*, pt 17.

³¹¹ G. ISAAC, M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, 10^{ème} éd., *op. cit.*, p. 376.

³¹² P. PESCATORE, « The Doctrine of "Direct Effect" : An Infant Disease of Community Law », *ELR*, 1983, vol. 8, n° 3, p. 155, Note de bas de page n° 2.

³¹³ M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, 11^{ème} éd., *op. cit.*, p. 552.

³¹⁴ F. DE LA FUENTE, *Dictionnaire juridique de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1998, « effet direct », p. 232.

³¹⁵ M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, 11^{ème} éd., *op. cit.*, p. 561.

caractères précis et inconditionnel de l'acte communautaire³¹⁶. Ceux-ci visent à vérifier que l'acte peut produire judiciairement certains effets sans mesure complémentaire. Ainsi, les directives peuvent produire un effet direct bien qu'elles ne soient pas directement applicables et *a contrario*, les règlements sont directement applicables mais ne produisent pas systématiquement un effet direct³¹⁷.

Pour être effectif, le principe de l'effet direct présuppose la primauté du droit communautaire et inversement, la primauté du droit communautaire présuppose son effet direct, au risque de laisser la possibilité aux États de se soustraire aux normes communautaires. De même, « L'unité du droit communautaire suppose indéniablement une uniformité d'application pour laquelle le principe de l'effet direct du droit s'avère être indispensable »³¹⁸. Ces témoignages d'interdépendances profondes entre les principes se manifestent également vis-à-vis de l'autonomie du droit communautaire. En effet, le principe de l'effet direct est corrélé à celui d'effet immédiat du droit communautaire. Or, l'effet immédiat du droit communautaire repose sur la distinction entre les ordres juridiques des États membres et de la Communauté.

E) Le principe d'autonomie

83. Origines du principe. Le principe d'autonomie ne trouve aucune source expresse dans les traités. Son émergence tient une fois de plus à la seule jurisprudence de la Cour de justice et tout particulièrement aux arrêts *Van Gend en Loos* et *Costa c/ E.N.E.L.*³¹⁹. Dans le premier arrêt, la Cour constate que la Communauté « constitue un nouvel ordre juridique de droit international ». Pour ce faire, les États membres ont accepté de limiter une partie de leur souveraineté et que ce nouvel ordre juridique s'adresse directement à leurs ressortissants³²⁰. La qualité d'ordre juridique, si elle n'apparaît pas formellement dans les textes, résulterait naturellement de l'organisation de la Communauté. Toutefois cet ordre juridique est resté dans un premier temps apparenté à celui du droit international. La séparation avec l'ordre juridique international a été opérée un an plus tard dans la décision *Costa c/ E.N.E.L.* La Cour y indique en cela qu'« à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre », car le droit

³¹⁶ Notamment : CJCE, 5 avril 1979, aff. C-148/78, *Ratti*, pt 23 ; CJCE, 19 janv. 1982, aff. C-8/81, *Becker*, pt 25.

³¹⁷ F. DE LA FUENTE, *Dictionnaire juridique de l'Union européenne*, op. cit., « effet direct », p. 232.

³¹⁸ A. REMEDEM, *La protection des droits fondamentaux par la Cour de justice de l'Union européenne*, Thèse de doctorat (non publiée), Université de Clermont I, 2013, p. 143.

³¹⁹ CJCE, 5 fév. 1963, *Van Gend en Loos*, prec. ; CJCE, 15 juill. 1964, *Costa c/ E.N.E.L.*, prec.

³²⁰ CJCE, 5 fév. 1963, *Van Gend en Loos*, prec., p. 23.

communautaire est issu d'une source autonome, à la différence du droit international³²¹. Cet arrêt vient « couper le cordon ombilical entre l'ordre juridique communautaire et l'ordre juridique international » selon les termes de Denys Simon³²². Néanmoins, il faudra que ce principe soit repris un certain nombre de fois par la suite pour en saisir toutes les implications³²³, notamment au regard des autres principes directeurs. L'affirmation du principe d'autonomie peut en effet être considérée comme l'acte fondateur de l'ordre juridique de la Communauté³²⁴ et de lui dépend la réalité des autres principes.

84. Signification du principe. De l'autonomie du droit communautaire découle en premier lieu un ordre juridique communautaire distinct des ordres juridiques des États membres. Pour être distinct, cet ordre juridique doit disposer d'une source autonome de droit ; il ne peut donc lui être opposé un quelconque texte de droit interne³²⁵. La source du droit est également indépendante vis-à-vis des États membres³²⁶. Partant, l'ordre juridique communautaire constitue un système de normes indépendant des autres systèmes³²⁷ et peut être défini comme un « ensemble dont les éléments ne s'agrègent pas par hasard, mais constituent un “ordre” en ce qu'ils sont reliés les uns aux autres et à l'ensemble lui-même par des liens tels qu'on ne peut envisager l'un de ces éléments isolés de son entourage sans l'analyser faussement »³²⁸. De cette définition, Denys Simon dégage en termes kelsénien que l'autonomie tient au fait que les règles qui composent l'ordre juridique doivent toutes tirer leur validité et leur cohérence d'une norme de base, en l'espèce les traités³²⁹.

Pour autant, l'autonomie n'implique pas l'absence de rapports avec les autres ordres juridiques. Ces rapports peuvent être de l'ordre de la coopération comme de l'emprunt de notions ou de techniques³³⁰. Ainsi, si l'ordre juridique communautaire est distinct des ordres juridiques des États membres, il coopère malgré tout avec eux étant donné qu'il en constitue une partie intégrante³³¹. De plus, l'emprunt de notions peut constituer une garantie

³²¹ CJCE, 15 juill. 1964, *Costa c/ E.N.E.L.*, prec., p. 1158 et 1160.

³²² D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, op. cit., p. 217.

³²³ Par exemple : CJCE, 13 nov. 1964, aff. C-90 et 91/63, *Commission de la CEE c/ Luxembourg et Belgique*, p. 1232 ; CJCE, ord. 22 juin 1965, *San Michele*, prec., p. 37 ; CJCE, 13 fév. 1969, *Walt Wilhelm*, prec., pt 6.

³²⁴ R. KOVAR, « La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire », in : *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1993, vol. IV, Book 1, p. 25.

³²⁵ CJCE, 15 juill. 1964, *Costa c/ E.N.E.L.*, prec., p. 1160.

³²⁶ CJCE, 5 fév. 1963, *Van Gend en Loos*, prec., p. 23.

³²⁷ D. SIMON, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », in : SFDI (éd.), *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, Paris, Pedone, 2000, p. 213.

³²⁸ J. COMBACAU, « Le droit international : bric à brac ou système ? », in : R. SEVE, *Le système juridique*, APD 31, Paris, Sirey, 1986, p. 86.

³²⁹ D. SIMON, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », op. cit., p. 213.

³³⁰ *Ibid.*, p. 214.

³³¹ M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, 11^{ème} éd., op. cit., p. 463.

d'autonomie de l'ordre juridique. En témoigne l'exemple des droits fondamentaux, dans lequel le refus de la Cour de justice d'appliquer les droits fondamentaux nationaux l'a conduit à recourir à une grande diversité de sources. Cette diversité, loin de rendre l'ordre juridique communautaire dépendant d'une interprétation, permet au contraire de ne plus rattacher le système de protection des droits fondamentaux à un ordre juridique précis³³². L'emprunt s'est dilué à tel point que la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire apparaît comme étant complètement autonome.

Le principe d'autonomie, garant de l'existence d'un ordre juridique communautaire indépendant, semble donc constituer un préalable à la construction communautaire en tant que système. Ce principe forme donc la prémices à l'application des autres principes directeurs du système communautaire, à savoir les principes d'attribution, d'unité, de primauté et de l'effet direct. Le respect de ces mêmes principes ne peut, toutefois, être garanti que par le principe d'effectivité du droit communautaire.

F) Le principe d'effectivité

85. Origines du principe. À l'instar de ses homologues, le principe d'effectivité n'est pas formellement consacré dans les traités. Son avènement revient essentiellement à la Cour. Il apparaît pour la première fois de manière expresse dans l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* rendu en 1970. En l'espèce, le tribunal de renvoi cherchait confirmation auprès de la Cour du fait que, le droit communautaire en cause n'étant pas conforme à un principe constitutionnel de droit allemand, la primauté du droit communautaire ne devait pas s'appliquer pour céder devant la règle nationale. Afin de réfuter cette thèse, la Cour énonce que « le recours à des règles ou notions juridique du droit national, pour l'appréciation de la validité des actes arrêtés par les institutions de la Communauté, aurait pour effet de porter atteinte à l'unité et à l'efficacité du droit communautaire »³³³. Elle vient confirmer quelques années plus tard dans la décision *Costa c/ E.N.E.L.* que la « force exécutive » du droit communautaire doit être la même dans tous les États membres³³⁴. Dans ces décisions, l'affirmation de l'exigence d'effectivité semble ne reposer que sur le nécessaire respect du principe de primauté. Principe existentiel³³⁵ de la Communauté, cette dernière « n'a [toutefois] pas la maîtrise de son respect qui dépend,

³³² R. TINIERE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 69.

³³³ CJCE, 17 déc. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, prec., pt 3.

³³⁴ CJCE, 15 juill. 1964, *Costa c/ E.N.E.L.*, prec., p. 1159.

³³⁵ Cf. *supra*, §76.

dans une large mesure, des autorités nationales ». Le principe d'effectivité apparaît donc pertinent en ce qu'il constitue un « argument d'autorité » au service du principe de primauté³³⁶.

86. Caractère de principe directeur. Pris de manière indépendante, le principe d'effectivité trouve son fondement dans l'exigence de coopération loyale³³⁷, selon laquelle « Les États membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de l'Union »³³⁸. En ce sens, l'arrêt *Simmenthal* estime que l'efficacité du droit communautaire est une « exigence inhérente à la nature même du droit de l'Union »³³⁹. C'est probablement par émancipation de la notion d'effectivité par rapport au principe de primauté que sa qualification en tant que principe directeur s'est opérée³⁴⁰. Cette émancipation apparaît d'autant plus cohérente que, comme Aude Bouveresse l'a formulé, l'effectivité « s'inscrit dans la démarche fonctionnaliste suivie par les pères fondateurs, ce qui peut expliquer son importance dans la construction européenne »³⁴¹.

87. Signification du principe. L'importance du principe d'effectivité dans la construction européenne peut également permettre d'expliquer la difficulté qu'il y a de le définir. En effet, il semble que la Cour de justice ait volontairement maintenu un certain flou à cet égard, ce qui lui a permis de l'utiliser avec une grande flexibilité³⁴². Ce manque de précision se retrouve également dans la confusion des termes effectivité et efficacité³⁴³. De manière générale, l'intérêt du principe d'effectivité est de programmer en amont les collisions que le droit européen peut provoquer avec les droits nationaux. Cette programmation est instituée à l'égard des autorités nationales qui, en plus du droit national,

³³⁶ A. BOVERESSE, « L'effectivité comme argument d'autorité de la norme », in : A. BOVERESSE, D. RITLÉNG (dir.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Paris, Bruylant, 2018, p. 66-68.

³³⁷ En ce sens : A. BOVERESSE, « L'effectivité comme argument d'autorité de la norme », *op. cit.*, p. 75 ; A. VON BOGDANDY, in : E. GRABITZ, M. HILF (éd.), *Kommentar zur Europäischen Union*, Tome 1, Munich, C.H. Beck, 1995, Art. 5 EGV, pt 44.

³³⁸ Article 4§3 al. 2 du TUE, auparavant : Article 5 du traité CEE.

³³⁹ CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, *prec.*, pt 22. Confirmé par : CJCE, 19 juin 1990, aff. C-213/89, *The Queen c/ Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*, pt 20.

³⁴⁰ A. VON BOGDANDY, in : E. GRABITZ, M. HILF (éd.), *Kommentar zur Europäischen Union*, *op. cit.*, pt 44 ; S. JONES, *Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Grundrechte der Europäischen Gemeinschaft : Zur Frage der innerstaatlichen Anwendbarkeit der Gemeinschaftsgrundrechte und der Bindung der nationalen Stellen am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*, Sinzheim, Pro-Universitate-Verl., 1999, p. 40 ; J. MOLINIER, « Principes généraux », in : *Répertoire Dalloz de droit européen*, Mars 2011 (actualization: avril 2018), pt 42.

³⁴¹ A. BOVERESSE, « L'effectivité comme argument d'autorité de la norme », *op. cit.*, p. 69.

³⁴² A. BOVERESSE, « L'effectivité comme argument d'autorité de la norme », *op. cit.*, p. 63.

³⁴³ CJCE, 17 déc. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, *prec.*, pt 3 ; CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, *prec.*, pt 22 ; CJUE, GC, 26 fév. 2013, aff. C-399/11, *Melloni*, pts 59-60. En ce sens : É. DUBOUT, « Être ou ne pas être (du droit) ? Effectivité et champ d'application du droit de l'Union européenne », in : A. BOVERESSE, D. RITLÉNG (dir.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Paris, Bruylant, 2018, p. 90.

exécutent le droit communautaire³⁴⁴. La conséquence directe est que les États membres ne peuvent invoquer leur ordre juridique propre afin d'échapper aux obligations qui découlent du droit communautaire et s'imposent à eux³⁴⁵. D'un point de vue pratique, la Cour s'est servie du principe d'effectivité dans une large palette allant de l'interprétation des actes de droit européen³⁴⁶ à l'appréciation de la protection des citoyens dans le cadre précis de l'autonomie procédurale des États membres³⁴⁷.

88. Interdépendance avec les autres principes directeurs. Compte tenu de l'autorité qu'il emporte d'un point de vue pratique, le principe d'effectivité du droit communautaire permet de garantir les autres principes directeurs. Il a même pu être considéré comme un « méta-principe », dans le sens où sa raison-d'être serait la justification des autres principes directeurs³⁴⁸, tout comme l'intégration européenne justifie l'ensemble de ces principes. Le lien étroit qu'il entretient avec le principe de primauté trouve sa source dans la naissance même du principe³⁴⁹ et est aujourd'hui encore réaffirmé³⁵⁰. Afin de donner autorité au principe de primauté³⁵¹ et corps à la coopération loyale³⁵², le principe d'unité du droit communautaire a d'emblée été invoqué de manière parallèle au principe d'effectivité³⁵³. Il est tout aussi dépendant du principe d'effectivité que le principe de primauté car l'unité du droit communautaire ne peut se réaliser sans effectivité de ses normes. Inversement, l'effectivité n'est pas suffisante pour garantir la primauté ainsi que l'autonomie du droit communautaire en l'absence d'exigence d'uniformité³⁵⁴. De même, l'effectivité apparaît indispensable à une mise en œuvre efficace de l'effet direct dès lors qu'il empêche le droit national de faire obstacle à l'application directe du droit communautaire³⁵⁵.

³⁴⁴ S. JONES, *Die Bindung der Mitgliedstaaten*, *op. cit.*, p. 40.

³⁴⁵ M. ZULEEG, « Zum Verhältnis nationaler und europäischer Grundrechte », *EuGRZ*, 2000, n° 17, p. 513.

³⁴⁶ En matière d'interprétation, l'effectivité est souvent assimilée à l'effet utile. Exemple : É. DUBOUT, « Être ou ne pas être (du droit) ? ... », *op. cit.*, p. 100.

³⁴⁷ A. BOUVERESSE, « L'effectivité comme argument d'autorité de la norme », *op. cit.*, p. 63 ; F. CAULET, « Le principe d'effectivité comme pivot de répartition des compétences procédurales entre les États membres et l'Union européenne », *RTD Eur.*, 2012, n° 3, p. 594-29 ; O. DUBOS, « L'effet utile et l'effectivité dans l'Union européenne : identification normative », in : A. BOUVERESSE, D. RITLÉNG (dir.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 49 ; É. DUBOUT, « Être ou ne pas être (du droit) ? ... », *op. cit.*, p. 93 ; J.-P. JACQUE, « Conclusions générales », in : A. BOUVERESSE, D. RITLÉNG (dir.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 242.

³⁴⁸ É. DUBOUT, « Être ou ne pas être (du droit) ? ... », *op. cit.*, p. 94.

³⁴⁹ Cf. *supra*, §85.

³⁵⁰ CJUE, GC, 26 fév. 2013, *Melloni*, *prec.*, pts 59-60.

³⁵¹ A. BOUVERESSE, « L'effectivité comme argument d'autorité de la norme », *op. cit.*, p. 67.

³⁵² S. JONES, *Die Bindung der Mitgliedstaaten*, *op. cit.*, p. 69.

³⁵³ CJCE, 17 déc. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, *prec.*, pt 3.

³⁵⁴ S. JONES, *Die Bindung der Mitgliedstaaten*, *op. cit.*, p. 40.

³⁵⁵ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur*, *prec.*, pt 95 ; CJCE, 19 juin 1990, *The Queen*, *prec.*, pts 19-20. En ce sens : F. CAULET, « Le principe d'effectivité comme pivot de répartition des compétences procédurales entre les États membres et l'Union européenne », *op. cit.*, p. 594-29.

L'autonomie du droit communautaire constitue, avec le principe de primauté, le fondement de l'ordre juridique communautaire. L'effectivité résulte donc du principe d'autonomie et est corrélativement indispensable pour lui donner une existence concrète. Le principe d'attribution commande quant à lui les domaines matériels où l'effectivité comme les autres principes directeurs s'appliquent. Par conséquent, l'autonomie de l'ordre juridique communautaire semble avoir conduit à la consécration de la primauté, de l'unité, de l'effectivité et de l'effet direct pour devenir une réalité dans le cadre du principe d'attribution des compétences.

89. Conclusion. L'interdépendance des principes directeurs tient au fait qu'aucun n'a été inscrit dans les traités dès les débuts de la Communauté et qu'ils visent pourtant tous à soutenir l'intégration européenne. Leur consécration découle d'un raisonnement *a contrario*, selon lequel l'objectif de création d'un marché unique prévu par les traités ne peut se réaliser qu'avec le respect de l'ensemble de ces principes directeurs. La découverte de chacun ayant eu lieu dans un temps très court, la Cour les a fondés et justifiés les uns par rapport aux autres. La violation de l'un conduit donc inévitablement à un déséquilibre au détriment des autres. Josse Mertens de Wilmars constate que l'utilisation du schéma d'interprétation propre à la Cour de justice lui a permis de dégager les caractéristiques fondamentales de l'ordre juridique de la Communauté et à l'inverse, ces caractéristiques fondamentales justifient aujourd'hui le schéma d'interprétation³⁵⁶. Cette influence réciproque peut s'expliquer par la méthode de rédaction des traités sous forme d'objectifs³⁵⁷. La qualité de principes directeurs « constitutionnel[s] »³⁵⁸ ou encore « existentiels »³⁵⁹ les a conduits à gagner en influence dans la construction progressive de l'Union européenne. Eu égard au caractère jurisprudentiel des droits fondamentaux de la Communauté, ces principes ont exercé de manière indépendante comme collective une influence non négligeable sur la définition du champ d'application des droits fondamentaux.

³⁵⁶ J. MERTENS DE WILMARS, « Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes », *Cahiers de droit européen*, 1986, n° 1, p. 18.

³⁵⁷ Cf. *infra*, §122.

³⁵⁸ É. DUBOUT, « Être ou ne pas être (du droit) ? ... », *op. cit.*, p. 94.

³⁵⁹ J. MOLINIER, « Principes généraux », *op. cit.*, pt 42.

§2- Les principes directeurs comme instruments de détermination du champ d'application des droits fondamentaux

90. Les principes directeurs et les droits fondamentaux communautaires se rejoignent au titre de leur origine jurisprudentielle commune. Elle est susceptible d'expliquer leur interdépendance, comme en témoigne l'obstacle affronté par la Cour de justice suite à la consécration du principe de primauté dans l'arrêt *Costa c/ E.N.E.L.*³⁶⁰ pour faire accepter sa reconnaissance par les États membres. Le principe de primauté pouvant impliquer la violation par le droit de l'Union des droits fondamentaux garantis par les ordres juridiques internes, les Cours constitutionnelles allemandes et italiennes ont dans un premier temps refusé de le reconnaître³⁶¹. Pour contourner le refus opposé et faire prévaloir le principe de primauté, la Communauté se devait de garantir les droits fondamentaux protégés par les États membres. Une simple reconnaissance de ces différentes protections nationales faisait néanmoins courir le risque de faire perdre la – toute récemment consacrée – autonomie de l'ordre juridique communautaire³⁶². De plus, l'ordre juridique européen bénéficiant de ses propres normes relatives à la mise en place du marché unique, une protection propre des droits fondamentaux issue de multiples sources s'est révélée nécessaire pour garantir l'intégration³⁶³.

En effet, si, au nom de la primauté, la validité d'un acte de droit communautaire ne peut être contrôlée que par rapport à une source de droit communautaire, ce même droit communautaire se doit de garantir des droits fondamentaux au moins équivalents aux droits internes afin d'écarter le risque d'un nivellement par le bas. Se forge alors le constat que c'est bien la volonté de protection des principes directeurs communautaires qui a conduit la Cour de justice à protéger les droits fondamentaux communautaire. C'est également leur nécessaire protection qui a influé sur la circonscription du champ d'application des droits fondamentaux communautaires³⁶⁴. Les décisions *Stauder* et *Internationale*

³⁶⁰ CJCE, 15 juill. 1964, *Costa c/ E.N.E.L.*, prec., p. 1159.

³⁶¹ Cf. *supra*, §47.

³⁶² Cf. *supra*, §83.

³⁶³ A. REMEDÉ, *La protection des droits fondamentaux par la Cour de justice de l'Union européenne*, op. cit., p. 143 ; R. TINIERE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 69 ; T. VON DANWITZ, « L'autonomie du droit de l'Union et la mise en œuvre de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in : *L'identité du droit de l'Union européenne. Mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 545.

³⁶⁴ R. TINIERE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 69.

*Handelsgesellschaft*³⁶⁵ ont été les premières pierres posées à cet édifice³⁶⁶. Dans ces arrêts notamment, la Cour protège les droits fondamentaux en tant que principes généraux et leur donne une signification propre au droit communautaire³⁶⁷. En ce sens, « La Cour de justice s'est efforcée de contrôler l'interprétation de ces droits de telle sorte que la poursuite des objectifs inscrits dans le droit communautaire ne soit jamais réellement compromise »³⁶⁸. L'avis 2/13 rendu en décembre 2014 suit également ce raisonnement, dans la mesure où la Cour juge que « l'autonomie dont jouit le droit de l'Union [...] impose que l'interprétation de ces droits fondamentaux soit assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de l'Union »³⁶⁹. Bien que l'apparition de la protection des droits fondamentaux puisse être imputée directement aux principes de primauté et d'autonomie du droit communautaire, la protection des principes directeurs dans leur ensemble a exercé une influence notoire sur la circonscription de l'étendue du champ d'application des droits fondamentaux. Le principe d'attribution a permis de lui donner une structure (A), tandis que les autres principes directeurs sont venus adapter cette structure à l'exigence de leur protection respective (B), comme de leur protection commune (C).

A) Le rôle déterminant du principe d'attribution

91. Opposition entre principe d'attribution et caractère universel des droits fondamentaux. La protection du principe d'attribution s'est opérée par un encadrement du champ d'application des droits fondamentaux en fonction des compétences de la Communauté. Par conséquent, le développement de la garantie des droits fondamentaux ne peut aller à l'encontre du principe de répartition des compétences³⁷⁰. Claude Blumann estime toutefois que le principe d'attribution, qui divise les compétences entre plusieurs acteurs, ne se prête pas à la garantie des droits fondamentaux car selon la théorie naturaliste,

³⁶⁵ CJCE, 12 nov. 1969, *Stauder*, prec., pt 7 ; CJCE, 17 déc. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, prec., pt 3.

³⁶⁶ Cf. *supra*, §45.

³⁶⁷ L. AZOULAI, « L'effectivité du droit de l'Union et les droits fondamentaux », in : A. BOUVERESSE, D. RITLÉNG (dir.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, op. cit., p. 221.

³⁶⁸ *Ibid.*, p. 221.

³⁶⁹ CJUE, 18 déc. 2014, Avis 2/13, *Adhésion de l'Union à la CEDH*, pt 170.

³⁷⁰ D.H SCHEUING, « Zur Grundrechtsbindung der EU-Mitgliedstaaten », op. cit., p. 178. En ce sens : M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, 11^{ème} éd., op. cit., p. 85 ; É. NEFRAMI, « Quelques réflexions sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et le principe d'attribution », in : *L'identité du droit de l'Union européenne. Mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 431-432 ; J.-M. SAUVE, « La Charte, son champ d'application », in : *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : mode d'emploi*, Colloque organisé au Conseil d'État le 20 novembre 2014 par l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation et la Société de législation comparée, paru dans : *Justice et Cassation*, 2015, n° 9, p. 385 ; R. TINIERE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 174-176.

ceux-ci doivent exister en soi. Au regard de cette antinomie se pose la question de la garantie du principe d'attribution et des droits fondamentaux³⁷¹. En pratique, la délimitation du champ d'application se situe vraisemblablement à la confluence entre les compétences de l'Union et l'universalité des droits fondamentaux. Si le principe d'attribution constitue le fondement de la délimitation du champ d'application des droits fondamentaux communautaires, ceux-ci n'étant effectivement applicables aux États que dans la mise en œuvre du droit communautaire et la Cour de justice devant assurer « le respect du droit dans l'interprétation et l'application du [...] traité »³⁷² uniquement, un certain nombre d'adaptations viennent s'ajouter à cette délimitation un peu abrupte pour la protection de droits fondamentaux. Ces adaptations peuvent résulter d'une part d'une approche moins limitante du principe d'attribution et d'autre part de l'exigence principale de protection à l'encontre des autres principes directeurs.

92. Relativisation du principe d'attribution. Pour Marc Blanquet, le principe d'attribution en tant que tel n'exprime que la « logique des traités ». Dès lors qu'il est appréhendé dans le cadre des Communautés européennes, c'est la « logique de système » qui prime. Bâti sur le principe d'attribution, le système « obéit à ses objectifs et ses exigences propres », ceci au moyen de l'interprétation des compétences assurée par la Cour de justice. Par conséquent, « Les techniques d'attribution des compétences impliquent [...] qu'une large part soit laissée à l'interprétation et celle-ci est faite par le juge, selon les principes de l'intégration européenne, et consiste à effectuer une véritable "reconstitution" [...] de tous les éléments constitutifs des compétences : leur domaine, les pouvoirs associés, et les objectifs poursuivis ». Le principe d'attribution peut donc être appréhendé comme le fondement d'une reconstitution des compétences en fonction des objectifs des traités³⁷³. Le champ d'application des droits fondamentaux communautaires ne se limiterait plus à une séparation stricte des compétences mais aux exigences issues des objectifs poursuivis par les traités. Loïc Azoulai nomme ce phénomène de relativisation du principe d'attribution la « disjonction » des compétences. Selon lui, il existe une dissociation entre *l'existence* de compétences et *l'exercice* de celle-ci. En effet, « La reconnaissance [...] d'une compétence réservée des États membres ne fait pas obstacle à ce que *l'exercice* de cette compétence soit

³⁷¹ C. BLUMANN, « Les compétences de l'Union européenne en matière des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 12.

³⁷² Article 19§1 al. 2 du TUE.

³⁷³ M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, 11^{ème} éd., *op. cit.*, p. 85-86.

soumis au respect des dispositions [du droit de l'Union] »³⁷⁴. Ainsi, selon que l'on prenne en compte l'existence ou l'exercice des compétences, le champ d'application du droit de l'Union ne sera pas identique.

93. Interprétation souple des conséquences du principe d'attribution. Selon Eleftheria Neframi, si le principe d'attribution est une condition stricte à laquelle est soumise le champ d'application des principes généraux, c'est l'interprétation du critère de mise en œuvre du droit communautaire qui détermine les contours du champ d'application. Or, celui-ci est interprété de manière assez large par la Cour. Ainsi, lorsque le principe de coopération loyale étend le champ d'application du droit communautaire dans l'exercice des compétences pourtant réservées aux États membres, il ne recouvre pas strictement la mise en œuvre de ce droit. En effet, « La mise en œuvre du droit de l'Union présupposant l'exercice de sa compétence, retenir le critère de compétence indépendamment de son exercice conduirait à détacher l'application de la Charte de la poursuite des objectifs sectoriels et à ériger la protection des droits fondamentaux en objectifs autonomes »³⁷⁵.

Toujours en raison des objectifs d'intégration poursuivis par les traités et de la création par les traités d'un système européen, le principe d'attribution constitue un fondement du champ d'application des droits fondamentaux mais ne peut être le seul. Ainsi, la garantie des principes directeurs exposés vient adapter le champ d'application des droits fondamentaux communautaires à d'autres exigences.

B) L'influence des autres principes directeurs

94. Influence de la protection des principes de primauté et d'unité. Afin de garantir la primauté du droit communautaire, il est d'une part nécessaire que le champ d'application des droits fondamentaux comprenne toute situation dans laquelle les institutions ou organes de la Communauté seraient liés aux droits fondamentaux, ceci que la mesure en cause ait été prise par les organes, les institutions ou les États membres. Il serait, en effet, absurde que, dans une même situation touchant au droit communautaire, le respect d'un droit fondamental garanti par la Communauté soit assuré dans le cadre de l'action d'un organe

³⁷⁴ L. AZOULAI, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *RTD Eur.*, 2008, n° 1, p. 29-46. Sur cette distinction, cf. *supra*, §71.

³⁷⁵ É. NEFRAMI, « Quelques réflexions sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et le principe d'attribution », *op. cit.*, p. 434-436.

de la Communauté mais pas dans le cadre de l'action d'un État membre. Cela conduirait à une violation de la primauté du droit communautaire³⁷⁶.

D'autre part, afin de garantir le respect de la primauté et de l'unité, la Cour de justice a étendu le champ d'application des droits fondamentaux communautaires jusqu'aux éventuelles atteintes à des droits fondamentaux nationaux par des actes communautaires. En effet, le recours au droit interne pour juger de la validité d'un acte communautaire fait courir le risque de lui faire perdre son caractère communautaire³⁷⁷. Il est donc nécessaire que les droits fondamentaux recouvrent le droit communautaire aussi largement que possible, afin de ne pas laisser d'espace sans protection, au risque que les juridictions nationales appliquent leurs règles constitutionnelles nationales pour combler le vide et fassent disparaître l'unité, et par conséquent la primauté, du droit communautaire. C'est également la raison pour laquelle la Cour de justice assure elle-même, par le biais notamment du mécanisme préjudiciel, le contrôle des actes de mise en œuvre du droit communautaire par les États membres au regard des droits fondamentaux européens. Sans cela, il pourrait se trouver un hiatus dans l'unité d'application du droit communautaire au motif que les juges nationaux auraient contrôlé au regard de leurs droits fondamentaux nationaux ou même simplement interprété les droits fondamentaux nationaux en fonction de leurs références nationales³⁷⁸.

95. Influence de la protection des principes d'effectivité et d'effet direct. La garantie du principe d'effectivité passe quant à elle par son application la plus large au sein du droit communautaire. Par conséquent, les droits fondamentaux doivent également garantir son respect. Or, Édouard Dubout estime que si le champ d'application des droits fondamentaux contient deux grandes catégories de situations que sont l'exécution du droit communautaire et les dérogations à ce dernier, le principe d'effectivité pourrait conduire à ajouter d'autres situations au champ d'application des droits fondamentaux. Il prend pour exemple les situations des arrêts *Mangold* et *Kücükdeveci*³⁷⁹ où la Cour, en ignorant la qualification de litige horizontal qui exclut l'effet direct de certains actes, a estimé que les

³⁷⁶ M. RUFFERT, « Die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft als Verpflichtete der Gemeinschaftsgrundrechte », *EuGRZ*, 1995, n° 20-21, p. 523.

³⁷⁷ CJCE, 17 déc. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, prec., pt 3.

³⁷⁸ R. TINIERE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 172. En ce sens : J.-M. SAUVE, « La Charte, son champ d'application », op. cit., p. 385.

³⁷⁹ CJCE, GC, 22 nov. 2005, aff. C-144/04, *Mangold*, pts 77-78 ; CJUE, GC, 19 janv. 2010, aff. C-555/07, *Kücükdeveci*, pts 45-48.

situations en cause appartenaient tout de même au champ d'application du droit de l'Union afin de garantir le principe d'effectivité ou le « plein effet » du droit communautaire³⁸⁰.

De la même manière, l'avocat général Miguel Poiares Maduro avait proposé dans ses conclusions sur l'affaire *Centro Europa 7* une approche plus naturaliste des droits fondamentaux communautaires³⁸¹. Selon lui, ceux-ci doivent être protégés pour eux-mêmes et non pas uniquement lorsqu'ils sont en lien avec un élément de droit communautaire. Par conséquent, en cas de risque de violation grave et manifeste des droits fondamentaux communautaires qui priverait de toute effectivité les droits protégés, il serait indispensable de rendre l'ensemble des droits fondamentaux applicables sans condition d'appartenance d'une situation au champ d'application des droits fondamentaux³⁸². La protection du principe d'effectivité peut donc faire varier le champ d'application des droits fondamentaux communautaires en fonction des exigences qu'une telle protection nécessite.

Outre les principes directeurs pris indépendamment, il apparaît que leur profonde interdépendance a également joué un rôle dans l'adaptation du champ d'application des droits fondamentaux autour du principe d'attribution.

C) L'influence de l'interdépendance des principes directeurs

96. Influence de l'interdépendance des principes directeurs. Comme apparu dans la définition des différents principes directeurs, ceux-ci témoignent d'une interdépendance profonde qui trouve sa source dans leur caractère jurisprudentiel et dans la formulation des traités sous forme d'objectifs. Cette interdépendance produit également des effets sur la délimitation du champ d'application des droits fondamentaux, étant donné que la Cour de justice les utilise régulièrement de manière combinée pour fonder l'interprétation proposée³⁸³. Néanmoins, cette opposition peut également servir une approche plus évolutive du champ d'application des droits fondamentaux que celle fondée sur le strict principe d'attribution. Dans l'arrêt *Julian Hernández*, la Cour estime ainsi qu'une protection nationale des droits fondamentaux pour certaines réglementations nationales risquerait de porter atteinte aux principes d'unité, de primauté ou encore d'effectivité du droit de l'Union³⁸⁴. Il importe donc de vérifier la présence d'un tel risque pour déterminer

³⁸⁰ É. DUBOUT, « Être ou ne pas être (du droit) ? ... », *op. cit.*, p. 99-100.

³⁸¹ Conclusions de l'avocat général Miguel Poiares Maduro présentées le 12 septembre 2007, pt 19, sous CJCE, 31 janv. 2008, aff. C-380/05, *Centro Europa 7*.

³⁸² É. DUBOUT, « Être ou ne pas être (du droit) ? ... », *op. cit.*, p. 99-100.

³⁸³ En ce sens : L. AZOULAI, « L'effectivité du droit de l'Union et les droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 223.

³⁸⁴ CJUE, 10 juill. 2014, aff. C-198/13, *Julian Hernández e.a.*, pts 47-48.

si l'acte national d'autorité public en cause appartient ou non au champ d'application des droits fondamentaux communautaires³⁸⁵. On remarque que la même logique est à l'œuvre dans l'arrêt *Åkerberg Fransson*³⁸⁶ avec le principe d'effectivité. L'intérêt est de déterminer si la situation en cause affecte directement et concrètement l'Union³⁸⁷. De ce raisonnement, il ressort que « La caractéristique du travail de la Cour est de toujours ménager une place aux exigences découlant des droits fondamentaux tout en s'efforçant de les placer dans un cadre sensible aux autres intérêts de l'Union »³⁸⁸. Ces « autres intérêts » de l'Union, qui correspondent notamment aux principes directeurs, tiennent néanmoins une place plus élevée dans la hiérarchie appliquée par la Cour³⁸⁹. Selon les propos de Myriam Benlolo Carabot, « Cette analyse ne fait finalement que confirmer une seule et même ligne de force dans la jurisprudence de la Cour de justice. Quelles que soient les craintes suscitées par certaines formulations floues ou sibyllines, le juge de l'Union poursuit toujours un même objectif, n'admettre l'applicabilité de la Charte des droits fondamentaux que pour préserver les caractéristiques fondamentales de l'ordre juridique de l'UE, caractéristiques existentielles et affirmées depuis toujours par le juge de l'UE »³⁹⁰.

97. Conclusion. L'exigence de respect des principes directeurs communautaires a contribué à la délimitation du champ d'application des droits fondamentaux de manière certaine. Les droits fondamentaux ayant été développés pour permettre la pleine application des différents principes, ils épousent un champ d'application qui s'apparente à celui du droit communautaire. Outre le principe d'attribution, qui détermine la répartition des compétences et de ce fait la structure du champ d'application des droits fondamentaux, l'exigence de protection des principes directeurs et venue compléter cette structure et la rendre plus modulable. Cette modularité constitue le cœur de la question de la délimitation du champ d'application des droits fondamentaux, en ce qu'il est plus difficilement saisissable. Elle se révèle en effet très casuistique compte-tenu de la qualité de la Cour qui ne peut être saisie que dans le cadre d'un litige. Si ces principes ne sont pas les seuls éléments de détermination du champ d'application des droits fondamentaux, ils y ont

³⁸⁵ G. BRITZ, « Grundrechtsschutz durch das Bundesverfassungsgericht und den Europäischen Gerichtshof » [en ligne], 6 octobre 2014, p. 6, [consulté le 20 novembre 2017], intervention disponible sous : www.uni-giessen.de

³⁸⁶ CJUE, GC, 26 fév. 2013, aff. C-617/10, *Åkerberg Fransson*, pt 26.

³⁸⁷ M. BENLOLO CARABOT, « La mise en œuvre de la Charte », in : *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : mode d'emploi*, op. cit., p. 448.

³⁸⁸ L. AZOULAI, « L'effectivité du droit de l'Union et les droits fondamentaux », op. cit., p. 239.

³⁸⁹ *Ibid.*, p. 221.

³⁹⁰ M. BENLOLO CARABOT, « La mise en œuvre de la Charte », op. cit., p. 448.

contribué par des logiques propres aujourd'hui reconnues par l'ensemble des États membres.

Conclusion de Chapitre

98. Les délimitations générales du champ d'application des droits fondamentaux développés par la Cour de justice sous forme de principes généraux trouvent leur origine dans les traités d'une part et dans les principes directeurs d'autre part. Des traités, la Cour de justice a retenu une absence de compétence générale de la Communauté en matière de droits fondamentaux. Ceux-ci s'appliquent nécessairement de manière accessoire à une mesure de droit communautaire. Un lien entre la situation en cause et le droit communautaire doit donc exister. Des principes directeurs, la Cour de justice a dégagé la structure du champ d'application des droits fondamentaux, ainsi qu'un revêtement plus souple permettant des adaptations nécessaires aux spécificités du projet communautaire. Ces principes directeurs témoignent de la contradiction inhérente à l'Union européenne en matière de délimitation du champ d'application : si le principe d'attribution se réfère à *l'existence* des compétences, la garantie de l'intégration européenne par les autres principes directeurs rend indispensable la prise en compte de *l'exercice* de ces compétences. La construction en système de la Communauté à partir de traités visant des objectifs par secteurs a ainsi exigé un effort d'interprétation et des adaptations continues pour libérer un espace de réalisation de cette ambition.

99. Pour toutes ces raisons, le champ d'application ne peut être appréhendé en termes d'élargissement ou de rétrécissement au fil des décisions rendues par la Cour de justice. Bien plus, il s'agit de comprendre la logique qui guide son interprétation par la Cour. Deux constellations principales semblent se dégager à l'intérieur du champ d'application : l'exécution du droit communautaire et sa limitation. La modification des traités par le biais du traité de Lisbonne et l'intégration de la Charte dans le droit primaire ont permis de confirmer ces observations et d'affiner la logique poursuivie par la Cour de justice dans son interprétation du champ d'application des droits fondamentaux.

Chapitre 2. Les conséquences de l'entrée en vigueur de la Charte

100. En apparence, l'adoption de la Charte est venue modifier l'ordre préétabli des droits fondamentaux au sein de l'Union. Rédigée en 2000, la Charte n'est entrée en vigueur que le 1^{er} décembre 2009 par l'intermédiaire du traité de Lisbonne. Contrairement à la répartition prévue par le projet de traité constitutionnel³⁹¹, le texte n'est pas directement compris dans le corps des TUE et TFUE ; il y est seulement fait référence à l'article 6§1 du TUE. Pour autant, le caractère contraignant de cette référence conduit à faire de la Charte un texte de droit primaire à part entière.

En matière juridictionnelle, les avocats généraux³⁹², les requérants³⁹³ et l'ancien Tribunal de première instance des Communautés européennes³⁹⁴ s'étaient déjà saisis de la Charte entre sa proclamation et son entrée en vigueur. La Cour de justice y a fait référence pour la première fois en 2006, sans pour autant lui reconnaître un effet contraignant. La référence résultait uniquement du fait que la directive en cause dans l'affaire renvoyait elle-même à la Charte pour son interprétation³⁹⁵. C'est seulement au lendemain de l'entrée en vigueur officielle du traité de Lisbonne que la Charte est reconnue par la Cour de justice comme une source de droit contraignante³⁹⁶.

Néanmoins, son champ d'application, selon lequel « Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union [...], ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union »³⁹⁷, reste relativement flou au regard de la jurisprudence antérieure relative aux principes généraux du droit de l'Union. Les décisions qui ont suivi l'entrée en vigueur de la Charte ne répondent qu'au cas par cas à ces incertitudes et un certain nombre d'appels à définir une ligne claire de la part des avocats généraux ont été nécessaires³⁹⁸ pour que la question du champ

³⁹¹ Partie II du traité établissant une Constitution pour l'Europe.

³⁹² Par exemple : Conclusions de l'avocat général Siegbert Alber présentées le 1^{er} février 2001, sous CJCE, 17 mai 2001, aff. C-340/99, *TNT Traco* ; Conclusions de l'avocate Générale Christine Stix-Hackl présentées le 28 novembre 2002, sous CJCE, 11 mars 2003, aff. C-186/01, *Dory*.

³⁹³ TPICE, 20 fév. 2001, aff. T-112/98, *Mannesmannröhren-Werke c/ Commission*.

³⁹⁴ TPICE, 21 mai 2001, aff. T-52/01, *Schäfer c/ Commission*.

³⁹⁵ CJCE, GC, 27 juin 2006, aff. C-540/03, *Parlement c/ Conseil*.

³⁹⁶ CJUE, GC, 19 janv. 2010, aff. C-555/07, *Küçükdeveci*.

³⁹⁷ Article 51§1 première phrase de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

³⁹⁸ Conclusions de l'avocate générale Eleanor Sharpston présentées le 30 septembre 2010, sous CJUE, GC, 8 mars 2011, aff. C-34/09, *Ruiz Zambrano* ; Conclusions de l'avocat général Yves Bot présentées le 5 avril 2011, sous CJUE, GC, 6 sept. 2011, aff. C-108/10, *Scattolon* ; Conclusions de l'avocate générale Juliane

d'application soit enfin abordée de manière moins casuistique. Entre-temps, une multitude d'interprétations ont été apportées par les doctrines et juridictions des différents États membres au détriment de l'exigence d'interprétation uniforme. Il apparaît dès lors indispensable de rendre compte des différents modes d'interprétation de l'article 51§1 de la Charte conformément aux méthodes d'analyse du droit de l'Union (Section 1) afin de comprendre la logique qui sous-tend la confirmation par la Charte du champ d'application des principes généraux (Section 2).

Section 1. Les interprétations concurrentes de l'article 51§1 de la Charte

101. L'article 51§1 consacre le champ d'application de la Charte. Il prévoit que les États membres sont contraints au respect de la Charte « uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ». Au regard de la jurisprudence relative aux principes généraux du droit et des explications afférentes à la Charte, cette formule n'est pas dépourvue d'ambiguïté. Les méthodes d'interprétation employées par la Cour de justice de l'Union doivent donc être exploitées afin de clarifier le champ d'application de la Charte. Selon Josse Mertens de Wilmars, ancien président de la Cour de justice, ces méthodes partent de la prémisse que l'Union est un « système juridique qui, bien qu'encore inachevé et en voie d'élaboration, est, de par sa nature, un système complet dans lequel il n'y a pas de place pour le non liquet. [...] Il en résulte que le juge communautaire ne peut prendre prétexte de l'obscurité ou du silence de la loi pour refuser de dire le droit. Cette exigence impose le recours aux différentes méthodes d'interprétation qui, soit isolément, soit combinées entre elles peuvent assurer la cohérence de cet ordre juridique complet »³⁹⁹. À ce titre, la Cour de justice utilise différentes méthodes d'interprétation⁴⁰⁰, de manière parallèle ou cumulative

Kokott présentées le 15 décembre 2011, sous CJUE, GC, 5 juin 2012, aff. C-489/10, *Bonda* ; Conclusions de l'avocate générale Verica Trstenjak présentées le 22 septembre 2011, sous CJUE, GC, 21 décembre 2011, aff. C-411 et 493/10, *N. S. e.a.* ; Conclusions de l'avocat général Pedro Cruz Villalón présentées le 12 juin 2012, sous CJUE, GC, 26 fév. 2013, aff. C-617/10, *Åkerberg Fransson*.

³⁹⁹ J. MERTENS DE WILMARS, « Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes », *Cahiers de droit européen*, 1986, n° 1, p. 9.

⁴⁰⁰ Nous nous fonderons sur celles citées dans : *Ibid.*, p. 9. Sur l'origine de ces méthodes d'interprétation, voir : K.-P. SOMMERMAN, « (§16) Funktionen und Methoden der Grundrechtsvergleichung », in : D. MERTEN, H.-J. PAPIER (éd.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, vol. 1 : Entwicklung und Grundlagen, Heidelberg, C.F. Müller, 2004, pt 32.

et de manière plus ou moins décisive pour chacune⁴⁰¹. S'agissant de l'interprétation de l'article 51§1 de la Charte, quatre méthodes principales peuvent être distinguées. Elles se différencient selon que leur approche se fonde sur des aspects formels (§1) ou substantiels (§2) des textes. Si, en l'espèce, l'exégèse n'est pas appréhendée comme une méthode en tant que telle, c'est que le courant exégétique, c'est-à-dire la recherche de la pensée de l'auteur, pénètre plusieurs de ces méthodes⁴⁰². De même, l'analyse comparée des différences tant linguistiques que culturelles, si elle est très pratiquée car adaptée au système de l'Union, ne sera pas utilisée comme une méthode à part entière en l'espèce. En effet, l'article 51§1 de la Charte étant sans équivalent en droit national, une analyse comparée autonome par rapport aux autres méthodes se révèle peu pertinente. Toutefois, au même titre que l'approche exégétique, la comparaison infuse les autres méthodes.

§1- Le recours aux méthodes formelles d'interprétation

102. Deux méthodes d'interprétation utilisées par la Cour de justice se concentrent sur l'aspect formel du texte. Il s'agit de la méthode sémantique, également appelée littérale ou grammaticale, et de la méthode historique. Elles se distinguent par le fait que la première s'attache à interpréter les termes d'un texte, sa grammaire ou encore sa structure linguistique⁴⁰³, tandis que la seconde se concentre sur l'histoire de la norme et de son élaboration⁴⁰⁴. Afin d'obtenir une première interprétation de l'article 51§1 de la Charte, la lettre de l'article (A) et son histoire (B) doivent être analysées.

⁴⁰¹ H. KUTSCHER, « Méthodes d'interprétation vues par un juge à la Cour », in : COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES (éd.), *Rencontre judiciaire et universitaire 27-28 septembre 1976*, Luxembourg, Office des publications officielles des communautés européennes, 1976, p. I-15-I-16.

⁴⁰² Méthode sémantique ou grammaticale : H. KUTSCHER, *Ibid.*, p. I-15 ; J. MERTENS DE WILMARS, « Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes », *op. cit.*, p. 9 et s. Méthode historique : J. MERTENS DE WILMARS, *Ibid.*, p. 14 ; R. TINIERE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 101-102. Méthode systématique : H. RABAULT, « Le problème de l'interprétation de la loi : la spécificité de l'herméneutique juridique » [en ligne], *Le portique - Revue de philosophie et de sciences humaines*, 2005, n° 15, pt 16, disponible sous : <https://journals.openedition.org/leportique/587>

⁴⁰³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 13^{ème} éd., Paris, PUF, 2020, « littéral », p. 616 ; Dictionnaire CNRTL [en ligne], définition de « sémantique », www.cnrtl.fr/definition/ ; M. WENDEL, « Die Auslegung der Verfassung für Europa – Interpretationsgrundsätze und die Bedeutung der Erläuterungen des Konventspräsidiums nach Art. II-112 Abs. 7 VVE » [en ligne], *WHI – Paper*, février 2005, n° 4/05, p. 7, disponible sous : www.whi-berlin.de/

⁴⁰⁴ Dictionnaire CNRTL [en ligne], définition de « historique », www.cnrtl.fr/definition/ ; J. MERTENS DE WILMARS, « Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes », *op. cit.*, p. 14 ; R. TINIERE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 101-102 ; M. WENDEL, « Die Auslegung der Verfassung für Europa ... », *op. cit.*, p. 9.

A) Analyse sémantique de l'article 51§1

103. Termes de « mise en œuvre ». La méthode sémantique s'attache à interpréter un texte par ses termes. En raison du grand nombre de langues officielles dans l'Union européenne, elle intègre naturellement une dimension de linguistique comparative⁴⁰⁵. L'article 51§1 de la Charte s'adresse aux États membres lorsqu'ils « mettent en œuvre » le droit de l'Union. Bien que de nombreuses interprétations sémantiques de cet article ait été proposées par la doctrine allemande⁴⁰⁶, nous nous attacherons à présenter une interprétation propre.

La locution « mise en œuvre » peut être définie comme le fait d'« employer en vue d'une application pratique » ou de « mettre en pratique »⁴⁰⁷ un texte de droit de l'Union. Ils se rapproche du terme « appliquer », qui signifie « Utiliser des principes, des règles abstraites dans un cas particulier, pour régler un problème concret. Faire passer du domaine de la théorie à celui de la pratique [...]. Mettre en pratique les dispositions d'une loi, d'un règlement dans tel cas particulier ». Ces deux expressions rejoignent donc l'idée de faire passer un texte de son énoncé à la pratique. Cette intention se retrouve également dans les versions allemande, italienne, espagnole et même anglaise de l'article 51§1. En allemand, le terme « *Durchführung* » se traduit par l'exécution, la réalisation, la mise en pratique de quelque chose⁴⁰⁸. La particule séparable « *durch* » exprime le passage à travers quelque chose et « *führen* » le fait de guider, de conduire. Ainsi, « *etwas durchführen* » pourrait revenir à conduire un texte pour le faire passer de la théorie à la pratique. En italien, « *attuazione* » évoque également la réalisation, l'exécution d'un texte⁴⁰⁹ tandis que le terme

⁴⁰⁵ CJCE, 12 nov. 1969, aff. C-29/69, *Stauder c/ Stadt Ulm*, pt 3.

⁴⁰⁶ E.M. FRENZEL, « Die Charta der Grundrechte als Maßstab für mitgliedstaatliches Handeln zwischen Effektivierung und Hyperintegration », *Der Staat*, 2014, vol. 53, n° 1, p. 3 ; J. GERKRATH, « Als krönender Abschluss des Grundrechtsschutzes in der EU verlangt die Charta nach einer breiten und dezentralisierten Anwendung », in : J. MASING, M. JESTAEDT, D. CAPITANT *et al.* (éd.), *Strukturfragen des Grundrechtsschutzes in Europa*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, p. 18 ; A. GROBE WENTRUP, *Die Europäische Grundrechtecharta im Spannungsfeld der Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten : eine Untersuchung am Beispiel von Art. 14 und Art. 16 EuGRC*, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, p. 66-69 ; J. HEUER, *Artikel 51 Abs. 1 Satz 1 GRC : Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte*, Munich, éd. Herbert Utz, 2014, p. 173-177 ; B. MAIER, *Grundrechtsschutz bei der Durchführung von Richtlinien – Eine Analyse im Spannungsfeld von Grundrechten der Europäischen Union, nationalen Grundrechten und EMRK-Rechten*, Nomos, Baden-Baden, 2013, p. 152-153 ; F. SCHORKOPF, « (§3) Grundrechtsverpflichtete », in : A. HATJE, P.-C. MÜLLER-GRAFF, C. GRABENWARTER (éd.), *Enzyklopädie Europarecht*, vol. 2 : Europäischer Grundrechtsschutz, Baden-Baden, Nomos, 2014, pts 26-27.

⁴⁰⁷ J. REY-DEBOVE, A. REY, P. ROBERT (dir.), *Le Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Le Robert, 2017, « œuvre », p. 1731.

⁴⁰⁸ M. DOUCET, K. FLECK, *Dictionnaire juridique et économique. Allemand-Français*, Tome 2, 7^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2012, « Durchführung », p. 220.

⁴⁰⁹ Dictionnaire Larousse [en ligne], définition de « *attuazione* », www.larousse.fr/dictionnaires/italien-francais/

espagnol « *aplicar* » peut se traduire par le fait d'appliquer quelque chose⁴¹⁰. En anglais, « *implementing* » signifie en langage informatique la « mise en place sur un ordinateur d'un système d'exploitation ou d'un logiciel adapté aux besoins et à la configuration informatique de l'utilisateur »⁴¹¹. Dans cette définition, l'idée d'adaptation d'une théorie à la pratique ressort également de manière manifeste. La mise en œuvre du droit européen consiste donc, d'un point de vue littéral, à utiliser les règles abstraites de droit de l'Union pour les appliquer à des situations concrètes.

104. Terme « uniquement ». L'article 51§1 adjoint à la limitation du champ d'application de la Charte aux États membres dans la « mise en œuvre » du droit de l'Union l'adverbe « uniquement ». Ce dernier restreint la locution même de « mise en œuvre ». Il se définit comme « à l'exclusion de toute autre chose »⁴¹² et se rapporte à l'adverbe « exclusivement ». Ces deux termes expriment en commun l'idée que la « mise en œuvre » du droit de l'Union se limite non seulement à ce domaine, mais en exclue également tous les autres. Si la version espagnole « *únicamente* » se traduit par « uniquement », les versions allemande, italienne, polonaise et anglaise semblent plutôt se traduire par l'adverbe « exclusivement » : tant « *ausschließlich* » en allemand⁴¹³, que « *esclusivamente* » en italien⁴¹⁴ ou « *wyłącznie* » en polonais⁴¹⁵ expriment l'idée d'exclusion de tout ce qui n'entre pas dans le domaine déterminé, à savoir la mise en œuvre du droit de l'Union. Le terme anglais « *only* » se traduirait plutôt par « seulement », soit « sans rien de plus que ce qui est indiqué »⁴¹⁶. Il rejoint à ce titre la notion d'exclusion de ce qui n'entre pas dans le domaine déterminé. Ainsi, d'après l'interprétation sémantique des termes de la Charte, les États membres seraient liés par elle exclusivement lorsqu'ils concrétisent une règle de droit de l'Union en l'appliquant à un cas particulier. Les situations qui ne concrétiseraient pas le droit de l'Union seraient exclues du champ d'application de la Charte. L'analyse sémantique de l'article 51§1 interprète donc le champ d'application de manière assez restrictive. Cette approche semble plus restrictive encore une fois confrontée

⁴¹⁰ Dictionnaire *Larousse* [en ligne], définition de « *aplicar* », www.larousse.fr/dictionnaires/espagnol-francais/

⁴¹¹ Dictionnaire *Larousse* [en ligne], définition de « implémentation » (référence à l'anglais *implemantation*), www.larousse.fr/dictionnaires/francais/

⁴¹² Dictionnaire *CNRTL* [en ligne], définitions de « uniquement » et « exclusivement », www.cnrtl.fr/definition/ ; J. REY-DEBOVE, A. REY, P. ROBERT (dir.), *Le Petit Robert*, op. cit., « uniquement » et « exclusivement », p. 971 et 2657.

⁴¹³ M. DOUCET, K. FLECK, *Dictionnaire juridique et économique*, op. cit., « *ausschließlich* », p. 94.

⁴¹⁴ Dictionnaire *Larousse* [en ligne], définition de « *esclusivamente* », www.larousse.fr/dictionnaires/italien-francais/

⁴¹⁵ Dictionnaire *Linguee* [en ligne], définition de « *wyłącznie* », www.linguee.fr/francais-polonais/

⁴¹⁶ Dictionnaire *Larousse* [en ligne], définition de « *only* », www.larousse.fr/dictionnaires/anglais-francais/

aux termes utilisés par la Cour de justice dans sa jurisprudence relative aux principes généraux.

105. Termes de « cadre » et de « champ d'application » du droit communautaire.

Dans les deux décisions emblématiques rendues par la Cour avant l'entrée en vigueur de la Charte, les décisions *Wachauf* et *ERT*, il est question tant de la « mise en œuvre des réglementations communautaires »⁴¹⁷, que du « cadre du droit communautaire »⁴¹⁸ ou du « champ d'application du droit communautaire »⁴¹⁹. Le « cadre » signifie « la limite assignée » à la matière, sa circonscription⁴²⁰ et comprend en ce sens ce qui est à l'intérieur des limites que constitue le droit communautaire en général. L'acception paraît dès lors beaucoup plus large que celle de « mise en œuvre » du droit de l'Union. De même, la notion de « champ d'application » renvoie d'une part à l'application, qui consiste à passer de la théorie à la pratique, et d'autre part au « champ », espace, domaine ou périmètre, sur lequel se situe une activité⁴²¹. L'association des deux permet donc de définir le champ d'application du droit communautaire comme le domaine à l'intérieur duquel les règles formelles de l'Union sont mises en pratique. Cela renvoie à la notion de « mise en œuvre », mais en l'inscrivant dans une perspective moins restrictive : si la notion d' « application » renvoie à l'activité des États membres, celle de « champ » replace le domaine d'activité au niveau de l'Union. C'est le droit de l'Union qui détermine le champ que les États membres sont amenés à appliquer. Par conséquent, les termes consacrés par la jurisprudence de la Cour renvoient à un champ d'application moins restrictif que ceux utilisés dans la Charte.

Dans les autres langues, les termes utilisés par la jurisprudence rejoignent cette dissociation. Dans l'arrêt *ERT*⁴²² ils désignent l'idée de « champ d'application » (*Anwendungsbereich* en allemand, *scope* en anglais, *settore di applicazione* en italien, *campo de aplicación* en espagnol ou encore *toepassingsgebied* en néerlandais). Il en va de même pour la formulation « dans le cadre du droit communautaire » des arrêts *Wachauf* et *ERT*⁴²³. En revanche, alors que la locution française « mise en œuvre » inscrite dans la

⁴¹⁷ CJCE, 13 juill. 1989, aff. C-5/88, *Wachauf c/ Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, pt 19.

⁴¹⁸ CJCE, 13 juill. 1989, *Wachauf*, prec., pt 17 ; CJCE, 18 juin 1991, aff. C-260/89, *ERT c/ DEP*, pt 42.

⁴¹⁹ CJCE, 18 juin 1991, *ERT*, prec., pt 42.

⁴²⁰ Dictionnaire CNRTL [en ligne], définitions de « cadre », www.cnrtl.fr/definition/ ; J. REY-DEBOVE, A. REY, P. ROBERT (dir.), *Le Petit Robert*, op. cit., « cadre », p. 325.

⁴²¹ Dictionnaire CNRTL [en ligne], définitions de « champ », www.cnrtl.fr/definition/ ; J. REY-DEBOVE, A. REY, P. ROBERT (dir.), *Le Petit Robert*, op. cit., « champ », p. 393.

⁴²² CJCE, 18 juin 1991, *ERT*, prec., pt 42.

⁴²³ En allemand : « *Im Rahmen des Gemeinschaftsrechts* ». En anglais : « *the scope of Community law* »/« *the context of Community law* », la notion de « *context* » étant encore plus large que celle de « *scope* ». En italien : « *nell'ambito del diritto comunitario* ». En espagnol : « *ordenamiento comunitario* » renvoi au cadre ou à l'ordre communautaire/« *el marco del Derecho comunitario* ». En néerlandais : « *binnen het kader van het*

Charte provient de la jurisprudence *Wachauf*, les versions italiennes et néerlandaises ne reprennent pas dans l'article 51§1 un terme exactement identique à celui de l'arrêt. En italien, la Charte consacre le terme « *attuazione* » (mise en œuvre), alors que la Cour avait utilisé celui de « *esecuzione* » (exécuter). En néerlandais, c'est « *ten uitvoer brengen* » (mettre en œuvre) qui est consacré dans la Charte et « *uitvoering* » (exécuter) qui apparaît dans la jurisprudence. On peut déduire de cette distinction que les différentes versions linguistiques jurisprudentielles ont été unifiées lors de la rédaction de la Charte : les versions linguistiques jurisprudentielles italienne et néerlandaise, plus restrictives (exécution), ont été alignés sur les autres versions linguistiques jurisprudentielles, légèrement moins restrictives (mise en œuvre), afin de neutraliser sur ce point les divergences liés à la traduction des arrêts.

Par conséquent, la différence qui apparaît dans les versions françaises entre « mise en œuvre » et « champ d'application » du droit de l'Union se retrouve dans presque toutes les langues analysées. La différence de vocabulaire existant entre la Charte et les arrêts *Wachauf* et *ERT* pose donc réellement la question de l'étendue du champ d'application de la Charte. La formulation retenue à l'article 51§1 étant la plus restrictive, le champ d'application des droits fondamentaux de l'Union doit être relativement restreint selon l'interprétation sémantique⁴²⁴. Il ne concerne en ce sens que la stricte concrétisation du droit de l'Union par les États membres. Un certain nombre d'imprécisions intrinsèques à l'interprétation sémantique permettent, cependant, de présumer que cette méthode ne peut donner une réponse entièrement satisfaisante à elle seule.

106. Imprécisions intrinsèques à la méthode sémantique. L'analyse sémantique a permis de mettre en lumière la difficulté liée aux impératifs de traduction. Ceux-ci conduisent à ce que des termes utilisés pour désigner une même situation ne soient pas toujours équivalents d'une langue à l'autre. Lors de la rédaction de la Charte, le fait que la Convention de rédaction ait repris les termes de l'arrêt *Wachauf* a été revendiqué. Pour autant, cela ne semble être le cas ni en italien, ni en néerlandais. De plus, la notion française

gemeenschapsrecht »/« *in het raam van het gemeenschapsrecht* », renvoi au cadre ou à la fenêtre du droit communautaire.

⁴²⁴ M. BLECKMANN, *Nationale Grundrechte im Anwendungsbereich des Rechts der Europäischen Union : die Kooperation des Grundrechtsschutzes in der Europäischen Union unter Berücksichtigung der besonderen Ausprägungen des nationalen Grundrechtsschutzes*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, p. 135 ; H.-P. FOLZ, in : C. VEDDER, W. HEINTSCHEL VON HEINEGG (éd.), *Europäisches Unionsrecht : EUV, AEUV, GRCh*, 2^{ème} éd., Baden-Baden, Nomos, 2018, Art. 51 GR-Charta, pts 5-6 ; W. FRENZ, *Handbuch Europarecht*, vol. 4 : Europäische Grundrechte, Berlin, Springer, 2009, pts 275-276 ; J. MALL, *Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte – Artikel 51 Abs. 1 S. 1 GRCh und das Protokoll Nr. 30 über die Anwendung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union auf Polen und das Vereinigte Königreich*, Francfort-sur-le-Main, Peter Lang, 2012, p. 90.

de « cadre du droit communautaire » n'apparaît pas dans toutes les versions linguistiques des arrêts *Wachauf* et *ERT* de manière exactement identique. Ces divergences s'expliquent par la nature sociale de la science de la traduction, qui en font une science en partie subjective et fondée sur des hypothèses, c'est-à-dire sans vérité absolue des résultats qu'elle produit.

S'agissant de la traduction en droit de l'Union, les termes juridiques utilisés dans chacune des langues officielles se réfèrent inévitablement à une culture juridique et à une histoire propre, qui leurs donnent un sens unique. Dans l'absolu, certains estiment d'ailleurs qu'aucun terme ne peut être traduit sans en altérer la substance⁴²⁵. Les analyses linguistiques comme les traductions entre différentes versions ne peuvent donc atteindre un niveau d'exactitude parfait. À cela s'ajoute que les traductions effectuées au sein de l'Union le sont par des traducteurs et non par les rédacteurs eux-mêmes. La volonté des membres de la Convention comme celle de la Cour de justice ne peut donc être réputée exactement incarnée dans chacune des versions linguistiques existantes. En outre, si les différentes versions linguistiques devaient ne pas coïncider entre elles, il n'existe pour l'heure aucune règle permettant d'en privilégier une par rapport aux autres⁴²⁶.

107. Conséquences sur l'importance donnée aux résultats de cette méthode. Du fait de ces imprécisions intrinsèques, l'interprétation sémantique ne peut donner à elle seule une réponse pleinement satisfaisante⁴²⁷. Il serait donc insuffisant de se fonder uniquement sur l'analyse sémantique pour interpréter un texte de droit de l'Union. C'est également l'avis de la Cour de justice qui a, dès 1960, exposé qu'elle « ne saurait se contenter de l'interprétation littérale et qu'elle estime nécessaire de contrôler si cette interprétation est confirmée par d'autres critères ayant trait notamment à la volonté commune des Hautes Parties contractantes et à la *ratio legis* »⁴²⁸. Au demeurant, deux anciens présidents de la Cour, Hans Kutscher et Josse Mertens de Wilmars, estiment qu'une interprétation littérale

⁴²⁵ Voir l'exemple du mot « *pain* » ou « *Brot* » prit par Walter Benjamin, selon qui ce même terme signifie deux choses différentes pour le Français et l'Allemand car la représentation mentale que chacun s'en fait est différente : W. BENJAMIN, « La tâche du traducteur », avant-propos de la traduction de C. BEAUDELAIRE, *Tableaux parisiens*, Heidelberg, éd. Richard Weißbach, 1923.

⁴²⁶ R. TINIERE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 100.

⁴²⁷ H.-P. FOLZ, op. cit., Art. 51 GR-Charta, pt 12 ; A. GROBE WENTRUP, *Die Europäische Grundrechtecharta im Spannungsfeld der Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten*, op. cit., p. 65 ; J. MALL, *Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte*, op. cit., p. 90.

⁴²⁸ CJCE, 16 déc. 1960, aff. C-6/60, *Humblet c/ État Belge*, p. 1154.

est utile mais insuffisante⁴²⁹, voire incompatible avec le système multilingue de l'Union⁴³⁰. Ainsi, l'interprétation restrictive du champ d'application de la Charte obtenue par cette méthode doit être confrontée à d'autres méthodes et interprétations afin d'être confirmée.

B) Analyse historique de l'article 51§1

108. Rédaction de l'article 51§1. La méthode historique d'interprétation renvoie à l'histoire du texte. Elle s'efforce de comprendre le sens de la norme en s'intéressant au déroulement de sa rédaction et s'attache particulièrement à « rechercher la volonté objective de l'auteur de la norme telle qu'elle s'est exprimée, au cours de l'élaboration du texte à interpréter, dans ce qu'il est convenu d'appeler les travaux préparatoires de la loi »⁴³¹.

L'histoire de l'article 51 renvoie à l'histoire de la Charte et à la Convention, enceinte *ad hoc* créée en 1999 à la suite des Conseils européens de Cologne et de Tampere⁴³². Adoptée par les institutions communautaires au terme d'un travail d'une année, la Charte a largement été inspirée de la CESDH et de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union relative aux principes généraux, conformément aux instructions données par le mandat de Cologne⁴³³. Si l'article 51§1 n'a pas été l'un des points les plus controversés⁴³⁴, les enjeux de sa rédaction ont tout de même fait l'objet de discussions. Celles-ci ont notamment porté sur la formulation du champ d'application de la Charte pour les États membres et se sont concentrées autour de deux formulations : « lorsqu'ils agissent dans le cadre du droit communautaire » et « lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ». La première formulation se retrouve dans la majorité des arrêts rendus avant la rédaction de la Charte

⁴²⁹ H. KUTSCHER, « Méthodes d'interprétation vues par un juge à la Cour », *op. cit.*, p. I-15 et I-17 à I-20 ; J. MERTENS DE WILMARS, « Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes », *op. cit.*, p. 12-13.

⁴³⁰ P. PESCATORE, *Vade-mecum. Recueil de formules et de conseils pratiques à l'usage des rédacteurs d'arrêts*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 43-44.

⁴³¹ J. MERTENS DE WILMARS, « Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes », *op. cit.*, p. 14-15. Dans le même sens : M. WENDEL, « Die Auslegung der Verfassung für Europa ... », *op. cit.*, p. 9.

⁴³² CONSEIL EUROPEEN DE COLOGNE, *Conclusions de la présidence*, 3 et 4 juin 1999, Annexe IV ; CONSEIL EUROPEEN DE TAMPERE, *Conclusions de la présidence*, 15-16 octobre 1999.

⁴³³ CONSEIL EUROPEEN DE COLOGNE, *Conclusions de la présidence*, 3 et 4 juin 1999, Annexe IV – Décision du Conseil européen concernant l'élaboration d'une charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, §1 : « La Cour de Justice européenne a confirmé et défini dans sa jurisprudence l'obligation de l'Union de respecter les droits fondamentaux. Au stade actuel du développement de l'Union, il est nécessaire d'établir une charte de ces droits afin d'ancrer leur importance exceptionnelle et leur portée de manière visible pour les citoyens de l'Union ».

⁴³⁴ Par exemple : S.-Y. KAUFMANN, *Grundrechtecharta der Europäischen Union. Mitglieder und Beobachter des Konvents berichten*, Bonn, Europa-Union-Verlag, 2001.

Contrairement à la question des droits sociaux notamment. Voir à ce titre : G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, Éd. du Seuil, 2001.

tandis que la seconde provient surtout des arrêts *Wachauf* et *Karlsson*⁴³⁵. Au terme des débats, la première formulation a finalement été tenue pour trop « vague » et « large »⁴³⁶ et la seconde, jugée « plus rigoureuse »⁴³⁷, a été retenue. De l'avis du Président de la Convention, Roman Herzog, une formulation large telle que la première aurait fait courir le risque que toutes les actions des États membres soient susceptibles d'appartenir au champ d'application de la Charte⁴³⁸. Or, eu égard au principe d'attribution des compétences qui régit le droit de l'Union, une aussi large application de la Charte n'aurait pas été conforme aux traités et ne pouvait donc être envisagée. Par la suite, il a été confié à la Convention sur l'avenir de l'Europe la tâche de retravailler légèrement le texte dans le but de l'intégrer au traité établissant une Constitution pour l'Europe⁴³⁹. Malgré l'échec de ce traité, les modifications apportées à la Charte à cette occasion ont été conservées. Dans ce cadre, la formulation de l'article 51§1 concernant le champ d'application pour les États membres est restée inchangée.

109. Lien avec la jurisprudence antérieure. Il apparaît dans les témoignages des débats de la première Convention que, malgré l'interrogation relative aux deux formulations, il n'a jamais été question de rompre avec la jurisprudence antérieure de la Cour de justice. Dans les documents disponibles, le champ d'application de la Charte renvoie systématiquement à celui de la jurisprudence de la Cour, et ce quelle que soit la formulation utilisée⁴⁴⁰. Les conclusions de la Présidence du Conseil européen de Cologne donnant mandat à la Convention font d'ailleurs référence à la jurisprudence de la Cour de justice dès le premier paragraphe et présentent l'élaboration de cette Charte comme sa suite

⁴³⁵ CJCE, 13 juill. 1989, *Wachauf*, prec., pt 19 ; CJCE, 13 avril 2000, aff. C-292/97, *Karlsson e.a.*, pt 37.

⁴³⁶ G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, op. cit., p. 251.

⁴³⁷ *Ibid.*, p. 251.

⁴³⁸ C. LADENBURGER, in : P.J. TETTINGER, K. STERN (éd.), *Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta*, Munich, C.H. Beck, 2006, Art. 51, pt 22 (l'auteur était membre du service juridique de la Commission européenne et détaché au secrétariat de la Convention).

⁴³⁹ Le traité établissant une Constitution pour l'Europe a été signé le 29 octobre 2004, mais n'a jamais été ratifié par tous les États membres. Ses termes ont été repris pour rédiger le traité de Lisbonne, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009.

⁴⁴⁰ Body 3, *Note d'information*, Questions horizontales, 20 janvier 2000, CHARTE 4111/00, pt 4 ; Convent 5, *Note du Présidium*, Proposition d'articles, 15 février 2000, CHARTE 4123/1/00 REV 1, Préambule ou article premier ; Parlement européen, Secrétariat général, Task-Force « Charte des droits fondamentaux », 7 avril 2000, PE5_DF_PV!DELE.CCDF_DCDF-200005170060FR, Articles horizontaux, pt 2 ; Convent 27, *Note du Présidium*, Clauses horizontales, 18 avril 2000, CHARTE 4235/00, Article H 1 ; Contrib 181, *Note de transmission*, intervention de l'Association des Femmes de l'Europe Méridionale, 24 mai 2000, CHARTE 4314/00, Article H 1 ; Convent 34, *Note du Présidium*, Nouvelle proposition d'articles, 16 mai 2000, CHARTE 4316/00, Article 46 ; Convent 46, *Note du Présidium*, Texte des explications, 31 juillet 2000, CHARTE 4423/00, Article 49 ; Contrib 324, *Note de transmission*, Contribution de l'Association des Femmes de l'Europe Méridionale, 18 septembre 2000, CHARTE 4472/00, Article 49 ; Contrib 328, *Note de transmission*, Communication (COM(2000) 559 final) de la Commission des Communautés européennes, 20 septembre 2000, CHARTE 4477/00, pt 30 ; Contrib 337, *Note de transmission*, Contribution de l'Association des Femmes de l'Europe Méridionale, 27 septembre 2000, CHARTE 4486/00, Article 50.

logique⁴⁴¹. Au demeurant, l'un des objectifs de la Convention a été d'établir une charte sur la base de la jurisprudence préexistante relative aux principes généraux⁴⁴². Il s'agissait donc d'établir une codification à droit constant⁴⁴³. De surcroît, il n'existe aucune trace d'un quelconque débat de la Convention de rédaction sur l'opportunité des différents arrêts de la Cour⁴⁴⁴. La jurisprudence semble avoir été prise comme un tout, sans discussion ni sur le fond, ni sur la pertinence de certains arrêts. Ce constat permet d'expliquer que le débat n'ait tourné qu'autour de la forme de la rédaction et non du contenu, ce dernier étant considéré comme acquis.

Il n'est pas étonnant de constater que, dans les notes disponibles relatives au projet de Charte, le champ d'application est, au même titre que dans la jurisprudence de la Cour, quasi systématiquement confondu avec celui du droit de l'Union⁴⁴⁵. La Convention, ou tout au moins sa présidence chargée du secrétariat, semble ne faire aucune différence de contenu entre les deux formulations et s'attache uniquement à faire un choix entre deux formules pour exprimer un même champ d'application. Cette approche s'est trouvée confirmée par le travail de la seconde Convention qui n'a pas modifié directement la formulation de l'article 51 mais y a adjoint quelques précisions lors de la révision de l'article 52, qui fait désormais référence aux Explications relatives à la Charte. Celles-ci doivent être utilisées comme un guide d'interprétation de l'ensemble des articles⁴⁴⁶.

110. Explications relatives à la Charte. Les Explications ont été établies par et sous la seule responsabilité du Secrétariat de la Présidence de la première Convention lors de la rédaction de la Charte. Elles visaient à retranscrire un certain nombre d'indications ayant guidé la Convention dans ses débats. De fait, elles n'ont par conséquent pas de caractère

⁴⁴¹ CONSEIL EUROPEEN DE COLOGNE, *Conclusions de la présidence*, 3 et 4 juin 1999, Annexe IV – Décision du Conseil européen concernant l'élaboration d'une charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

⁴⁴² T. VON DANWITZ, « (§6) Gerichtlicher Schutz der Grundrechte », in : A. HATJE, P.-C. MÜLLER-GRAFF, C. GRABENWARTER (éd.), *Enzyklopädie Europarecht*, vol. 2 : Europäischer Grundrechtsschutz, Baden-Baden, Nomos, 2014, pt 31.

⁴⁴³ *Compte rendu de la première réunion de l'enceinte chargée d'élaborer un projet de charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 13 janvier 2001, CHARTE 4105/00 : « l'objectif est d'élaborer un projet de liste de droits fondamentaux tels qu'ils s'appliquent dans le cadre de l'action de l'Union » ; G. BRAIBANT, « La Charte des droits fondamentaux », *Dr. soc.*, 2001, n° 1, p. 74 ; R. BADINTER, « La Charte des droits fondamentaux à la lumière des travaux de la Convention sur l'avenir de l'Europe », in : *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 148.

⁴⁴⁴ Dans le même sens : C. LADENBURGER, *op. cit.*, Art. 51, pt 23.

⁴⁴⁵ Body 3, *Note d'information*, Questions horizontales, 20 janvier 2000, CHARTE 4111/00, pts 4 et 5 ; Convent 5, *Note du Présidium*, Proposition d'articles, 15 février 2000, CHARTE 4123/1/00 REV 1, Préambule ou article premier.

⁴⁴⁶ Article 52§7 de la Charte : « 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 ».

contraignant et ont pu à ce titre être qualifiées de « circulaire interprétative »⁴⁴⁷. Les Explications relatives à l'article 51§1 indiquent qu'« En ce qui concerne les États membres, il résulte sans ambiguïté de la jurisprudence de la Cour 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 (arrêt du 13 juillet 1989, Wachauf, [...] ; arrêt du 18 juin 1991, ERT, [...] ; arrêt du 18 décembre 1997, [...] Annibaldi, [...]). Tout récemment, la Cour de justice a confirmé cette jurisprudence dans les termes suivants : “De plus, il y a lieu de rappeler que les exigences découlant de la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire lient également les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre des réglementations communautaires...” (arrêt du 13 avril 2000, [...], point 37) ». De ces explications, il ressort que l'article 51 est uniquement expliqué par référence à la jurisprudence de la Cour, et notamment aux deux arrêts qui incarnent les deux situations de mise en œuvre et de limitation du droit de l'Union⁴⁴⁸. Aucune des deux Conventions n'a choisi de définir le champ d'application par des termes propres. Bien au contraire, elles se contentent de reprendre les formulations consacrées. De ce point de vue, il devient difficile de séparer l'interprétation de l'article 51§1 de la Charte de celle de la jurisprudence sur les principes généraux. Or, ces Explications renvoient tout particulièrement à quatre arrêts de la Cour de justice, parmi lesquels trois ne visent pas la mise en œuvre du droit de l'Union mais son cadre ou son champ d'application⁴⁴⁹. C'est d'ailleurs relativement à ces deux dernières formulations que la seconde Convention a effectué une modification des Explications. Elle n'a pas choisi de les remplacer par la mise en œuvre mais bien de remplacer le « cadre » du droit de l'Union par le « champ d'application » du droit de l'Union.

L'analyse historique de l'article 51§1 et des Explications relatives à la Charte démontre une volonté des rédacteurs de retranscrire au plus près la jurisprudence antérieure de la Cour. L'interprétation des deux textes n'est d'ailleurs possible qu'en relation étroite avec elle puisque tous les termes utilisés s'y réfèrent. Ceux-ci sont visiblement pris comme synonymes et ne transmettent en rien une volonté ou une réflexion pouvant conduire à une remise en cause de la jurisprudence. Selon Thomas von Danwitz, les trois décisions citées

⁴⁴⁷ L. PAILLER, *Le respect de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans l'espace judiciaire européen en matière civile et commerciale*, Paris, Pedone, 2017, p. 33.

⁴⁴⁸ En ce sens : Conclusions de l'avocate générale Verica Trstenjak présentées le 22 septembre 2011, pts 76-78, sous CJUE, GC, 21 décembre 2011, *N. S.*, prec.

⁴⁴⁹ CJCE, 13 juill. 1989, *Wachauf*, prec., pt 17 ; CJCE, 18 juin 1991, *ERT*, prec., pt 42 ; CJCE, 18 déc. 1997, aff. C-309/96, *Annibaldi c/ Sindaco del Comune di Guidonia et Presidente Regione Lazio*, pt 13.

dans les Explications⁴⁵⁰ sont chacune à prendre comme une donnée essentielle du problème et sont donc toutes trois indispensables pour déterminer précisément le champ d'application de la Charte⁴⁵¹. Néanmoins, la méthode historique comporte encore de nombreuses imprécisions.

111. Problématique des travaux préparatoires. La méthode d'interprétation historique est utile en ce qu'elle propose de remonter à la source du texte afin d'éclairer à la fois les conditions dans lesquelles celui-ci a été rédigé et la volonté des auteurs. Le recours aux travaux préparatoires constitue l'un des principaux éléments de travail de cette méthode. En droit de l'Union, l'opportunité du recours à ces travaux est toutefois questionnable, dans la mesure où la majorité des textes de droit primaire européen résultent de négociations diplomatiques qui procèdent des déclarations unilatérales des représentants des différents États membres⁴⁵². C'est notamment le cas pour les contributions relatives à la rédaction de la Charte qui ont été publiées. Ces déclarations unilatérales n'engagent que les États qui les font mais ne traduisent pas toujours l'évolution du travail de groupe. Pendant longtemps, ces déclarations unilatérales n'ont même pas été publiées, ce qui a largement compliqué le recours à cette méthode⁴⁵³ tant d'un point de vue pratique que du point de vue de l'État de droit⁴⁵⁴. De telles constatations ne permettent donc pas de se fonder uniquement sur les déclarations des membres de la première Convention ou sur celles des groupes d'intérêts intervenus pour donner une interprétation du champ d'application de la Charte.

112. Constitution politique de la Convention. D'autres imprécisions relatives à la méthode historique résultent du fait que la rédaction de la Charte est née d'une procédure peu commune au sein de l'Union européenne. Les 62 membres de la Convention de rédaction ont été nommés par les gouvernements et parlements respectifs de chacun des 15 États parties à l'Union à l'époque, ainsi que par le Parlement et la Commission européenne. Cette composition laisse entrevoir une Convention de rédaction de la Charte tenant plus d'une enceinte politique que juridique, même si un certain nombre de représentants étaient issus du monde du droit, parmi lesquels Messieurs Herzog et Braibant. Par conséquent, il

⁴⁵⁰ CJCE, 13 juill. 1989, *Wachauf*, prec., pt 17 ; CJCE, 18 juin 1991, *ERT*, prec., pt 42 ; CJCE, 18 déc. 1997, *Annibaldi*, prec., pt 13.

⁴⁵¹ T. VON DANWITZ, « (§6) Gerichtlicher Schutz der Grundrechte », *op. cit.*, pt 35.

⁴⁵² R. TINIERE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 101-102 ; M. WENDEL, « Die Auslegung der Verfassung für Europa ... », *op. cit.*, p. 9.

⁴⁵³ J. MERTENS DE WILMARS, « Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes », *op. cit.*, p. 14-15 ; R. STOTZ, « (§22) Die Rechtsprechung des EuGH » in : K. RIESENHUBER (éd.), *Europäische Methodenlehre*, 3^{ème} éd., Berlin, De Gruyter, 2015, pt 13.

⁴⁵⁴ H. KUTSCHER, « Méthodes d'interprétation vues par un juge à la Cour », *op. cit.*, p. I-21.

paraît peu probable que chacun des membres ait été avisé de manière précise des discussions doctrinales et des enjeux de la jurisprudence de la Cour sur le champ d'application de la Charte aux États membres.

En outre, la méthode de travail choisie a été celle du consensus et non celle du vote. La présidence et son secrétariat ont donc joué un rôle important dans l'appréciation des dispositions réputées consensuelles, au point que l'on peut supposer que l'article 51§1 résulte plus d'un consensus que d'une rédaction précise au regard des enjeux juridiques qu'elle implique. Dans ses conclusions sur l'affaire *Booker Aquaculture*, l'avocat général Jean Mischo a d'ailleurs résumé de manière assez juste le texte de la Charte, lorsqu'il l'a qualifié de « consensus politique »⁴⁵⁵.

Enfin, le travail de la Convention dans différentes langues renvoie à la remarque effectuée pour la méthode sémantique. Si le choix des mots est assurément important, il est partiellement subjectif et l'interprétation des termes dépend de la culture propre de chacun des membres de la Convention. Des mots, même aisément traduisibles tel que « uniquement », « mise en œuvre » ou « application », peuvent impliquer des enjeux différents selon les langues et les États membres⁴⁵⁶. À l'adoption de la Charte par la Convention, il existait, en quelques sortes, autant d'interprétations de l'auteur du texte que de membres de la Convention. Le recours à l'analyse historique ne peut donc permettre d'identifier une interprétation authentique.

113. Singularité des Explications. Le recours aux Explications pour interpréter le texte de la Charte, s'il est rendu obligatoire par le traité⁴⁵⁷ et par la Charte elle-même⁴⁵⁸, pose au demeurant plusieurs questions. Celles-ci ont été résumées par Jean-Paul Jacqué lorsqu'il écrit : « Étrange destin que celui de ces explications, qui ont été rédigées par le Secrétariat de la Convention chargée de l'élaboration de la Charte, n'ont fait l'objet que d'un très rapide coup d'œil des membres du présidium de la Convention par une procédure écrite, puis se voient transformées en éléments d'interprétation authentique du document auquel elles sont rattachées »⁴⁵⁹. En effet, l'analyse historique conduit à donner une

⁴⁵⁵ Conclusions de l'avocat général Jean Mischo présentées le 20 septembre 2001, pt 126, sous CJCE, 10 juill. 2003, aff. C-20 et 64/00, *Booker Aquaculture et Hydro Seafood*.

⁴⁵⁶ Voir l'exemple du mot « pain » ou « Brot » prit par Walter Benjamin, selon qui ce même terme signifie deux choses différentes pour le Français et l'Allemand : W. BENJAMIN, « La tâche du traducteur », *op. cit.*

⁴⁵⁷ Article 6§1 al. 3 du TUE : « Les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte sont interprétés [...] en prenant dûment en considération les explications visées dans la Charte, qui indiquent les sources de ces dispositions ».

⁴⁵⁸ Article 52§7 de la Charte : « 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 ».

⁴⁵⁹ J.-P. JACQUE, « Le traité de Lisbonne, une vue cavalière », *RTD Eur.*, 2008, n° 3, p. 446, note 16.

interprétation de l'article 51§1 qui repose sur la jurisprudence de la Cour. Or, pour une partie non négligeable, cette interprétation est due aux Explications, dont l'existence même et le statut sont contestés⁴⁶⁰. Ceci est d'autant plus troublant que d'un point de vue sémantique, les formulations de l'article 51§1 et des Explications sont différentes⁴⁶¹.

114. Conséquences sur l'importance donnée aux résultats de cette méthode. Tout comme la méthode d'interprétation sémantique, la méthode historique rencontre un certain nombre de contradictions. Le juge Puissochet est d'ailleurs venu en compléter la liste lorsqu'il s'est intéressé à la question de l'évolution de la société au sein de l'espace communautaire. En effet, « il est clair que le fond de la pensée de la Cour a constamment résidé dans la conviction que l'on ne pouvait se référer à l'intention des parties telles qu'elle s'était historiquement manifestée dans les années 50 pour faire face aux problèmes sans cesse nouveaux découlant de l'évolution des mœurs, de l'économie et aussi des conceptions politiques »⁴⁶². La méthode historique comprend donc une limite intrinsèque liée à l'évolution des sociétés.

115. Conclusion. L'interprétation historique est instructive à plusieurs égards. Pourtant, les contradictions inhérentes aux spécificités de l'Union ne permettent pas d'en faire la référence unique en matière d'interprétation du droit de l'Union⁴⁶³. Cette observation est renforcée par le fait que l'interprétation du champ d'application de la Charte par la méthode historique diffère du résultat donné par la méthode sémantique. Ces deux méthodes ne peuvent donc à elles deux garantir une interprétation suffisamment précise des termes de la Charte et doivent être confirmées par un autre type de méthode. Celui-ci s'attache à la substance du droit et se révèle plus adapté aux spécificités de l'Union.

⁴⁶⁰ L. BURGORGUE-LARSEN, « Ombres et Lumières de la constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Cahiers de droit européen*, 2004, n° 5-6, p. 663-690 ; E.M. FRENZEL, « Die Charta der Grundrechte als Maßstab für mitgliedstaatliches Handeln zwischen Effektivierung und Hyperintegration », *op. cit.*, p. 5-6 ; J. ZILLER, « Le fabuleux destin des "Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne" », in : *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 765-781.

Selon Guy Braibant, membre de la Convention de rédaction de la Charte, une référence aux Explications a été incorporée dans la Charte sous la seule demande pressante des britanniques alors qu'elles « n'avaient été ni discutées ni approuvées par la première Convention ou par son présidium » : G. BRAIBANT, « De la Convention européenne des droits de l'homme à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in : *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan.*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 330-331.

⁴⁶¹ H.-P. FOLZ, *op. cit.*, Art. 51 GR-Charta, pt 5 ; W. FRENZ, *Handbuch Europarecht*, *op. cit.*, pts 275-276.

⁴⁶² J.-P. PUISSOCHET, « Des traités et des juges : la fonction de la jurisprudence dans l'élaboration du droit communautaire », in : *Problèmes d'interprétation à la mémoire de Constantinos N. Kakouris*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 315. En ce sens, le juge américain Cardozo estime que l'interprétation doit s'adapter à la société avec le temps : B.N. CARDOZO, *La nature de la décision judiciaire*, trad. G. CALVÈS, Paris, Dalloz, 2011, p. 63-64.

⁴⁶³ A. GROBE WENTRUP, *Die Europäische Grundrechtecharta im Spannungsfeld der Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten*, *op. cit.*, p. 66.

§2- Le recours aux méthodes substantielles d'interprétation

116. Outre les méthodes formelles, des méthodes d'interprétation qui s'attachent à la substance des règles sont également utilisées par la Cour de justice. Il s'agit des méthodes dites systématique et téléologique. La méthode systématique a pour objectif d'interpréter de manière conjointe des dispositions afin de les appréhender comme un système⁴⁶⁴. Elle cherche, selon les termes de Romain Tinière, à « replacer la norme interprétée dans son environnement plus ou moins proche, afin d'en extraire une signification qui soit conforme à la logique du système dans son ensemble »⁴⁶⁵. La méthode téléologique vise à interpréter une norme selon la finalité qu'elle poursuit⁴⁶⁶. En matière d'interprétation du droit de l'Union, leur influence se révèle beaucoup plus importante que celle des méthodes formelles. L'interprétation de l'article 51§1 par les méthodes systématique (A) et téléologique (B) permet de dégager une solution qui résulte du recours conjoint à ces deux techniques (C).

A) Analyse systématique de l'article 51§1

117. Grundkonflikt de la Charte. Conformément à la méthode systématique d'interprétation, l'article 51§1 de la Charte doit être interprété à l'aune des autres dispositions de la Charte et des traités. L'une des difficultés causées par cette méthode trouve son fondement dans le conflit fondamental (*Grundkonflikt*) qui caractérise la Charte⁴⁶⁷. En effet, les points de vue divergents entre les États membres quant à l'objet de cette Charte ont conduit à lui attribuer une ambition double. D'une part, était poursuivi le dessein de créer une protection importante et effective des droits fondamentaux dans l'Union. L'apport de la Charte était assurément la codification de ce qui avait cours jusque-là, sans être autrement garanti que par la jurisprudence de la Cour de justice. D'autre part, la Charte répondait à l'importance pour les États membres de garantir les spécificités et

⁴⁶⁴ Dictionnaire CNRTL [en ligne], définitions de « systématique », www.cnrtl.fr/definition/ ; Dictionnaire Larousse [en ligne], définition de « systématique », www.larousse.fr/dictionnaires/francais ; H. RABAULT, « Le problème de l'interprétation de la loi : la spécificité de l'herméneutique juridique », *op. cit.*, pt 16.

⁴⁶⁵ R. TINIERE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 103.

⁴⁶⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, « téléologique », p. 1010.

⁴⁶⁷ J. MALL, *Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrecht*, *op. cit.*, p. 93.

souverainetés nationales en délimitant le champ d'action de l'Union⁴⁶⁸. La rédaction et le cœur même de la Charte sont instillés par ces deux exigences pourtant antinomiques.

118. Dispositions contenues dans la Charte. Malgré ce *Grundkonflikt*, plusieurs dispositions de la Charte éclairent l'interprétation de l'article 51§1. Tout d'abord, le préambule prévoit dans son quatrième paragraphe qu'« il est nécessaire, en les rendant plus visibles dans une Charte, de renforcer la protection des droits fondamentaux à la lumière de l'évolution de la société, du progrès social et des développements scientifiques et technologiques ». La Charte semble donc plus viser le renforcement des droits existants que leur affaiblissement⁴⁶⁹. Une restriction du champ d'application de la Charte n'apparaît pas opportune en ce qu'elle conduirait à un abaissement de la protection des droits fondamentaux. Le paragraphe suivant du préambule éclaire également le champ d'application de la Charte, dans la mesure où il fait écho à l'article 6 du TUE pour réaffirmer l'attachement notamment aux droits issus de la jurisprudence de la Cour. L'article 6 du TUE renvoyant aux Explications relatives à la Charte, elles-mêmes fondées sur la jurisprudence de la Cour, l'interprétation de la Charte doit être effectuée à la lumière de la jurisprudence antérieure de la Cour et des Explications⁴⁷⁰.

L'article 51§2 prévoit que la Charte ne doit en aucun cas élargir les compétences de l'Union par rapport à ce qui est inscrit dans les traités. Cette disposition bénéficie toutefois d'un contenu juridique relativement limité, étant donné que son seul objectif est vraisemblablement de rappeler les dispositions prévues par les traités pour s'assurer de l'absence de malentendu : le principe d'attribution s'applique également dans le cadre de la Charte⁴⁷¹. Or, les traités semblent n'avoir jamais eu pour objet de limiter la jurisprudence de la Cour relative aux principes généraux. L'article 51§2 n'aurait donc aucune conséquence sur le champ d'application des droits fondamentaux⁴⁷².

⁴⁶⁸ *Ibid.*

⁴⁶⁹ D. EHLERS, « (§14) Allgemeine Lehren der Unionsgrundrechte », in : D. EHLERS (éd.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 4^{ème} éd., Berlin, De Gruyter, 2014, pt 68 ; A. GROßE WENTRUP, *Die Europäische Grundrechtecharta im Spannungsfeld der Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten*, op. cit., p. 68.

⁴⁷⁰ §5 du Préambule de la Charte : « La présente Charte réaffirme, dans le respect des compétences et des tâches de l'Union, ainsi que du principe de subsidiarité, les droits qui résultent notamment des traditions constitutionnelles et des obligations internationales communes aux États membres, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, des Chartes sociales adoptées par l'Union et par le Conseil de l'Europe, ainsi que de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'Homme. Dans ce contexte, la Charte sera interprétée par les juridictions de l'Union et des États membres en prenant dûment en considération les explications établies sous l'autorité du *praesidium* de la Convention qui a élaboré la Charte et mises à jour sous la responsabilité du *praesidium* de la Convention européenne ».

⁴⁷¹ Cf. *supra*, §69.

⁴⁷² M. BLECKMANN, *Nationale Grundrechte im Anwendungsbereich des Rechts der Europäischen Union*, op. cit., p. 144-145.

Ces différents éléments du Préambule et du contenu de la Charte laissent percevoir une tendance, sinon vers une protection renforcée des droits fondamentaux, au moins vers une protection qui ne doit pas être plus restrictive que sous l'empire des principes généraux.

119. Système de l'Union. En élargissant encore l'étude du système de la Charte, le recours au TECE, bien que jamais entré en vigueur, offre une information constructive⁴⁷³. Nombre de ses dispositions ont en effet été reprises dans le traité de Lisbonne qui lui a succédé. Si ce n'est pas le cas de l'article IV-438§4, l'enseignement qu'il apporte n'est pas dénué d'intérêt. Cet article prévoit que « La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et du Tribunal de première instance relative à l'interprétation et à l'application des traités et actes abrogés par l'article IV-437, ainsi que des actes et conventions adoptés pour leur application, reste, *mutatis mutandis*, la source de l'interprétation du droit de l'Union, et notamment des dispositions comparables de la Constitution ». En d'autres termes, la Cour de justice est liée par sa jurisprudence antérieure. L'inscription de cette règle contraignante dans le traité qui prévoyait l'entrée en vigueur de la Charte démontre la volonté des rédacteurs (la seconde Convention) d'inscrire cette dernière dans la continuité de la jurisprudence relative aux principes généraux. Bien que cette disposition n'ait pas directement été reprise, le paragraphe 13 du préambule du TUE rappelle que les États membres sont « résolus à poursuivre le processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe ». De même, l'article 2 du TUE énonce que l'Union est fondée sur un certain nombre de valeurs fondamentales⁴⁷⁴ qu'elle se doit de protéger. La protection de ces valeurs est organisée à l'article 6 du TUE par une référence aux textes de la Charte et de la CESDH.

L'objectif général des traités n'est donc pas de figer l'Union dans un système strict tel qu'encadré par les textes, mais bien de poursuivre le développement du projet européen à partir de la construction organisée jusqu'à présent. L'interprétation systématique fait entrer la Charte dans une logique générale de fonctionnement qui semble particulièrement s'adapter à l'organisation de l'Union. En replaçant la Charte dans le système auquel elle appartient, il semble qu'une logique tenace conduise à interpréter le champ d'application

⁴⁷³ T. VON DANWITZ, « (§6) Gerichtlicher Schutz der Grundrechte », *op. cit.*, pt 31.

⁴⁷⁴ Article 2 du TUE : « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes ».

de la Charte de manière identique à celui des principes généraux⁴⁷⁵. Cela semble être également le cas de l'interprétation téléologique.

B) Analyse téléologique de l'article 51§1

120. Objectifs des traités. Les remarques relatives aux traités effectuées au titre de l'interprétation systématique sont également valables dans le cadre de l'interprétation téléologique⁴⁷⁶. Les instruments de référence des méthodes systématique et téléologique se recoupent naturellement, dans la mesure où les objectifs de l'Union sont inscrits dans les traités. En effet, les objectifs d'une intégration toujours plus poussée et d'une protection renforcée des droits fondamentaux de l'Union sont tout aussi importants lorsque le champ d'application de la Charte est regardé à l'aune de la finalité du projet européen.

121. Effet utile de la Charte. L'interprétation téléologique, telle qu'utilisée par la Cour de justice, conduit également à prendre en compte le principe de l'effet utile. Sa définition « commande de retenir le sens qui donne un effet utile au droit communautaire »⁴⁷⁷. L'effet utile se définit comme un « Principe d'interprétation d'un acte juridique visant à donner un sens et un effet aux dispositions de celui-ci qui ne les rendent pas inutiles, c'est-à-dire sans véritable application »⁴⁷⁸. En matière de champ d'application des droits fondamentaux, étant donné que la jurisprudence relative aux principes généraux précède la rédaction de la Charte, l'effet utile exige d'appliquer à la Charte le même champ d'application que celui des principes généraux. Si le champ d'application était interprété de manière plus restrictive, il en résulterait non seulement un problème de cohérence mais surtout une atteinte au principe de l'effet utile des dispositions de droit de l'Union. Partant, deux conséquences seraient envisageables. Ou bien la Charte remplacerait les principes généraux et son entrée en vigueur conduirait paradoxalement à un recul de la protection des droits fondamentaux⁴⁷⁹ ; ce recul semble toutefois contraire aux objectifs des traités qui vont dans

⁴⁷⁵ M. BLECKMANN, *Nationale Grundrechte im Anwendungsbereich des Rechts der Europäischen Union*, op. cit., p. 145.

⁴⁷⁶ A. GROßE WENTRUP, *Die Europäische Grundrechtecharta im Spannungsfeld der Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten*, op. cit., p. 68 ; M. BLANQUET (éd.), *Droit général de l'Union européenne*, 11^{ème} éd., Paris, Sirey, 2018, p. 430.

⁴⁷⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., « téléologique », p. 1010 ; A. GROßE WENTRUP, *Die Europäische Grundrechtecharta im Spannungsfeld der Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten*, op. cit., p. 66 ; R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 1976, p. 240 ; K.-P. SOMMERMANN, « (§16) Funktionen und Methoden der Grundrechtsvergleichen », op. cit., p. 652 ; B. WEGENER, in : C. CALLIESS, M. RUFFERT (éd.), *EUV, AEUV – Kommentar*, 5^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2016, Art. 19 EUV, pt 16.

⁴⁷⁸ S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 27^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2019-2020, « effet utile », p. 430.

⁴⁷⁹ P. DEUMIER, « Le champ d'application de la Charte entre droit de l'Union européenne et droits fondamentaux », in : *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : mode d'emploi*, Colloque

le sens d'une intégration toujours plus poussée de l'Union. Ou bien les principes généraux resteraient invocables et viendraient combler les déficits de protection causés par le champ d'application restreint de la Charte. L'absence de protection par la Charte d'une situation pourtant garantie par les principes généraux conduirait la Cour à interpréter la situation au regard de ces derniers. De ce fait, l'interprétation limitée du champ d'application de la Charte ne changerait en pratique pas grand-chose, outre une complexification de la protection. L'effet utile de la Charte serait en revanche réduit à peu de choses étant donné que la protection jusqu'à présent garantie serait restreinte, alors même que les traités ne le prévoient pas. De surcroît, l'exigence de cohérence du système juridique de l'Union poursuivi par la Cour de justice ne serait pas non plus respectée⁴⁸⁰.

Les interprétations systématique et téléologique conduisent donc à interpréter le champ d'application de la Charte conformément à celui des principes généraux. Cette concordance des interprétations va dans le sens de l'importance toute particulière donnée par la Cour à ces deux méthodes.

C) Le recours conjoint aux techniques systématique et téléologique dans la jurisprudence de la Cour

122. Spécificités du projet européen. Le projet de Communauté européenne fait suite à la Seconde Guerre Mondiale et est issu d'une volonté de maintenir la paix sur le territoire européen. Ce projet se voulait être un processus graduel d'intégration, comme en témoigne la Déclaration Schuman prononcée le 9 mai 1950⁴⁸¹. Pour commencer, le processus ne devait concerner qu'un seul secteur suffisamment important, celui du charbon et de l'acier, pour se développer ensuite progressivement et intégrer à termes différents domaines, notamment économique et politique. Dans ces conditions, les traités européens ont été rédigés comme une feuille de route vers une intégration toujours plus poussée, comme en témoignent les préambules des traités successifs, qui qualifient la Communauté ainsi créée

organisé au Conseil d'État le 20 novembre 2014 par l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation et la Société de législation comparée, paru dans : *Justice et Cassation*, 2015, n° 9, p. 396 ; D. EHLERS, « (§14) Allgemeine Lehren der Unionsgrundrechte », *op. cit.*, pt 68 ; D. RITLENG, « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union – Les enseignements des arrêts Akerberg Fransson et Melloni », *RTD Eur.*, 2013, n° 2, p. 267.

⁴⁸⁰ H. KUTSCHER, « Méthodes d'interprétation vues par un juge à la Cour », *op. cit.*, p. I-37-I-38.

⁴⁸¹ Déclaration prononcée par Robert Schuman, ministre des affaires étrangères français, le 9 mai 1950 : « Ainsi sera réalisée simplement et rapidement la fusion d'intérêts indispensable à l'établissement d'une communauté économique qui introduit le ferment d'une communauté plus large et plus profonde entre des pays longtemps opposés par des divisions sanglantes. Par la mise en commun de productions de base et l'institution d'une Haute Autorité nouvelle, dont les décisions lieront la France, l'Allemagne et les pays qui y adhéreront, cette proposition réalisera les premières assises concrètes d'une Fédération européenne indispensable à la préservation de la paix. Pour poursuivre la réalisation des objectifs ainsi définis, le gouvernement français est prêt à ouvrir des négociations sur les bases suivantes ».

d' « organisée et vivante », d' « une fusion [des] intérêts essentiels » ou d' « une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens »⁴⁸², ainsi que du nom même de Communauté ou de marché commun⁴⁸³. Sur la forme, les traités s'apparentent à des loi-cadres qui prévoient les objectifs à réaliser ainsi que les procédures pour y parvenir⁴⁸⁴. L'ordre juridique qui en découle contient un grand nombre de notions indéterminées et peu de règles concrètes⁴⁸⁵. Il en résulte « une communauté *sui generis*, ouverte vers l'avenir, visant à la modification de rapports économiques et sociaux et à l'interprétation dynamique et évolutive du droit communautaire »⁴⁸⁶. Cette communauté singulière se distingue d'une part des systèmes nationaux, qui apparaissent plus statiques et solidifiés, mais dont la structure même n'est pas remise en cause⁴⁸⁷. Elle se distingue d'autre part des organisations internationales, ne pouvant être simplement considérée comme une union d'États entre lesquels les relations doivent être organisées⁴⁸⁸. L'Union dispose en effet d'une existence illimitée, d'une capacité juridique et de représentation internationale, d'institutions propres représentant les pouvoirs législatifs, exécutifs et judiciaires, de pouvoirs souverains propres ainsi que d'une certaine autonomie⁴⁸⁹. De cette forme particulière résulte pour la Cour de justice une nécessité : l'interprétation du droit de l'Union ne doit pas menacer l'existence propre de la Communauté ou porter atteinte à son fonctionnement⁴⁹⁰. Dès lors, les méthodes d'interprétation utilisées par la Cour de justice pour interpréter le droit de l'Union ne peuvent être exactement identiques à celles utilisées en droit national ou international.

123. Spécificités des méthodes d'interprétation. Les traités européens établissant principalement des objectifs à atteindre, l'interprétation des premiers est nécessairement fonction des seconds. Le contrôle de la réalisation des objectifs nécessite donc une analyse

⁴⁸² §2 et 5 du Préambule du traité CECA ; §1 du Préambule du traité CEE.

⁴⁸³ P. PESCATORE, « Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice », in : *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, Tome 2, Bruxelles, Bruylant, 1972, p. 361.

⁴⁸⁴ H. KUTSCHER, « Méthodes d'interprétation vues par un juge à la Cour », *op. cit.*, p. I-33 ; P. PESCATORE, « Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice », *op. cit.*, p. 327 ; T. RONSE, *Les compétences de l'Union européenne*, Bruxelles, Éditions de l'université de Bruxelles, 2017, p. 390. En ce sens également, voir : J. RIDEAU, « Le rôle des États membres dans l'application du droit communautaire », *AFDI*, 1972, vol. 18, p. 867-868.

⁴⁸⁵ H. KUTSCHER, « Méthodes d'interprétation vues par un juge à la Cour », *op. cit.*, p. I-33.

⁴⁸⁶ *Ibid.*, p. I-39. En ce sens : F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 71 ; M. WENDEL, « Die Auslegung der Verfassung für Europa ... », *op. cit.*, p. 5.

⁴⁸⁷ H. KUTSCHER, « Méthodes d'interprétation vues par un juge à la Cour », *op. cit.*, p. I-35 ; J. MERTENS DE WILMARS, « Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes », *op. cit.*, p. 16.

⁴⁸⁸ H. KUTSCHER, « Méthodes d'interprétation vues par un juge à la Cour », *op. cit.*, p. I-39.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, p. I-30-I-31.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, p. I-35.

non de la forme, mais de la substance des textes. À ce titre, la méthode systématique d'interprétation est particulièrement pertinente étant donné qu'elle permet d'interpréter un texte à l'aune de sa fonction au sein d'un ensemble. Contrairement à la méthode sémantique, qui s'intéresse uniquement au libellé, elle permet de prendre en compte les particularités de l'Union et le caractère dynamique de ses traités⁴⁹¹. De même, la méthode téléologique est pleinement appropriée pour répondre à ces particularités. Sa caractéristique est d'expliquer un texte en fonction des objectifs qu'il poursuit ainsi qu'en fonction « de la contribution qu'il apporte à la réalisation des objectifs généraux des traités »⁴⁹². L'interprétation téléologique appliquée au droit de l'Union vise donc tout particulièrement la finalité du projet européen et la place du texte dans cette finalité. Ainsi que le Président Lecourt l'avait écrit dès 1976, « Les traités européens n'ont d'intérêt qu'en fonction de la Communauté qu'ils instituent. S'ils ont déposé en terre la semence d'un droit tendu vers un tel but, ce n'est pas pour qu'une interprétation desséchante lui retire la sève qu'il tient des traités eux-mêmes »⁴⁹³. En privilégiant les interprétations systématique et téléologique, la Cour de justice a pris la mesure de la spécificité des traités et de la Communauté qu'ils ont institué.

124. Utilisation par la Cour. En privilégiant dès les débuts de la Communauté européenne une interprétation des objectifs des traités au lieu d'une interprétation littérale des textes, la Cour de justice n'a fait que remplir le rôle qui lui avait été attribué par l'article 4 du TCEE⁴⁹⁴. Ce dernier prévoyait que « la réalisation des tâches confiées à la Communauté est assurée par [...] une Cour de justice ». Par conséquent, la Cour a relativement tôt formulé expressément son intérêt pour la méthode systématique. Dans l'arrêt *CILFIT*, il est indiqué que « chaque disposition du droit communautaire doit être replacée dans son contexte et interprétée à la lumière de l'ensemble des dispositions de ce droit »⁴⁹⁵. Il en va de même pour l'analyse téléologique, selon laquelle les dispositions de droit de l'Union doivent être interprétées « en fonction de l'économie générale et de la finalité de la réglementation dont elle constitue un élément »⁴⁹⁶. Dans l'analyse téléologique

⁴⁹¹ J. MERTENS DE WILMARS, « Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes », *op. cit.*, p. 16.

⁴⁹² *Ibid.*, p. 16.

⁴⁹³ R. LECOURT, *L'Europe des juges*, *op. cit.*, p. 241.

⁴⁹⁴ P. PESCATORE, « Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice », *op. cit.*, p. 326.

⁴⁹⁵ CJCE, 6 oct. 1982, aff. C-283/81, *CILFIT c/ Ministero della Sanità*, pt 20. Confirmé à plusieurs reprises : CJCE, 19 sept. 2000, aff. C-287/98, *Linster*, pt 43 ; CJCE, 12 oct. 2004, aff. C-55/02, *Commission c/ Portugal*, pt 45 ; CJCE, 27 janv. 2005, aff. C-188/03, *Junk*, pt 29.

⁴⁹⁶ CJCE, 27 oct. 1977, aff. C-30/77, *Regina c/ Bouchereau*, pt 13 ; CJCE, 23 oct. 2003, aff. C-245/01, *RTL Télévision*, pt 99 ; CJCE, GC, 14 sept. 2004, aff. C-19/03, *Verbraucher-Zentrale Hamburg*, pt 30.

de la Cour, le principe de l'effet utile joue un rôle essentiel. Il est l'outil fondamental permettant de privilégier une interprétation par rapport à une autre en fonction de sa contribution à la réalisation des objectifs prévus par les traités⁴⁹⁷. En outre, afin de développer des interprétations propres au droit de l'Union de notions indéterminées contenues dans les traités, la Cour a eu besoin de se référer au contexte dans lequel ces notions évoluent. L'ordre juridique européen se distinguant tant du droit national que du droit international, les notions qui lui sont propres devaient également être indépendantes des notions préexistantes dans chacun des États membres. Les interprétations systématique et téléologique ont permis de se dégager des cultures nationales pour formuler des interprétations « autonomes et uniformes »⁴⁹⁸ qui correspondent aux spécificités de l'ordre juridique de l'Union⁴⁹⁹.

125. Lien entre les différentes méthodes d'interprétation. Les méthodes d'interprétation formelles sémantique et historique apportent des observations nécessaires sur les textes à interpréter mais les faiblesses inhérentes à ces méthodes ont révélé qu'elles n'étaient pas suffisantes à elles seules⁵⁰⁰. Ce constat est corroboré par la jurisprudence de la Cour. D'une part, l'arrêt *Mij PPW Internationaal NV* énonce qu'« on ne saurait tirer argument ni des éventuelles divergences philologiques entre les diverses versions linguistiques ni de la pluralité des verbes utilisés dans l'une ou l'autre de ces versions, la signification des dispositions en cause devant être déterminée en fonction de leur finalité »⁵⁰¹. Les interprétations sémantique et comparée doivent donc être utilisées, mais uniquement lorsqu'elles sont pertinentes. D'autre part, il a été rappelé à plusieurs reprises que pour interpréter une mesure, « il faut envisager l'esprit, l'économie et les termes »⁵⁰². L'ordre des critères n'est certainement pas anodin puisqu'il priorise la méthode téléologique puis la méthode systématique par rapport à la méthode sémantique⁵⁰³. Dans la mesure où la méthode historique rencontre en droit de l'Union un certain nombre de

⁴⁹⁷ Exemples : CJCE, 4 déc. 1974, aff. C-41/74, *Van Duyn c/ Home Office*, pt 12 ; CJCE, 8 avril 1976, aff. C-43/75, *Defrenne c/ SABENA*, pts 7-15 ; CJCE, 1^{er} fév. 1977, aff. C-51/76, *Verbond nederlandse ondernemingen c/ Inspecteur der invoerrechten en accijnzen*, pts 20-29 ; CJCE, 20 sept. 1988, aff. C-31/87, *Beentjes c/ État néerlandais*, pt 11.

⁴⁹⁸ CJCE, 27 janv. 2005, *Junk*, prec., pt 29.

⁴⁹⁹ P. DEUMIER, « Le champ d'application de la Charte entre droit de l'Union européenne et droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 393 ; H. KUTSCHER, « Méthodes d'interprétation vues par un juge à la Cour », *op. cit.*, p. I-26 ; R. TINIERE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 103.

⁵⁰⁰ En ce sens : R. LECOURT, *L'Europe des juges*, *op. cit.*, p. 242.

⁵⁰¹ CJCE, 13 mars 1973, aff. C-61/72, *Mij PPW Internationaal NV c/ Hoofdprodukschap voor Akkerbouwprodukten*, pt 14.

⁵⁰² CJCE, 5 fév. 1963, aff. C-26/62, *Van Gend en Loos c/ Administratie der Belastingen* ; CJCE, 21 fév. 1973, aff. C-6/72, *Europemballage Corporation et Continental Can Company c/ Commission*, pt 22 ; CJCE, 12 déc. 1972, aff. C-21/72, *International Fruit Company e.a. c/ Produktschap voor Groenten en Fruit*, pt 20.

⁵⁰³ T. RONSE, *Les compétences de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 389.

difficultés, la Cour ne l'utilise que de manière exceptionnelle, et seulement lorsque les occasions s'y prêtent. Enfin, selon Matthias Wendel, l'importance du principe de l'effet utile dans la jurisprudence de la Cour démontre à elle seule que les interprétations systématique et téléologique sont d'une importance capitale⁵⁰⁴. Ces deux méthodes sont d'ailleurs souvent couplées, voire apparaissent comme indissociables⁵⁰⁵, notamment lorsque les objectifs pris en compte par la méthode téléologique sont inscrits dans les traités et constituent le système de la norme à interpréter. L'importance de la méthode téléologique, à laquelle s'ajoute la méthode systématique, et son adéquation aux spécificités du droit de l'Union constituent donc un témoin de l'évolution dynamique et progressive du droit de l'Union⁵⁰⁶. Cette méthode semble être devenue le « principe général d'interprétation »⁵⁰⁷ de la Cour en droit de l'Union. Néanmoins, comme le rappelle Bernhard Wegener, l'ambition de cette méthode n'est en rien d'exploiter les compétences de l'Union de manière maximale jusqu'à leur épuisement et vise en revanche à une interprétation constructive et sérieuse du projet européen⁵⁰⁸.

126. Conclusion. Ainsi que Romain Tinière a pu le résumer, les méthodes d'interprétation sémantique, historique et systématique sont en pratique prises en compte, à la condition que le résultat auquel elles aboutissent soit conforme à l'interprétation téléologique⁵⁰⁹. En l'espèce, l'interprétation sémantique de l'article 51§1 de la Charte aboutie à un résultat beaucoup plus restreint que les trois autres. Celles-ci parviennent toutes à la conclusion que le champ d'application de la Charte ne doit pas être plus restrictif que celui des principes généraux. Au contraire, il devrait plutôt s'y apparenter. L'interprétation sémantique rappelle en revanche, et à juste titre, que l'Union ne dispose pas de compétence générale en matière de droit de l'Union. Les droits fondamentaux, qu'ils soient issus de la Charte ou des principes généraux, doivent donc toujours s'appliquer de manière accessoire à une mesure qui entre dans le champ d'application du droit de l'Union. Ces éléments de définition de l'article 51§1 de la Charte ont été confirmés par la Cour suite à l'entrée en vigueur de la Charte.

⁵⁰⁴ M. WENDEL, « Die Auslegung der Verfassung für Europa ... », *op. cit.*, p. 8.

⁵⁰⁵ H. KUTSCHER, « Méthodes d'interprétation vues par un juge à la Cour », *op. cit.*, p. I-40 ; T. RONSE, *Les compétences de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 389.

⁵⁰⁶ M. WENDEL, « Die Auslegung der Verfassung für Europa ... », *op. cit.*, p. 9.

⁵⁰⁷ R. TINIERE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 98 et 105-106 ; R. STOTZ, « (§22) Die Rechtsprechung des EuGH », *op. cit.*, pt 15 ; T. VON DANWITZ, « L'autonomie du droit de l'Union et la mise en œuvre de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in : *L'identité du droit de l'Union européenne. Mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 547.

⁵⁰⁸ B. WEGENER, *op. cit.*, Art. 19 EUV, pt 16.

⁵⁰⁹ R. TINIERE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 105.

Section 2. L'analyse de la jurisprudence de la Cour

127. Consécutivement à l'entrée en vigueur de la Charte le 1^{er} décembre 2009, la jurisprudence relative au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union a continué de se développer. Elle est venue clarifier les difficultés d'interprétation provoquées par la lettre de la Charte ainsi que le lien avec les apports de la jurisprudence antérieure relative aux principes généraux. Les interprétations systématiques et téléologiques étant préférées par la Cour de justice, elles ont, sans surprise, prévalu concernant l'article 51§1. En effet, tant l'interprétation conforme de l'article 51§1 à la jurisprudence antérieure relative aux principes généraux (§1), que la réaffirmation d'un certain nombre de critères relatifs à la mise en œuvre du droit de l'Union (§2), semblent poursuivre une logique centrée sur la finalité du projet européen et sur sa cohérence.

§1- L'interprétation conforme aux principes généraux de l'article 51§1

128. L'exercice de clarification du champ d'application prévu par l'article 51§1 de la Charte a subi une véritable avancée avec la décision *Åkerberg Fransson* rendue le 26 février 2013⁵¹⁰. Cette décision tire son importance de l'éclaircissement didactique qu'elle opère concernant la jurisprudence antérieure de la Cour et l'article 51§1 de la Charte. Jusqu'à cette décision, « le caractère ponctuel de la jurisprudence » expliquait, selon l'avocat général Pedro Cruz Villalón, qu'il n'y ait pas eu de ligne claire avec un degré d'abstraction suffisant pour dégager une définition argumentée et solide du champ d'application de la Charte⁵¹¹. À titre principal, cette décision prévoit une *coïncidence* entre les champs d'application des principes généraux et des droits fondamentaux de la Charte (A) ainsi que la *superposition* du champ d'application de la Charte avec celui du droit de l'Union⁵¹² (B).

⁵¹⁰ CJUE, GC, 26 fév. 2013, *Åkerberg Fransson*, prec.

⁵¹¹ Conclusions de l'avocat général Pedro Cruz Villalón présentées le 12 juin 2012, pt 31, sous CJUE, GC, 26 fév. 2013, *Åkerberg Fransson*, prec.

⁵¹² Les termes « coïncider » et « superposer » ont été utilisés par J.-M. SAUVE, « La Charte, son champ d'application », in : *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : mode d'emploi*, op. cit., p. 389.

A) Concordance des champs d'application des principes généraux et de la Charte

129. Décision Åkerberg Fransson. La décision *Åkerberg Fransson* porte sur un conflit opposant le procureur suédois (*Åklagaren*) à monsieur Åkerberg Fransson au sujet d'accusations de fraude fiscale. Ce dernier exerce la profession de pêcheur et travaille de manière indépendante ; il consacre son activité à la pêche et à la vente de poisson blanc. En l'espèce, il est poursuivi pour fourniture d'informations inexactes dans ses déclarations fiscales pour les années 2004 et 2005 et pour non-déclaration de certaines cotisations patronales pendant ces mêmes années. Ces infractions ont entraîné des pertes de revenu importantes pour l'État. En effet, le Trésor public s'est vu privé de la perception de recettes sur l'impôt sur le revenu et sur la taxe sur la valeur ajoutée (TVA), tandis que les organismes sociaux ont été privés des cotisations patronales normalement dues par monsieur Fransson. En conséquence, l'Agence suédoise des impôts (*skatteverket*) lui a imposé le 24 mai 2007 une sanction fiscale pour la perte des recettes dues aux différents organismes. Cette décision n'a fait l'objet d'aucun recours devant le juge administratif. En parallèle, une procédure pénale a été déclenchée par le procureur pour les mêmes faits de fausse et non-déclaration. Saisi du litige, le tribunal de district de l'Haparanda (*Haparanda tingsrätt*) s'est alors demandé si la procédure pénale présentée devant lui était licite au regard du principe *ne bis in idem*. Garanti par l'article 4 du protocole numéro 7 de la CESDH et par l'article 50 de la Charte, ce principe prévoit que « nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné ». Au regard des sanctions fiscales imposées, le tribunal de district a saisi la Cour de justice d'une question préjudicielle.

130. Lien avec le droit de l'Union. Afin de répondre à la question relative à l'interprétation du principe *ne bis in idem* protégé par la Charte, la Cour devait, dans un premier temps, vérifier sa propre compétence. Pour cela, il importait de contrôler si la situation avait bien un lien avec le droit de l'Union, de même que l'application de la Charte commandait, conformément à son article 51§1, que la situation corresponde à une mise en œuvre du droit de l'Union. Dans ses conclusions, l'avocat général Pedro Cruz Villalón a estimé que le degré de connexité entre la situation nationale et le droit de l'Union n'était pas suffisant pour qualifier les mesures nationales de mise en œuvre du droit de l'Union⁵¹³. Pourtant, la Cour a choisi de ne pas les suivre. Elle a constaté que le budget propre de

⁵¹³ Conclusions de l'avocat général Pedro Cruz Villalón présentées le 12 juin 2012, pts 56-64, sous CJUE, GC, 26 fév. 2013, *Åkerberg Fransson*, prec.

l'Union européenne est alimenté notamment par une partie de la TVA prélevée dans les États membres⁵¹⁴. À ce titre, la directive 2006/112/CE du Conseil prévoit les types d'opérations soumises à la TVA ainsi qu'une obligation de déclaration contenant les données nécessaires au calcul de la taxe⁵¹⁵. La bonne perception de ces recettes est assurée à différents niveaux. D'une part, cette même directive autorise les États membres à prévoir d'autres obligations afin de garantir l'exacte perception et, d'autre part, les traités obligent les États à combattre la fraude qui porterait atteinte aux intérêts financiers de l'Union, de la même manière avec laquelle ils combattent la fraude portant atteinte à leurs propres intérêts financiers⁵¹⁶. Le lien entre le droit de l'Union et la procédure en cours contre monsieur Fransson résidait donc dans l'atteinte à la bonne perception de la TVA au profit de l'Union, résultant des déclarations frauduleuses effectuées par ce dernier.

131. Intérêt présenté par la décision. En tant que telle, cette décision n'apporte aucune information nouvelle relative à la définition du champ d'application des droits fondamentaux qui n'ait pas déjà été évoquée dans un arrêt antérieur⁵¹⁷. Elle n'est donc pas révolutionnaire par les solutions qu'elle propose. Son intérêt réside plutôt dans sa capacité à résumer des informations jusque-là éparées et parfois confuses, car rapportées aux différents cas d'espèces⁵¹⁸. Elle donne ainsi corps à une ligne jurisprudentielle claire à la suite de l'entrée en vigueur de la Charte. La réunion de la Cour en grande chambre ainsi que le nombre d'États membres ayant présenté des observations⁵¹⁹ ont largement contribué

⁵¹⁴ Décision 2007/436/CE, Euratom, du Conseil du 7 juin 2007 relative au système des ressources propres des Communautés européennes, article 2§1 : « 1. Constituent des ressources propres inscrites au budget général de l'Union européenne, les recettes provenant : (b) sans préjudice du paragraphe 4, deuxième alinéa, de l'application d'un taux uniforme valable pour tous les États membres à l'assiette harmonisée de la TVA, déterminée selon les règles de la Communauté. L'assiette à prendre en compte à cet effet n'excède pas 50 % du RNB de chaque État membre, tel qu'il est défini au paragraphe 7 ».

⁵¹⁵ Directive 2006/112/CE du Conseil du 28 novembre 2006 relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée, articles 2 et 250§1.

⁵¹⁶ *Ibid.*, article 273 ; article 4§3 du TUE ; article 325 du TFUE.

⁵¹⁷ Entre autres : CJCE, 29 mai 1997, aff. C-299/95, *Kremzow c/ Republik Österreich*, pt 15 ; CJCE, 18 déc. 1997, *Annibaldi*, pts 12-13 ; CJUE, 7 juin 2012, aff. C-27/11, *Vinkov*, pt 58.

⁵¹⁸ Sur les nombreuses questions soulevées par l'entrée en vigueur de la Charte, voir : S.A. DE VRIES, U. BERNITZ, S. WHEATHERILL (éd.), *The EU Charter of Fundamental Rights as a binding instrument : five years old and growing*, Portland, Hart Publishing, 2015.

⁵¹⁹ Au total, neuf États membres ont présenté des observations. À cela s'ajoute les observations soumises par la Commission européenne.

à faire de cette décision une référence en la matière⁵²⁰. Son apport a par la suite été confirmé à maintes reprises⁵²¹.

132. Continuité du champ d'application. La décision *Åkerberg Fransson* énonce en premier lieu une règle claire à propos de l'article 51§1 de la Charte. « Cet article de la Charte confirme [...] la jurisprudence de la Cour relative à la mesure dans laquelle l'action des États membres doit se conformer aux exigences découlant des droits fondamentaux

⁵²⁰ En témoigne notamment les très nombreux articles sur cette décision : J.-F. AKANDJI-KOMBE, « Arrêt “Åkerberg Fransson” : l'application juridictionnelle de la Charte européenne des droits fondamentaux », *JDE*, 2013, n° 199, p. 184-186 ; D. APPANAH, « Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et convention européenne des droits de l'homme : entre cohérence et légitimation », *RGDIP*, 2014, n° 2, p. 333-356 ; M. AUBERT, E. BROUSSY, H. CASSAGNABERE, « La Cour précise le champ d'application de la charte des droits fondamentaux ainsi que ses rapports avec la Conv. EDH et les systèmes de protection des droits fondamentaux des États membres », *AJDA*, 2013, n° 20, p. 1154 ; A. BAILLEUX, « Entre droits fondamentaux et intégration européenne, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne face à son destin », *RTDH*, 2014, p. 215-235 ; É. BARBIER DE LA SERRE, « L'empire grandissant de la Charte des droits fondamentaux », *RLC*, 2013, n° 36, p. 87-90 ; S. BUCHER, « Die Bindung der Mitgliedstaaten an die EU-Grundrechtecharta bei Ermessensspielräumen, insbesondere in Fällen der Richtlinienumsetzung und unter Berücksichtigung der Folgeentscheidung zu “Åkerberg Fransson” », *ZEuS*, 2016, n° 2, p. 203-233 ; L. DELGADO, « Mise en œuvre du droit de l'Union et principe ne bis idem ... précisions jurisprudentielles sur l'applicabilité de la Charte des droits fondamentaux » [en ligne], *ELSJ*, 11 mars 2003, disponible sous : www.gdr-elsj.eu/ ; W. FRENZ, « Bundesgesetzgebung nach Åkerberg Fransson und Sicherheitsurteilen des BVerfG », *DVBl*, 2014, n° 4, p. 227-231 ; H. GAUDIN, M. BLANQUET, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA *et al.*, *Les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne*, Tome 1 : Droit constitutionnel et institutionnel de l'Union européenne, Paris, Dalloz, 2014, p. 214-232 ; P. GOOREN, « Geltung und Anwendung der EU-Grundrechte-Charta – Nationale Sachverhalte », *NVwZ*, 2013, n° 9, p. 561-564 ; O.J. GSTREIN, S. ZEITZMANN, « Die “Åkerberg Fransson”-Entscheidung des EuGH – “NE BIS IN IDEM” als Wegbereiter für einen effektiven Grundrechtsschutz in der EU? », *ZEuS*, 2013, n° 2, p. 239-260 ; J.-P. JACQUE, « La Cour de justice face à l'article 51 de la Charte des droits fondamentaux. Timidité ou perspectives d'ouverture », in : *Scrutinizing internal and external dimensions of European law. Liber amicorum Paul Demaret*, vol. 1, Bruxelles, PIE-Peter Lang, 2013, p. 211-228 ; T. KINGREEN, « Die Grundrechte des Grundgesetzes im europäischen Grundrechtsföderalismus », *JZ*, 2013, n° 17, p. 801-811 ; P. KUBICKI, « Bindung der Mitgliedstaaten an EU-Grundrechte und EuGH, Rs. C-617/10 (Åkerberg Fransson) » [en ligne], *Aktueller Begriff – Europa (Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag)*, 2013, disponible sous : www.bundestag.de/ ; F. LANGE, « Verschiebungen im europäischen Grundrechtssystem ? », *NVwZ*, 2014, n° 4, p. 169-174 ; C.-O. LENZ, « EuGH-Urteil “Fransson” – Kein Anlass zum “Richterkrieg” », *EWS*, 2013, n° 3, p. I ; R. LETTERON, « La Charte des droits fondamentaux, le droit de l'Union, et le sac de Mary Poppins » [en ligne], *Liberté, Libertés chéries*, 7 mars 2013, disponible sous : <http://libertescheries.blogspot.fr/> ; C. OHLER, « Grundrechtliche Bindungen der Mitgliedstaaten nach Artikel 51 GRCh », *NVwZ*, 2013, n° 22, p. 1433-1438 ; F. PICOD, « La Charte doit être respectée dès qu'une réglementation nationale entre dans le champ d'application du droit de l'Union », *JCP G*, 2013, n° 11-12, p. 550 ; S. PLATON, « La Charte des droits fondamentaux et la “mise en œuvre” nationale du droit de l'Union : précisions de la Cour de justice sur le champ d'application de la Charte » [en ligne], *RDLF*, 2013, chron. n°11, disponible sous : www.revuedlf.com/ ; H.-J. RABE, « Signal nach Luxemburg », *NJW*, 2013, n° 21, éditorial ; C. SAFFERLING, « Der EuGH, die Grundrechtecharta und nationales Recht : Die Fälle Åkerberg Fransson und Melloni », *NStZ*, 2014, n° 10, p. 545-551 ; M. SAFJAN, D. DÜSTERHAUS, A. GUERIN, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les ordres juridiques nationaux, de la mise en œuvre à la mise en balance », *RTD Eur.*, 2016, n° 2, p. 219-247 ; D. SIMON, « Ne bis in idem », *Europe*, 2013, n° 4, comm. 154 ; V. SKOURIS, « Développements récents de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : les arrêts Melloni et Åkerberg Fransson », *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2013, p. 229-243 ; D. THYM, « Die Reichweite der EU-Grundrechte-Charta – Zu viel Grundrechtsschutz ? », *NVwZ*, 2013, n° 14, p. 889-896 ; L. USUNIER, « L'autonomie de l'interprétation de la Charte européenne des droits fondamentaux par rapport à la Convention européenne des droits de l'Homme », *RTD Civ.*, 2014, n° 2, p. 312-318 ; W. WEIB, « Grundrechtsschutz durch den EuGH : Tendenzen seit Lissabon », *EuZW*, 2013, n° 8, p. 287-292 ; R. WINTER, « Deutliche Worte des EuGH im Grundrechtsbereich », *NZA*, 2013, n° 9, p. 473-478.

Sur les attentes d'un tel arrêt de principe : K. LENAERTS, « Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights », *European Constitutional Law Review*, 2012, n° 8, p. 375-403.

⁵²¹ Par exemple : CJUE, 10 juill. 2014, aff. C-198/13, *Julian Hernández e.a.*, pt 33 ; CJUE, GC, 6 oct. 2015, aff. C-650/13, *Delvigne*, pt 26 ; CJUE, 17 déc. 2015, aff. C-419/14, *WebMindLicenses*, pt 67 ; CJUE, 5 avril 2017, aff. C-217 et 350/15, *Orsi*, pts 16 et 20.

garantis dans l'ordre juridique de l'Union »⁵²². De cette manière, elle établit une concordance entre le champ d'application des droits fondamentaux garanti par le biais des principes généraux antérieurement à l'entrée en vigueur de la Charte et le champ d'application des droits fondamentaux garantis par la Charte. L'article 51§1 de la Charte est présumé reprendre l'ensemble de la jurisprudence relative au champ d'application des principes généraux et ne crée pas de rupture dans l'étendue de la protection. Une telle interprétation découle de l'analyse téléologique, dans la mesure où les formulations utilisées par la Cour pour déterminer le champ d'application de la Charte viennent illustrer la continuité de la jurisprudence et non la stricte interprétation sémantique de l'article 51§1. Les nombreux renvois à la jurisprudence relative au champ d'application des principes généraux en témoignent⁵²³. Dans ses conclusions relatives à l'affaire *Sabou*, l'avocate générale Juliane Kokott a résumé comme suit cette méthode d'interprétation : « l'article 51, paragraphe 1, de la Charte n'est qu'une codification des conditions qui s'appliquent depuis toujours à l'application des principes généraux du droit de l'Union. Ce faisant, la Cour a unifié les conditions d'application de la Charte et des principes généraux »⁵²⁴.

La concordance des champs d'application entre la Charte et les principes généraux a également été confirmée concernant les entraves aux libertés économiques, qui ne sont pas des mises en œuvre *stricto sensu* du droit de l'Union. Cette concordance se confirme d'une part dans l'arrêt *Åkerberg Fransson*, en ce qu'il se réfère tant aux Explications relatives à la Charte que directement à l'arrêt *ERT*⁵²⁵. Elle se confirme d'autre part dans l'arrêt *Pfleger*, rendu en 2014, qui est venu appliquer l'apport de l'arrêt *Åkerberg Fransson* en matière de droits fondamentaux à une entrave à la libre prestation de service par un État membre⁵²⁶. Il atteste dès lors que la situation de la jurisprudence *ERT*⁵²⁷ appartient toujours au champ d'application des droits fondamentaux sous l'empire de la Charte.

133. Non-caducité des principes généraux. La rédaction de la Charte a également permis de codifier les principes généraux du droit. À quelques exceptions près⁵²⁸, les

⁵²² CJUE, GC, 26 fév. 2013, *Åkerberg Fransson*, prec., pt 18.

⁵²³ CJUE, GC, 26 fév. 2013, *Åkerberg Fransson*, prec., pt 19.

⁵²⁴ Conclusions de l'avocate générale Juliane Kokott présentées le 6 juin 2013, pt 38, sous CJUE, GC, 22 oct. 2013, aff. C-276/12, *Sabou*.

⁵²⁵ CJCE, 18 juin 1991, *ERT*, prec.

⁵²⁶ CJUE, 30 avril 2014, aff. C-390/12, *Pfleger e.a.*, pts 31-36.

⁵²⁷ CJCE, 18 juin 1991, *ERT*, prec.

⁵²⁸ Le droit à une bonne administration constitue un exemple de différence entre la protection offerte par les principes généraux, qui s'adressent à l'Union et aux États membres dans le champ d'application du droit de l'Union, et la protection offerte par la Charte (article 41), qui ne s'adresse qu'à l'Union : CJUE, 8 mai 2014,

protections offertes par ces deux mécanismes sont en effet identiques. Dans une interprétation de type systématique, la quasi-identité des protections peut expliquer la concordance des champs d'application. Néanmoins, ce constat de concordance peut poser question quant à l'utilité des principes généraux à l'avenir et remettre leur existence en question.

L'article 6§3 du TUE réaffirme pourtant expressément leur appartenance au droit de l'Union. Bien que leur rôle traditionnel ait perdu en importance, Dirk Ehlers juge que cette réaffirmation permet aux principes généraux de remplir, malgré tout, deux fonctions fondamentales. D'une part, ils doivent être utilisés dans l'interprétation des articles de la Charte. L'acquis communautaire ayant été largement fondu dans celle-ci, ils sont les principaux repères auxquels se référer en cas de doute sur le sens à donner au nouveau texte⁵²⁹. D'autre part, les principes généraux peuvent – et doivent – continuer à servir la découverte de nouveaux droits fondamentaux ou de nouveaux aspects de droits fondamentaux existants⁵³⁰. De manière moins exceptionnelle, cet aspect permet de continuer à protéger des principes qui garantissent une protection plus large d'un droit que la Charte. L'exemple du droit à une bonne administration vient le confirmer, tout comme une situation dans laquelle le protocole n° 30 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la Pologne et au Royaume-Uni viendrait limiter l'application de la Charte⁵³¹.

La concordance entre les logiques générales présidant à la définition des champs d'application de la Charte et des principes généraux a conduit à réaffirmer la superposition des champs d'application du droit de l'Union et des droits fondamentaux.

B) Superposition des champs d'application de la Charte et du droit de l'Union

134. Identité des champs d'application. L'exercice de clarification poursuivi par la Cour dans la décision *Åkerberg Fransson* l'a conduit à réaffirmer que « l'applicabilité du droit de l'Union implique celle des droits fondamentaux garantis par la Charte »⁵³². Bien

aff. C-604/12, *N.*, pts 49-50 ; CJUE, 17 juill. 2014, aff. C-141/12, *YS e.a.* ; CJUE, 5 nov. 2014, aff. C- 166/13, *Mukarubega* ; CJUE, 11 décembre 2014, aff. C-249/13, *Boudjlida*.

⁵²⁹ En ce sens : D. RITLENG, « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union ... », *op. cit.*, p. 273.

⁵³⁰ En ce sens également : J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Unité ou dualité du système de protection des droits fondamentaux de l'Union européenne dans le Traité de Lisbonne ? », in : *Mélanges en l'honneur du professeur Joël Molinier*, Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2012, p. 17.

⁵³¹ D. EHLERS, « (§14) Allgemeine Lehren der Unionsgrundrechte », *op. cit.*, pts 10-11.

⁵³² CJUE, GC, 26 fév. 2013, *Åkerberg Fransson*, *prec.*, pt 21.

que cela ait déjà été exprimé sous l'empire des principes généraux⁵³³ et depuis l'entrée en vigueur de la Charte⁵³⁴, l'arrêt s'attache à confirmer les éléments de définition présidant à la délimitation de l'article 51§1. La superposition des champs d'application présente ainsi « une grande vertu clarificatrice », selon les termes de Pascale Deumier⁵³⁵. Bien que le champ d'application du droit de l'Union ne soit pas beaucoup plus clairement défini, il a le mérite de faire moins l'objet de débats passionnés nuisant à la lisibilité de la protection des droits fondamentaux par le droit de l'Union. Les États membres sont donc contraints au respect de la Charte lorsqu'ils agissent dans le champ d'application du droit de l'Union : l'application des droits fondamentaux constitue l'accessoire de l'application du droit de l'Union. Autrement dit, la Charte ne s'applique à une situation que par « le soutien d'une disposition tutrice relevant d'un autre pan du droit de l'Union »⁵³⁶. Cette approche vient confirmer l'absence de compétence générale de l'Union en matière de droits fondamentaux⁵³⁷ rappelée par l'article 51§2. Le principe d'attribution des compétences, qui commande l'action de l'Union⁵³⁸, l'empêche en effet de se saisir d'une situation sur le simple motif de violation d'un droit fondamental.

135. Distinction entre champ d'application et domaine de compétence. Le champ d'application du droit de l'Union ne doit toutefois pas être confondu avec le domaine de compétence de l'Union⁵³⁹. Si les deux sont relativement proches et se recoupent en grande partie, ils ne sont pas exactement identiques⁵⁴⁰. Le domaine de compétence de l'Union dépend strictement du principe d'attribution qui préside à l'octroi de ses compétences.

⁵³³ Par exemple : CJCE, 29 mai 1997, *Kremzow*, prec., pt 15 ; CJCE, 18 déc. 1997, *Annibaldi*, prec., pt 13 ; CJCE, 22 oct. 2002, aff. C-94/00, *Roquette Frères*, pt 25.

⁵³⁴ Par exemple : CJUE, GC, 15 nov. 2011, aff. C-256/11, *Dereci e.a.*, pt 72 ; CJUE, 7 juin 2012, *Vinkov*, prec., pt 58 ; CJUE, Ass. plén., 27 nov. 2012, C-370/12, *Pringle*, pt 179.

⁵³⁵ P. DEUMIER, « Le champ d'application de la Charte entre droit de l'Union européenne et droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 393. En ce sens également, voir : C. NIVARD, « Les conditions d'application de la Charte des droits fondamentaux », in : A. BIAD, V. PARISOT (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : bilan d'application*, Bruxelles, Nemesis, 2018, p. 38 et s.

⁵³⁶ J.-M. SAUVE, « La Charte, son champ d'application », *op. cit.*, p. 385.

⁵³⁷ Cf. *supra*, §58.

⁵³⁸ Cf. *supra*, §69.

⁵³⁹ É. DUBOUT, « Le défi de la délimitation du champ de la protection des droits fondamentaux par la Cour de justice de l'Union européenne », *European Journal of Legal Studies* 6, 2013, n° 1, p. 15-16 ; H.-P. FOLZ, *op. cit.*, Art. 51 GR-Charta, pt 5 ; F. MARTUCCI, « Situations purement internes et libertés de circulation », in : É. DUBOUT, A. MAITROT DE LA MOTTE, *L'unité des libertés de circulation. In varietate concordia ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 58-63 ; C. NIVARD, « Les conditions d'application de la Charte des droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 43 ; D. RITLÉNG, « Les États membres face aux entraves », in : L. AZOULAI (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Colloque organisé par le Centre de droit européen de l'Université Panthéon-Assas les 4 et 5 décembre 2009 à Paris, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 305.

⁵⁴⁰ H.-D. JARASS, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union unter Einbeziehung der vom EuGH entwickelten Grundrechte und der Grundrechtsregelungen der Verträge : Kommentar*, 3^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2016, Art. 51, pt 19. Dans la même idée, voir : K. LENAERTS, « L'encadrement par le droit de l'Union européenne des compétences des États membres », in : *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 424.

Celles-ci sont inscrites sous forme de catalogue dans les traités. Bien qu'il n'empêche pas les problèmes de frontières entre l'Union et les États membres, ce catalogue clarifie au moins les modalités de répartition des compétences⁵⁴¹. Ainsi, « en vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent »⁵⁴². L'un des intérêts de cet article est de distinguer deux temps en matière de compétence. D'une part, l'allocation de compétence, qui se produit lorsque l'Union est formellement investie d'une compétence. Elle relèverait du « moment constituant »⁵⁴³ et permet de délimiter le domaine de compétence de l'Union. D'autre part, l'exercice de la compétence, qui se produit lorsque l'Union se saisit de cette compétence formellement attribuée et choisie de l'exercer. La compétence sera alors « traduite dans un acte juridique pris par l'autorité compétente pour en assurer la gestion »⁵⁴⁴. C'est la somme des compétences exercées qui permet de déterminer le champ d'application du droit de l'Union.

Le décalage entre domaine de compétence et champ d'application s'observe à plusieurs égards. Dans le domaine de compétence de l'Union, un nombre non négligeable d'attributions se révèlent être des compétences partagées. L'article 2§2 du TFUE prévoit que « Lorsque les traités attribuent à l'Union une compétence partagée avec les États membres dans un domaine déterminé, l'Union et les États membres peuvent légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants dans ce domaine. Les États membres exercent leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne. Les États membres exercent à nouveau leur compétence dans la mesure où l'Union a décidé de cesser d'exercer la sienne ». Ces compétences partagées constituent l'une des raisons pour lesquelles les compétences formellement attribuées à l'Union ne sont pas toutes matériellement exercées par elle. Le champ d'application se révèle en l'espèce plus restreint que le champ de compétence.

Une autre raison du décalage entre domaine de compétence et champ d'application se trouve, à l'inverse, dans les situations dans lesquelles l'Union ne dispose pas formellement d'une compétence prévue par les traités, mais dans laquelle elle a malgré tout été amenée à prendre des décisions. Pour partie ces décisions résultent une fois encore de l'interprétation téléologique qui conduit l'Union à exercer des compétences qu'elle ne possède pas

⁵⁴¹ V. CONSTANTINESCO, V. MICHEL, « Compétences de l'Union européenne », in : *Répertoire de droit européen*, Juin 2011 (actualisation : Avril 2017), §16.

⁵⁴² Article 5§2 du TUE.

⁵⁴³ V. CONSTANTINESCO, V. MICHEL, « Compétences de l'Union européenne », *op. cit.*, §58.

⁵⁴⁴ *Ibid.*

expressément afin de poursuivre les objectifs prévus par les traités. Pour ce faire, les institutions peuvent se fonder sur les dispositions des traités relatives au rapprochement des législations⁵⁴⁵, sur l'article 352 du TFUE⁵⁴⁶ et sur les théories de la connexité matérielle et des compétences implicites⁵⁴⁷. Le champ d'application de l'Union sera alors plus large que le domaine de ses compétences formelles.

En matière de protection des droits fondamentaux de l'Union, le champ d'application du droit de l'Union (qui exprime la délimitation des compétences exercées), se prête mieux à une protection effective que le domaine de compétence du droit de l'Union (qui exprime le domaine de compétence formellement attribué). Ces droits doivent en effet être protégés dans les situations dans lesquelles la compétence a été exercée, car c'est là qu'un risque concret de violation par le droit de l'Union existe. À l'inverse, la simple possession par le droit de l'Union d'une compétence non-exercée ne fait courir aucun risque de violation. La superposition du champ d'application de la Charte avec le champ d'application du droit de l'Union se révèle donc nettement plus cohérente qu'avec son domaine de compétence.

136. Approche finaliste du champ d'application. L'interprétation de l'article 51§1 de la Charte en concordance avec la jurisprudence sur les principes généraux et avec le champ d'application du droit de l'Union résulte clairement d'une approche orientée vers la finalité de la protection des droits fondamentaux et de la poursuite des objectifs de l'Union. *A contrario*, l'aspect formel n'y tient qu'une place réduite. Le choix de la continuité opéré par la Cour⁵⁴⁸ permet en effet de conserver une protection des droits fondamentaux fonctionnelle et entièrement intégrée au système spécifique qu'est l'Union européenne, sans nécessité de reconstruire une cohérence du système.

137. Conclusion. Les propos de Jean-Marc Sauvé prononcés à l'occasion d'un colloque au Conseil d'État sur le mode d'emploi de la Charte résument assez justement l'apport de l'arrêt *Åkerberg Fransson*. Selon lui, « Dans le respect des traités, la décision [...] réalise un double gain de simplicité et de cohérence : simplicité d'un critère qui fait se superposer le champ d'application du droit de l'Union et le champ d'application de la

⁵⁴⁵ Article 50§2 g, article 52§2, article 53§2 et article 113 à 115 du TFUE.

⁵⁴⁶ Article 352§1 du TFUE : « Si une action de l'Union paraît nécessaire, dans le cadre des politiques définies par les traités, pour atteindre l'un des objectifs visés par les traités, sans que ceux-ci n'aient prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen, adopte les dispositions appropriées. Lorsque les dispositions en question sont adoptées par le Conseil conformément à une procédure législative spéciale, il statue également à l'unanimité, sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen ».

⁵⁴⁷ V. CONSTANTINESCO, V. MICHEL, « Compétences de l'Union européenne », *op. cit.*, §82-105.

⁵⁴⁸ Relevé également dans : M. BENLOLO CARABOT, « La mise en œuvre de la Charte », in : *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : mode d'emploi*, *op. cit.*, p. 446.

Charte ; cohérence d'un critère qui fait coïncider le champ d'application des principes généraux du droit de l'Union avec les droits consacrés par la Charte, les seconds étant en grande partie une reprise des premiers »⁵⁴⁹. Toutefois, l'interprétation proposée par la Cour dans cet arrêt ne permet pas de dégager de critères d'appartenance au champ d'application des droits fondamentaux. Le problème de la détermination concrète du caractère de mise en œuvre du droit de l'Union d'une situation pose toujours question⁵⁵⁰. Au lendemain de la décision, Sébastien Platon estimait qu'« Il est probable [...] que ces arrêts vont susciter une “grappe jurisprudentielle” (pour paraphraser la notion de “grappe d'innovation”, due à l'économiste Joseph Schumpeter) tant il est vrai, comme il a été remarqué en doctrine, que la jurisprudence européenne se construit plus à présent par “blocs” que par grands arrêts »⁵⁵¹. Il suivait en cela l'avis de l'avocat général Pedro Cruz Villalón⁵⁵². Au regard de la jurisprudence ultérieure, leur intuition s'est révélée exacte.

§2- La réaffirmation des critères relatifs à la mise en œuvre du droit de l'Union

138. Au lendemain de la décision *Åkerberg Fransson*, un certain nombre d'arrêts de la Cour sont venus concrétiser la notion de mise en œuvre du droit de l'Union. Après avoir apporté une définition plus aboutie du champ d'application de la Charte, il s'agissait d'en préciser certains éléments en clarifiant d'une part la signification de l'expression « mise en œuvre » du droit de l'Union (A) et en établissant d'autre part les critères de qualification y afférents (B).

A) Clarification de l'expression « mise en œuvre » du droit de l'Union

139. Identité des notions de mise en œuvre et de champ d'application. Les deux expressions majoritairement utilisées pour décrire le champ d'application du droit de l'Union se distinguent incontestablement d'un point de vue sémantique⁵⁵³. Cette distinction

⁵⁴⁹ J.-M. SAUVE, « La Charte, son champ d'application », *op. cit.*, p. 389.

⁵⁵⁰ H.-P. FOLZ, *op. cit.*, Art. 51 GR-Charta, pt 14.

⁵⁵¹ S. PLATON, « La Charte des droits fondamentaux et la “mise en œuvre” nationale du droit de l'Union ... », *op. cit.*

⁵⁵² Conclusions de l'avocat général Pedro Cruz Villalón présentées le 12 juin 2012, pt 24, sous CJUE, GC, 26 fév. 2013, *Åkerberg Fransson*, *prec.*

⁵⁵³ Cf. *supra*, §103.

a pu être interprétée comme entraînant une différence d'étendue du champ d'application⁵⁵⁴, alors que la Cour de justice semble ne l'utiliser que pour adapter la sémantique aux spécificités d'un même contenu⁵⁵⁵.

Cette distinction, qui n'affecte pas l'étendue de l'objet, se retrouve dans différents arrêts dans lesquels la Cour utilise les deux expressions⁵⁵⁶ de manière synonymes et parfaitement interchangeables. Déjà dans la décision *Bostock*, rendue en 1994 au sujet de la mise en œuvre des règlements communautaires sur les quotas laitiers, la Cour indiquait que « les exigences découlant de la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire lient également les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre des réglementations [...]. À cet égard, comme la Cour l'a relevé dans son arrêt du 18 juin 1991, *ERT* [...], dès lors qu'une réglementation nationale entre dans le champ d'application du droit communautaire, la Cour, saisie à titre préjudiciel, doit fournir tous les éléments d'interprétation nécessaires à l'appréciation, par la juridiction nationale, de la conformité de cette réglementation avec les droits fondamentaux dont la Cour assure le respect »⁵⁵⁷. Une telle confusion des expressions a été confirmée par l'arrêt *Åkerberg Fransson*⁵⁵⁸. Ainsi, selon les termes de Myriam Benlolo Carabot, « il n'y a pas, et [...] il n'y a peut-être jamais eu, de véritable incompatibilité entre les approches “champ d'application” et “mise en œuvre” »⁵⁵⁹. À notre sens, ces deux expressions sont réputées désigner le même contenu, la même étendue du champ d'application, sans conduire à une différence de fond. Cette interprétation obéit également à l'exigence de continuité de la protection des droits fondamentaux poursuivie par la Cour par le biais de l'effet utile. Elle est imprégnée de la logique de finalité poursuivie par les traités.

⁵⁵⁴ M. BOROWSKI, in : J. MEYER (éd.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4^{ème} éd., Baden-Baden, Nomos, 2014, Art. 51, pt 24 ; H.-P. FOLZ, *op. cit.*, Art. 51 GR-Charta, pts 5-6 ; T. KINGREEN, in : C. CALLIESS/M. RUFFERT (éd.), *EUV, AEUV – Kommentar*, 4^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2011, Art. 51 GRCh, pts 14 et s. ; M. PECHSTEIN, *Entscheidungen des EuGH : Kommentierte Studienauswahl*, 10^{ème} éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 2018, p. 423.

⁵⁵⁵ En ce sens : J.-P. JACQUE, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : aspects juridiques généraux », *Rev. Eur. Droit Public*, 2002, n° 1, p. 111 ; F.C. MAYER, « La Charte européenne des droits fondamentaux et la Constitution européenne », *RTD Eur.*, 2003, n° 2, p. 185-186 ; F. PICOD, in : S. VAN DROOGHENBROECK, F. PICOD (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2017, Art. 51, pt 22. Cf. *supra*, §54. ; F. PICOD, « Pour un développement durable des droits fondamentaux de l'Union européenne », in : *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 537-539.

⁵⁵⁶ Ainsi que d'autres moins usitées, par exemple : « dans le cadre du droit communautaire », « dans les situations régies par le droit de l'Union ».

⁵⁵⁷ CJCE, 24 mars 1994, aff. C-2/92, *The Queen c/ Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Dennis Clifford Bostock (Bostock)*, pt 16.

⁵⁵⁸ CJUE, GC, 26 fév. 2013, *Åkerberg Fransson*, *prec.*, pts 17 et 19.

⁵⁵⁹ M. BENLOLO CARABOT, « La mise en œuvre de la Charte », *op. cit.*, p. 446. En ce sens : D. EHLERS, « (§14) Allgemeine Lehren der Unionsgrundrechte », *op. cit.*, pt 65 ; S. PLATON, « La Charte des droits fondamentaux et la “mise en œuvre” nationale du droit de l'Union ... », *op. cit.* ; H.-J. RABE, « Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten », *NJW*, 2013, n° 20, p. 1408.

140. Distinction entre les notions de transposition et de mise en œuvre. Les expressions « mise en œuvre » et « champ d'application » du droit de l'Union ont une signification identique à notre sens et contiennent tant les situations de mise en œuvre *stricto sensu* que celles d'entraves à une liberté économique. Par conséquent, la notion de transposition ne peut être réputée équivalente à celle de « mise en œuvre ». D'une part, la transposition ne concerne que les cas des directives et ne prend pas en compte les autres types de normes et, d'autre part, la transposition ne reflète pas les situations d'entraves aux libertés économiques. Dès lors, il importe peu que la mesure nationale en cause ait été spécifiquement prise pour transposer une directive⁵⁶⁰, d'autant plus que l'intention de mettre en œuvre une directive peut difficilement être prouvée si elle n'est pas expressément inscrite dans la mesure⁵⁶¹. La notion de « mise en œuvre » se révèle donc plus large que celle de « transposition » et explique que les deux ne puissent être confondues.

En conséquence, l'étendue de l'expression « mise en œuvre » du droit de l'Union doit d'une part être distinguée de la notion de transposition, plus restrictive, et d'autre part être confondue avec celle de champ d'application qui, malgré des différences sémantiques, emporte la même signification quant à leur teneur. Ces distinctions faites, la « grappe jurisprudentielle » attachée à l'arrêt *Åkerberg Fransson*⁵⁶² est venue mettre en évidence des critères permettant de qualifier, à partir d'une situation, une mesure nationale de mise en œuvre du droit de l'Union.

B) Critères de la « mise en œuvre » du droit de l'Union

141. Le concept de « lien de rattachement ». La « mise en œuvre » du droit de l'Union visée par l'article 51§1 de la Charte a été précisée par la Cour au regard du lien entre droit national et droit de l'Union. À ce titre, il est exigé un lien de rattachement qui doit « dépasse[r] le voisinage des matières visées ou les incidences indirectes de l'une des matières sur l'autre » pour que les droits fondamentaux de l'Union soient applicables dans une situation donnée⁵⁶³. Autrement dit, le lien entre le droit interne et le droit de l'Union,

⁵⁶⁰ CJUE, GC, 26 fév. 2013, *Åkerberg Fransson*, prec., pt 28. Vient confirmer notamment : CJCE, GC, 22 nov. 2005, aff. C-144/04, *Mangold*, pt 68.

⁵⁶¹ S. PLATON, « La Charte des droits fondamentaux et la “mise en œuvre” nationale du droit de l'Union ... », *op. cit.*

⁵⁶² *Ibid.* Également appelée « blocs de jurisprudence » : L. CLEMENT-WILZ, C. MAYEUR-CARPENTIER, F. MARTUCCI, « Droit de l'Union européenne et droit administratif français. Champ d'application de la Charte des droits fondamentaux », *RFDA*, 2014, n° 5, p. 990.

⁵⁶³ Notamment : CJCE, 29 mai 1997, *Kremzow*, prec., pt 16 ; CJUE, 6 mars 2014, aff. C-206/13, *Siragusa*, pt 24 ; CJUE, 10 juill. 2014, *Julian Hernández*, prec., pts 34-35. Encore confirmé dans : CJUE, ord. 4 juin 2020, aff. C-32/20, *Balga*, pts 25-26.

pour être établi, ne peut être hypothétique⁵⁶⁴. L'avocat général Pedro Cruz Villalón a rappelé dans ses conclusions que « c'est le degré de connexité entre le droit de l'Union "mis en œuvre" en principe et l'exercice de la puissance publique de l'État qui constitue la prémisses de la constatation d'un intérêt de l'Union à garantir le droit fondamental dans cette affaire »⁵⁶⁵. Le simple concours à la réalisation des objectifs du projet européen ne suffit donc pas à qualifier la mesure nationale de mise en œuvre, si elle ne dispose pas d'un lien de rattachement suffisamment important avec le droit de l'Union. Cette précision n'a pas été évoquée dans l'arrêt *Åkerberg Fransson*. C'est d'ailleurs l'une des critiques qui a été opposée à son raisonnement et à la reconnaissance par la Cour de sa compétence dans l'affaire, dans la mesure où le lien entre le droit national et le droit de l'Union pouvait apparaître trop ténu⁵⁶⁶.

142. Établissement des critères de mise en œuvre du droit de l'Union par une mesure nationale. Le lien de rattachement, caractérisé notamment au regard de quatre critères formulés dans la décision *Annibaldi* en 1997⁵⁶⁷, a été confirmé par plusieurs arrêts après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne⁵⁶⁸. Afin de rechercher si une mesure nationale est réputée mettre en œuvre le droit de l'Union, il est ainsi nécessaire de vérifier « si elle a pour but de mettre en œuvre une disposition du droit de l'Union, le caractère de cette réglementation et si celle-ci ne poursuit pas des objectifs autres que ceux couverts par le droit de l'Union, même si elle est susceptible d'affecter indirectement ce dernier, ainsi que s'il existe une réglementation du droit de l'Union spécifique en la matière ou susceptible de l'affecter »⁵⁶⁹. Même si aucun nouveau critère ne semble avoir été ajouté depuis cette série d'arrêts, selon toute vraisemblance, cette liste n'est pas exhaustive. En effet, la Cour en fait chaque fois l'énoncé en commençant par l'expression « parmi d'autres

⁵⁶⁴ CJCE, 28 juin 1984, aff. C-180/83, *Moser c/ Land Baden-Württemberg*, pt 18 ; CJCE, 29 mai 1997, *Kremzow*, préc., pt 16 ; CJCE, 13 mars 2001, aff. C-379/98, *PreussenElektra*, pts 38-39. H.-D. JARASS, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, op. cit., Art. 51, pt 20 ; L. PAILLER, *Le respect de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans l'espace judiciaire européen en matière civile et commerciale*, op. cit., p. 66 ; M. SAFJAN, D. DÜSTERHAUS, A. GUERIN, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les ordres juridiques nationaux ... », op. cit., p. 229 et s.

⁵⁶⁵ Conclusions de l'avocat général Pedro Cruz Villalón présentées le 12 juin 2012, pt 57, sous CJUE, GC, 26 fév. 2013, *Åkerberg Fransson*, préc.

⁵⁶⁶ Par exemple : T. KINGREEN, « Ne bis in idem : Zum Gerichtswettbewerb um die Deutungshoheit über die Grundrechte », *EuR*, 2013, n° 4, p. 451 ; D. THYM, « Die Reichweite der EU-Grundrechte-Charta – Zu viel Grundrechtsschutz ? », op. cit., p. 890.

⁵⁶⁷ CJCE, 18 déc. 1997, *Annibaldi*, préc., pts 21-24.

⁵⁶⁸ CJUE, 8 nov. 2012, aff. C-40/11, *Iida*, pt 79 ; CJUE, 8 mai 2013, aff. C-87/12, *Ymeraga et Ymeraga-Tafarshiku*, pt 41 ; CJUE, 6 mars 2014, *Siragusa*, préc., pts 24-25 ; CJUE, 10 juill. 2014, *Julian Hernández*, préc., pts 34-35. Et encore récemment : CJUE, ord. 24 sept. 2019, aff. C-467/19 PPU, *Spetsializirana prokuratura*, pt 40.

⁵⁶⁹ CJUE, 6 mars 2014, *Siragusa*, préc., pt 25.

éléments »⁵⁷⁰. Par conséquent, ces critères semblent s'apparenter plus à des composantes d'un faisceau d'indices qu'à un ensemble absolu de conditions à observer⁵⁷¹. En ce sens, il arrive régulièrement que la Cour ne les vérifie pas tous⁵⁷².

143. Critère relatif à l'objectif de mise en œuvre du droit de l'Union. Malgré son apparente clarté, le premier critère se doit d'être plus particulièrement explicité. En effet, lorsqu'il est question du « but de mettre en œuvre une disposition du droit de l'Union », ce n'est pas tant le l'aspect formel évoqué par l'auteur de la règle nationale qui intéresse (indication expresse qu'il s'agit d'une mesure de transposition d'une directive spécifique), que le but matériel, qui s'attache au contenu de la règle. En effet, l'objectif matériel d'une règle peut se révéler plus complexe que ce que le caractère formel de la mesure veut bien expliciter, notamment car il peut être multiple. Ce constat vient confirmer l'observation selon laquelle il n'est pas nécessaire qu'une mesure nationale ait été *spécifiquement* prise pour appliquer le droit de l'Union pour qu'elle soit réputée mettre celui-ci en œuvre.

En l'absence d'intention formelle de mettre en œuvre le droit de l'Union, ce qui importe pour la mesure nationale est sa « mise au service »⁵⁷³ de l'application du droit de l'Union. En effet, le fait qu'une mesure nationale soit réputée appartenir au champ d'application du droit de l'Union lorsqu'elle est appliquée à une situation particulière transfrontalière ou à une situation qui contribue à la réalisation des objectifs de l'Union n'implique pas que cette même mesure nationale appartienne de manière définitive au champ d'application du droit de l'Union, quelle que soit la situation dans laquelle elle est amenée à s'appliquer. Pour illustrer cette considération, la Cour a notamment estimé dans l'arrêt *Åkerberg Fransson* que les sanctions fiscales et poursuites pénales prévues par le droit suédois mettaient en œuvre le droit de l'Union, étant donné qu'elles participaient à l'objectif de protection des intérêts financiers de l'Union. Pour autant, ces mêmes règles nationales ne sont pas devenues de manière absolue des règles de mise en œuvre du droit de l'Union dans l'ensemble des situations dans lesquelles elles sont appliquées. Leur caractère de mise en

⁵⁷⁰ F. BENOIT-ROHMER, « Champ d'application de la Charte (article 51 de la Charte) », *RTD Eur.*, 2015, n° 1, chron. n° 14, p. 162 ; D. THYM, « Blaupausenfallen bei der Abgrenzung von Grundgesetz und Grundrechtecharta », *DÖV*, 2014, n° 22, p. 944.

⁵⁷¹ D. THYM, *Ibid.*, p. 944.

⁵⁷² CJUE, 8 nov. 2012, *Iida*, prec., pts 80-81 ; CJUE, 8 mai 2013, *Ymeraga*, prec., pts 42-43 ; CJUE, 10 juill. 2014, *Julian Hernández*, prec., pts 37-45.

⁵⁷³ D. RITLENG, « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union ... », *op. cit.*, p. 275.

œuvre du droit de l'Union découlait en l'espèce uniquement de la situation spécifiquement en cause⁵⁷⁴.

La recherche de l'objectif formel de mise en œuvre du droit de l'Union n'apparaît donc pas suffisante pour envisager l'appartenance d'une mesure nationale au champ d'application du droit de l'Union. Elle peut, au mieux, faciliter leur reconnaissance. En revanche, l'objectif matériel de concourt à la réalisation des objectifs de l'Union et à sa finalité se révèle plus pertinent pour constater la poursuite du « but de mettre en œuvre une disposition du droit de l'Union ». En outre, il est indispensable que la situation du requérant soit, par le biais de la mesure de transposition d'une directive, régie par le droit de l'Union et pas simplement déterminée par la règle nationale. La situation d'un requérant qui n'entre pas dans les conditions d'application de la mesure de droit de l'Union ne pourra ainsi être qualifiée de mise en œuvre du droit de l'Union⁵⁷⁵.

144. Critère du caractère de la réglementation nationale. Le second critère nécessaire à la détermination du lien de rattachement propose de s'intéresser au caractère de la réglementation nationale. Il n'a été utilisé qu'une seule fois par la Cour⁵⁷⁶ et apparaît de ce fait comme obscur. En effet, l'arrêt *Annibaldi* indique simplement que la loi en cause bénéficie d'un caractère général⁵⁷⁷. Cette affirmation semble aller contre l'idée selon laquelle une loi avec un caractère général puisse mettre en œuvre le droit de l'Union, bien que cela ne soit pas précisé. S'il paraît difficile de tirer enseignement de ce critère, il semble toutefois qu'il ne constitue pas un indice déterminant parmi les critères énumérés.

145. Critère des objectifs communs. Le troisième critère propose de vérifier si les objectifs de la mesure nationale et du droit de l'Union sont identiques⁵⁷⁸. En conséquence, le fait pour une mesure nationale d'affecter indirectement le droit de l'Union ne suffit pas à constituer un lien de rattachement suffisant⁵⁷⁹. À plusieurs reprises, la Cour s'est attachée à analyser les objectifs poursuivis par la réglementation nationale en cause et par l'acte de droit de l'Union invoquée afin de contrôler si les deux mesures se recoupaient ou si elles agissaient simplement sur un même levier, sans pour autant poursuivre la même finalité.

⁵⁷⁴ En ce sens : *Ibid.*, p. 275 ; D. THYM, « Die Reichweite der EU-Grundrechte-Charta – Zu viel Grundrechtsschutz ? », *op. cit.*, p. 892.

⁵⁷⁵ CJUE, 8 nov. 2012, *Iida*, préc., pts 79-80 ; CJUE, 8 mai 2013, *Ymeraga*, préc., pt 42 ; CJUE, 22 janv. 2020, aff. C-177/18, *Baldonado Martín*, pts 59-63.

⁵⁷⁶ CJCE, 18 déc 1997, *Annibaldi*, préc., pt 22.

⁵⁷⁷ CJCE, 18 déc. 1997, *Annibaldi*, préc., pt 22.

⁵⁷⁸ L. XENOU, *Les principes généraux du droit de l'Union européenne et la jurisprudence administrative française*, Paris, Bruylant, 2017, p. 108.

⁵⁷⁹ CJCE, 29 mai 1997, *Kremzow*, préc., pt 16 ; CJCE, 18 déc. 1997, *Annibaldi*, préc., pt 22 ; CJUE, 6 mars 2014, *Siragusa*, préc., pt 29.

Dans ce dernier cas, la réglementation nationale n'est pas réputée mettre en œuvre le droit de l'Union⁵⁸⁰. Les objectifs nationaux et européens doivent donc véritablement se rejoindre, puisqu'il « ne suffit [...] pas qu'existe une législation de l'Union dans le domaine concerné, il faut que celle-ci soit applicable à la situation en cause »⁵⁸¹.

146. Critère de l'existence d'une réglementation spécifique. Ces précisions sur l'existence d'un objectif commun entre les actes font échos au quatrième critère relatif à l'existence d'une réglementation européenne spécifique dans la matière concernée ou susceptible de l'affecter. Ce critère a également été précisé par la Cour⁵⁸² mais a tendance à se confondre avec le précédent, dans la mesure où l'identité des objectifs avec une mesure nationale est le plus souvent contrôlée au regard d'une disposition spécifique de droit de l'Union et non au regard des objectifs généraux du projet européen. De ce fait, le seul constat que la législation nationale en cause puisse affecter une réglementation spécifique de droit de l'Union n'est pas suffisant pour établir un lien de rattachement et qualifier la législation nationale de mise en œuvre du droit européen⁵⁸³. De la même manière, une disposition nationale qui se contente d'appartenir à un domaine dans lequel l'Union européenne dispose d'une compétence ne peut être considérée comme mettant en œuvre le droit de l'Union⁵⁸⁴. Également, lorsque les traités n'attribuent pas à l'Union de compétence pour instaurer un mécanisme spécifique, pourtant *de facto* créé par les États membres, la Cour considère qu'il n'existe pas de réglementation de l'Union en la matière et qu'il ne s'agit pas d'une mise en œuvre du droit européen, en témoigne l'exemple du Mécanisme européen de stabilité⁵⁸⁵. Une situation qui aurait une thématique en commun avec une ligne directrice, mais qui ne serait pas régie par elle, ne répond donc à aucun des critères du faisceau d'indices. Le lien entre droit national et droit de l'Union apparaît comme trop hypothétique pour que les droits fondamentaux de l'Union soient réputés applicables⁵⁸⁶.

147. Obligation imposée à l'État membre dans la matière en cause. En complément des quatre critères énoncés, une condition supplémentaire est souvent exigée afin de

⁵⁸⁰ CJCE, 18 déc. 1997, *Annibaldi*, prec., pt 22 ; CJUE, 6 mars 2014, *Siragusa*, prec., pt 28 ; CJUE, 10 juill. 2014, *Julian Hernández*, prec., pts 38-41.

⁵⁸¹ F. BENOIT-ROHMER, « Champ d'application de la Charte (article 51 de la Charte) », *op. cit.*, p. 163.

⁵⁸² CJCE, 18 déc. 1997, *Annibaldi*, prec., pt 24.

⁵⁸³ CJCE, 29 mai 1997, *Kremzow*, prec., pt 16 ; CJCE, 18 déc. 1997, *Annibaldi*, prec., pt 22 ; CJUE, 6 mars 2014, *Siragusa*, prec., pt 29.

⁵⁸⁴ C. LADENBURGER, *op. cit.*, Art. 51, pt 28 ; T. VON DANWITZ, Réponses au questionnaire, in : ASSOCIATION DES CONSEILS D'ÉTAT ET JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES SUPREMES DE L'UNION EUROPEENNE, *Séminaire sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, La Haye, 24 novembre 2011, Question 7, p. 6.

⁵⁸⁵ CJUE, Ass. plén., 27 nov. 2012, *Pringle*, prec., pts 180-181.

⁵⁸⁶ CJCE, ord. 16 janv. 2008, aff. C-361/07, *Polier*, pts 10-14.

caractériser une mesure nationale de mise en œuvre du droit de l’Union. Selon cette condition, une mesure nationale ne peut être réputée mettre en œuvre le droit de l’Union si « les dispositions de l’Union dans le domaine concerné n’impos[ent] aucune obligation aux États membres à l’égard de la situation en cause au principal ». En l’absence d’une telle disposition impérative et applicable au cas d’espèce, la réglementation nationale ne peut être appréciée comme une mise en œuvre du droit de l’Union et les droits fondamentaux y afférents ne sont pas applicables⁵⁸⁷.

148. Application du faisceau d’indices à l’arrêt *Åkerberg Fransson*. Ces critères trouvent leur confirmation dans l’arrêt *Åkerberg Fransson*⁵⁸⁸. En l’espèce, il n’apparaît pas que les mesures nationales en cause aient eu spécifiquement pour objet de mettre en œuvre la directive européenne sur l’harmonisation des législations en matière de taxe sur le chiffre d’affaire⁵⁸⁹ ou l’article 325 du TFUE. Toutefois, la Cour a précisé qu’elles constituent malgré tout une mise en œuvre du droit de l’Union⁵⁹⁰ étant donné qu’elles poursuivent le même objectif. En outre, tant la directive que les traités imposent des obligations aux États membres en matière de perception de la TVA⁵⁹¹. Le lien serait donc direct entre les mesures nationales et celles du droit de l’Union car une mauvaise réception par l’un des États membres des recettes de la TVA, qui constitue une part du budget propre de l’Union, affecterait potentiellement ses finances⁵⁹². La Cour démontre ainsi que l’analyse du faisceau d’indices doit être guidée par la recherche d’un lien réel entre le droit national et le droit de l’Union. Dès lors, si un lien de rattachement suffisamment solide peut être démontré, la mesure nationale est réputée mettre en œuvre le droit de l’Union.

149. Conclusion. De ces différents critères, il ressort que le caractère formel du lien entre droit national et droit de l’Union est très accessoire, quand sa matérialité et le concours à la poursuite des objectifs prévus par le droit de l’Union tiennent une place prépondérante.

⁵⁸⁷ CJCE, 30 sept. 1987, aff. C-12/86, *Demirel c/ Stadt Schwäbisch Gmünd*, pt 28 ; CJCE, 13 juin 1996, aff. C-144/95, *Maurin*, pts 11-12 ; CJUE, 6 mars 2014, *Siragusa*, prec., pts 26-27 ; CJUE, 10 juill. 2014, *Julian Hernández*, prec., pt 35 ; CJUE, 24 sept. 2019, *Spetsializirana prokuratura*, prec., pts 40-43. Voir également : G. BRITZ, « Grundrechtsschutz durch das Bundesverfassungsgericht und den Europäischen Gerichtshof » [en ligne], 6 octobre 2014, p. 6, [consulté le 20 novembre 2017], intervention disponible sous : www.uni-giessen.de/

⁵⁸⁸ CJUE, GC, 26 fév. 2013, *Åkerberg Fransson*, prec., pts 27-28.

⁵⁸⁹ La recherche sur la base de données Eur-lex des mesures de transposition suédoises de la sixième directive 77/388/CEE du Conseil du 17 mai 1977 en matière d’harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d’affaires indiquent d’autres lois nationales que la « *skattebrottslagen* (1971:69) ». Par ailleurs, la Cour le précise expressément au point 28 de l’arrêt.

⁵⁹⁰ CJUE, GC, 26 fév. 2013, *Åkerberg Fransson*, prec., pt 27.

⁵⁹¹ CJUE, GC, 26 fév. 2013, *Åkerberg Fransson*, prec., pts 26-27.

⁵⁹² CJUE, GC, 26 fév. 2013, *Åkerberg Fransson*, prec., pt 26. En ce sens notamment : S. PLATON, « La Charte des droits fondamentaux et la “mise en œuvre” nationale du droit de l’Union ... », *op. cit.* ; D. RITLENG, « De l’articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l’Union ... », *op. cit.*, p. 278.

Il est donc indispensable de s'intéresser au contenu des mesures nationales comme européennes afin de faire ressortir un lien de rattachement entre les deux. C'est d'ailleurs l'exercice auquel se soumet systématiquement la Cour de justice avant de qualifier une mesure nationale de mise en œuvre du droit de l'Union dans une situation donnée. L'objectif poursuivi par le droit de l'Union tient donc une place fondamentale dans la détermination du champ d'application du droit de l'Union. Si le champ d'application de la Charte n'est, en définitive, qu'une confirmation de celui des principes généraux et s'il est calqué sur celui du droit de l'Union, l'exigence de clarification depuis l'entrée en vigueur de la Charte a fait considérablement ressortir l'impératif de finalité matérielle des normes comme fil conducteur de l'interprétation des droits fondamentaux de l'Union.

Conclusion de Chapitre

150. Les différentes méthodes d'interprétation ne rencontrent pas toutes le même écho dans la jurisprudence de la Cour de justice. Les analyses sémantiques et historiques achoppent à un certain nombre de contradictions liées aux spécificités du droit de l'Union tandis que les analyses systématiques et téléologiques répondent incontestablement aux exigences relatives au système développé à partir des traités et du projet européen qui en découle. Les premières remplissent donc une fonction de confirmation des résultats de l'interprétation données par les secondes. Cet ordre de priorité se distingue de celui qui peut être utilisé en droit international⁵⁹³ ou même dans des systèmes nationaux⁵⁹⁴. Il conduit à organiser une autre logique dans la réflexion relative à l'interprétation des textes et tout particulièrement ceux de droit primaire.

151. Cette logique prévaut dans la tentative de circonscription du champ d'application de la Charte. L'ensemble des réponses apportées aux incertitudes qui en résultent vont dans le sens d'une interprétation téléologique et systématique. Elles sont orientées vers la finalité du projet européen. De ce dessein découlent une exigence de continuité de la jurisprudence européenne. Les traités décrivant une intégration toujours plus poussée, celle-ci doit être

⁵⁹³ M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, 11^{ème} éd., *op. cit.*, p. 432-433 ; H. KUTSCHER, « Méthodes d'interprétation vues par un juge à la Cour », *op. cit.*, p. I-41 ; R. LECOURT, *L'Europe des juges*, *op. cit.*, p. 242.

⁵⁹⁴ H. KUTSCHER, *Ibid.*, p. I-30.

constante et ne peut justifier de rupture. Cette approche explique les choix opérés par la Cour de justice de rendre le champ d'application de la Charte concordant avec celui des principes généraux et de superposer le champ d'application de la Charte avec celui du droit de l'Union. Les indices relatifs à la détermination du champ d'application des principes généraux sont donc également applicables à la détermination du champ d'application de la Charte et la Cour de justice s'est en outre astreinte à un exercice de clarification.

Conclusion de Titre

152. Le champ d'application des droits fondamentaux de l'Union européenne se détermine en fonction de différents éléments. Fondé sur le champ d'application des principes généraux tels qu'ils avaient été développés, il continue d'être étoffé depuis l'entrée en vigueur de la Charte. En ce qui concerne son contenu, il peut se définir comme un espace correspondant peu ou prou aux contours du champ d'application du droit de l'Union européenne et sa substance est identique à celle entendue par l'expression de mise en œuvre du droit de l'Union. À l'intérieur de cet espace, la protection des droits fondamentaux doit assurer l'accomplissement des objectifs prévus par les traités et des principes directeurs qui en découlent, tout en respectant théoriquement le principe d'attribution des compétences. La Cour de justice estime néanmoins que les situations appartenant au champ d'application sont celles qui, au terme d'une interprétation systématique ou téléologique, ont un effet utile envers ces objectifs et principes. Compte tenu de l'absence de compétence universelle de l'Union européenne en matière de droits fondamentaux, la délimitation du champ d'application se fait par la recherche d'un lien de rattachement avec le droit européen. Ce lien de rattachement s'apprécie notamment au regard d'un faisceau d'indices comprenant actuellement quatre critères, ainsi qu'en fonction de l'existence d'une obligation imposée par le droit de l'Union à un État membre.

Cette définition du champ d'application des droits fondamentaux de l'Union conduit à prendre tout particulièrement deux situations en compte. Ces situations sont celles où un État membre exécute une mesure de droit européen, qu'elle soit de droit primaire ou de droit secondaire, ainsi que celles où un État membre limite l'exercice d'une liberté économique, même s'il agit dans le domaine de ses compétences propres. Ces situations, pour évidentes qu'elles soient, posent néanmoins question quant à l'application de la définition du champ d'application. Afin d'appréhender la dimension concrète de la détermination du champ d'application, il est indispensable d'étudier la construction jurisprudentielle proposée par la Cour de justice. Cette jurisprudence casuistique doit être organisée afin de systématiser le champ d'application des droits fondamentaux de l'Union en des situations précises, susceptibles de mettre en œuvre le droit de l'Union, et afin de confirmer la cohérence entre définition et délimitation concrète du champ d'application.

Titre 2. Typologie pratique des cas d'application de la Charte

153. La recherche de définition de l'article 51§1 de la Charte a montré toute la complexité à déterminer précisément le champ d'application des droits fondamentaux de l'Union européenne, notamment au regard de l'antinomie entre l'attribution et l'exercice des compétences. Afin de surmonter ces difficultés, l'objectif de ce titre est de rendre compte de manière systématique des situations qui entrent dans le champ d'application afin d'en préciser sa portée et la cohérence qu'il poursuit. Pour ce faire, un panorama des décisions de la Cour de justice sous la forme d'une classification typologique de la jurisprudence apparaît comme un outil indispensable. Une telle typologie permet d'approfondir l'étendue du champ d'application de manière détaillée et concrète en déterminant les situations dans lesquelles les droits fondamentaux de l'Union seraient susceptibles d'être applicables aux États membres.

Cette approche a été privilégiée par la doctrine allemande depuis plusieurs années. Son intérêt réside dans la possibilité de distinguer précisément les champs d'application des droits fondamentaux de l'Union des droits fondamentaux allemands. Ce souci transparaît différemment dans la doctrine française, qui s'attache de préférence à distinguer les matières et compétences propres au droit de l'Union de celles propres au droit national. À cet égard, la seule définition du champ d'application de la Charte apparaît suffisante.

Conformément à la démarche de la doctrine allemande, l'analyse typologique se fonde sur la distinction principale entre deux situations susceptibles d'appartenir au champ d'application du droit de l'Union. Se distinguent ainsi les situations de mise en œuvre par les États membres des actes de droit de l'Union (Chapitre 3) des situations d'entraves aux libertés économiques provoquées par ces mêmes États membres (Chapitre 4).

Chapitre 3. La mise en œuvre nationale des actes de l'Union

154. L'article 288 du TFUE mentionne cinq types d'actes dans sa nomenclature : les règlements, les directives, les décisions, les recommandations et les avis. Les recommandations et avis se distinguent des trois autres actes du fait qu'ils n'ont pas d'effet contraignant à l'égard de leurs destinataires⁵⁹⁵. Il n'existe donc pas d'obligation pour les États membres de les mettre en œuvre de manière formelle. Ces actes appartiennent au champ d'application du droit de l'Union par leur auteur – essentiellement les institutions européennes – et font, à ce titre, également partie du champ d'application des droits fondamentaux de l'Union⁵⁹⁶. De plus, selon la première partie de l'article 51§1 de la Charte, « les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union »⁵⁹⁷ dans le cadre de leur action. La question de l'appartenance des recommandations et avis au champ d'application des droits fondamentaux « uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union »⁵⁹⁸ ne comporte donc pas d'enjeu particulier eu égard à l'absence de contrainte portée par ces actes.

Les décisions, prévues par l'article 288 du TFUE, sont adoptées par les institutions de l'Union et sont obligatoires. Mesures individuelles à l'origine, elles ont pu être destinées tant à une personne privée qu'à un ou plusieurs États membres. Peu à peu, la pratique a fait émerger des décisions à caractère général qui ont été reconnues par le droit primaire dans le traité de Lisbonne⁵⁹⁹. Les décisions sont utilisées par les institutions de l'Union en grande partie pour appliquer un cas particulier ou une mesure spécifique du traité. Elles s'apparentent de cette manière à un acte administratif individuel⁶⁰⁰ et sont donc relativement précises et détaillées. On les retrouve fréquemment en matière de droit de la concurrence afin d'interdire ou d'obliger à la restitution d'une aide illégale d'État⁶⁰¹. Par

⁵⁹⁵ Article 288 al. 5 du TFUE.

⁵⁹⁶ Cf. *supra*, §134.

⁵⁹⁷ Article 51§1 première partie de la première phrase de la Charte.

⁵⁹⁸ *Ibid.*

⁵⁹⁹ Article 288 al. 4 du TFUE relatif aux décisions : « Lorsqu'elle désigne des destinataires, elle n'est obligatoire que pour ceux-ci ».

⁶⁰⁰ C. BOUTAYEB, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5^{ème} éd., Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éd., 2018, p. 532.

⁶⁰¹ *Ibid.*, pt 764 ; C. NOWAK, « (§9) Grundrechtsberechtigte und Grundrechtsadressaten », in : S. HESELHAUS, C. NOWAK (éd.), *Handbuch der europäischen Grundrechte*, 2^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2020, pt 31.

son auteur, l'acte en tant que tel appartient au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union au même titre que les autres actes prévus par l'article 288 du TFUE. Compte tenu de leur fonction, les décisions peuvent néanmoins être exécutées au niveau national. Dans ces cas, leur affiliation au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union dépend des mêmes conditions que celles applicables à la mise en œuvre des règlements, voire des directives sans marge d'appréciation⁶⁰².

L'analyse typologique du champ d'application des droits fondamentaux de l'Union doit donc se concentrer sur les situations d'application d'un règlement (Section 1) et de mise en œuvre d'une directive (Section 2) par un État membre.

Section 1. L'application des règlements

155. Les règlements sont désignés comme actes du droit de l'Union par l'article 288 al. 1 et 2 du TFUE⁶⁰³ qui prévoit que l'Union européenne mène son action en édictant notamment des règlements. Ils ont une portée générale, sont contraignants et directement applicables dans les États membres⁶⁰⁴. En tant qu'acte édicté par les institutions européennes, les règlements appartiennent au champ d'application des droits fondamentaux et sont tenus de les respecter (article 51§1, première partie). La question d'une telle appartenance se pose toutefois s'agissant des mesures adoptées par les autorités nationales en application des règlements. Bien que ces derniers soient directement applicables en droit national et ne nécessitent théoriquement pas de mesure interne⁶⁰⁵, la pratique tendant à l'adoption d'actes nationaux d'application des règlements s'est développée afin de les préciser. Cette tendance s'est confirmée avec l'édiction de règlements de plus en plus généraux et abstraits⁶⁰⁶. Dans ces cas de figure, les actes nationaux peuvent être de deux types. Ils ont pu avoir été explicitement édictés pour faire application d'un règlement ou

⁶⁰² H.-D. JARASS, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union unter Einbeziehung der vom EuGH entwickelten Grundrechte und der Grundrechtsregelungen der Verträge : Kommentar*, 3^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2016, Art. 51, pt 22 ; C. NOWAK, *op. cit.*, §9, pt 31 ; H.-W. RENGELING, P. SZCEKALLA, *Grundrechte in der Europäischen Union – Charta der Grundrechte und Allgemeine Rechtsgrundsätze*, Cologne, Carl Heymanns Verlag, 2004, §4, pt 318.

⁶⁰³ Article 288 al. 1 du TFUE (ex. article 249 du TCE) : « Pour exercer les compétences de l'Union, les institutions adoptent des règlements, des directives, des décisions, des recommandations et des avis ».

⁶⁰⁴ Article 288 al. 2 du TFUE.

⁶⁰⁵ H.-W. RENGELING, P. SZCEKALLA, *Grundrechte in der Europäischen Union, op. cit.*, §4, pt 305.

⁶⁰⁶ J. NUSSER, *Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte : Vorgaben für die Auslegung von Art. 51 Abs. 1 S. 1 EuGrCh*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, p. 11.

peuvent, par leur contenu, avoir simplement le même objet qu'un règlement européen⁶⁰⁷. Si l'origine des premiers facilite l'identification du lien avec le droit de l'Union, ce lien ne peut être automatiquement exclus pour les seconds. L'appartenance des mesures nationales résultant d'un règlement européen au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union mérite par conséquent d'être analysée (§1) afin de contrôler les incidences de la marge variable d'appréciation sur ce même champ d'application (§2).

§1- Distinction des actes en cause

156. Afin de vérifier l'applicabilité des droits fondamentaux de l'Union aux actes nationaux de mise en œuvre des règlements, différents types d'actes susceptibles de résulter d'un règlement peuvent être distingués. Ainsi, l'appartenance au champ d'application de la Charte doit être recherchée pour les mesures nationales d'application des règlements (A) et les décisions d'exécution qui en découlent (B).

A) *L'acte national d'application*

157. Lien entre le règlement et l'acte national d'application. Les règlements européens étant directement applicables en droit interne, ils sont par nature relativement précis. Lorsque les États membres prennent des actes d'application afin de préciser les règlements, ils agissent vis-à-vis de l'Union à l'instar d'une relation mandataire-mandant (« *agency situation* »)⁶⁰⁸. Ils s'apparentent dans cet exercice à des *organes décentralisés* de l'Union européenne⁶⁰⁹, au prolongement de son bras (« *verlängerter Arm* »)⁶¹⁰. Les actes

⁶⁰⁷ L. XENOU, *Les principes généraux du droit de l'Union européenne et la jurisprudence administrative française*, Paris, Bruylant, 2017, p. 107.

⁶⁰⁸ Le terme reviendrait à J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe, « Do the new clothes have an emperor ? » and Other Essays on European Integration*, Cambridge, Cambridge university press, 1999, p. 120. Voir également : M. BOROWSKI, in : J. MEYER (éd.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4^{ème} éd., Baden-Baden, Nomos, 2014, Art. 51, pt 25 ; J. KÜHLING, « Grundrechte », in : A. VON BOGDANDY, J. BAST (éd.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2^{ème} éd., Berlin, Springer, 2009, p. 680 ; M. RUFFERT, « Die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft als Verpflichtete der Gemeinschaftsgrundrechte », *EuGRZ*, 1995, n° 20-21, p. 527 ; C. LADENBURGER, in : P.J. TETTINGER, K. STERN (éd.), *Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta*, Munich, C.H. Beck, 2006, Art. 51, pt 26 ; F. SCHORKOPF, « (§3) Grundrechtsverpflichtete », in : A. HATJE, P.-C. MÜLLER-GRAFF, C. GRABENWARTER (éd.), *Enzyklopädie Europarecht*, vol. 2 : Europäischer Grundrechtsschutz, Baden-Baden, Nomos, 2014, pt 19.

⁶⁰⁹ L. XENOU, *Les principes généraux du droit de l'Union européenne et la jurisprudence administrative française*, op. cit., p. 105.

⁶¹⁰ M. BOROWSKI, op. cit., Art. 51, pt 25 ; A. HATJE, in : J. SCHWARZE (éd.), *EU-Kommentar*, 4^{ème} éd., Baden-Baden, Nomos, 2019, Art. 51 GR-Charta, pt 17 ; J. MALL, *Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte – Artikel 51 Abs. 1 S. 1 GRCh und das Protokoll Nr. 30 über die Anwendung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union auf Polen und das Vereinigte Königreich*, Francfort-sur-le-Main, Peter Lang, 2012, p. 21.

d'application adoptés dans ces situations sont donc déterminés par le droit de l'Union et participent directement de ce droit. Pour autant, leur appartenance au champ d'application de la Charte doit être confirmée à l'aune de la jurisprudence de la Cour.

158. Assimilation de la compétence de la Cour et du champ d'application du droit de l'Union. La majorité des décisions concernées résulte de questions préjudicielles posées par des juridictions nationales dans le cadre d'un litige mettant directement ou indirectement en cause un règlement européen. Les questions visent à interpréter les règlements ou à contrôler leur conformité à l'aune des droits fondamentaux de l'Union. Dans ces situations, la Cour assimile souvent la reconnaissance de sa compétence pour traiter de la question au champ d'application de l'Union/des droits fondamentaux de l'Union, dans la mesure où la finalité de la procédure est de maintenir l'uniformité d'application du droit de l'Union⁶¹¹. La Cour refuse par conséquent de répondre aux questions portant sur des dispositions nationales qui ne présentent pas de « lien » avec le droit de l'Union⁶¹². En conséquence, lorsque la disposition n'entre pas dans le champ d'application du droit de l'Union/des droits fondamentaux de l'Union, la Cour refuse de se prononcer⁶¹³. *A contrario*, lorsqu'elle accepte de se prononcer sur l'interprétation ou la validité d'un acte de droit européen au regard des droits fondamentaux de l'Union, la disposition nationale est réputée appartenir au champ d'application du droit de l'Union.

159. Appartenance au champ d'application de l'Union. Dans la décision *Überschär*⁶¹⁴, la juridiction allemande de renvoi avait demandé à la Cour l'interprétation d'une partie d'un règlement sur les régimes de sécurité sociale des travailleurs salariés se déplaçant à l'intérieur de l'Union. Cette demande avait pour objectif de déterminer la validité d'une législation nationale au regard du principe de non-discrimination. Si l'arrêt ne fait pas expressément état du lien entre la législation nationale et le règlement,

⁶¹¹ CJCE, 1^{er} déc. 1965, aff. C-16/65, *Schwarze c/ Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* ; CJCE, 16 janv. 1974, aff. C-166/73, *Rheinmühlen Düsseldorf c/ Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*.

⁶¹² Article 94, c) du règlement de procédure de la Cour de justice (29 septembre 2012) : « Contenu de la demande de décision préjudicielle. Outre le texte des questions posées à la Cour à titre préjudiciel, la demande de décision préjudicielle contient : c) l'exposé des raisons qui ont conduit la juridiction de renvoi à s'interroger sur l'interprétation ou la validité de certaines dispositions du droit de l'Union, ainsi que le lien qu'elle établit entre ces dispositions et la législation nationale applicable au litige au principal ». Confirmé par exemple dans : CJUE, ord. 8 mai 2019, aff. C-9/19, *Mitliv Exim*.

⁶¹³ CJUE, ord. 15 mai 2019, aff. C-789 et 790/18, *Corte dei Conti e.a.*, pt 28. Sur la confusion opérée par la Cour entre sa compétence et l'applicabilité d'une disposition, voir : F. MARTUCCI, « Situations purement internes et libertés de circulation », in : É. DUBOUT, A. MAITROT DE LA MOTTE, *L'unité des libertés de circulation. In varietate concordia ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 67-74 ; C. MAYEUR-CARPENTIER, L. CLEMENT-WILZ, F. MARTUCCI, « Droit de l'Union européenne et droit administratif français. Champ d'application de la Charte des droits fondamentaux », RFDA, 2014, n° 5, p. 991.

⁶¹⁴ CJCE, 8 oct. 1989, aff. C-810/79, *Überschär*.

l'annexe V, C du règlement comporte des modalités particulières d'application de la législation en Allemagne dans lesquelles sont visées les deux lois allemandes en cause. On peut raisonnablement en déduire que la législation nationale applique de manière substantielle le règlement. Dans la mesure où la Cour a accepté d'interpréter ce règlement au regard du principe de discrimination⁶¹⁵, reconnaissant ainsi un lien avec le droit national par le biais d'un « besoin objectif pour la solution du litige au principal »⁶¹⁶, il semble que les lois nationales d'application entrent en l'espèce dans le champ d'application du droit de l'Union.

Dans la décision *Hauptzollamt Hamburg Jonas*⁶¹⁷, il était demandé à la Cour l'interprétation d'une disposition d'un règlement européen concernant le régime des certificats d'exportation pour les produits agricoles. Ceci avait pour objectif de vérifier la conformité d'une décision administrative nationale prise pour son exécution. En l'espèce, un douanier avait accepté l'exportation des marchandises de la requérante en application du règlement en cause avec un certificat d'exportation pourtant territorialement non valide. La requérante considère que l'autorité douanière doit accepter de payer la restitution à l'exportation au montant figurant sur le certificat accepté par le douanier et invoque à ce titre le principe de confiance légitime figurant dans les droits fondamentaux de l'Union. La Cour juge que si le principe de la protection de la confiance légitime doit être respecté, « le comportement d'une autorité nationale chargée d'appliquer le droit communautaire, qui est en contradiction avec ce dernier, ne saurait fonder, dans le chef d'un opérateur économique, une confiance légitime à bénéficier d'un traitement contraire au droit communautaire »⁶¹⁸. L'acte national d'application contesté doit donc respecter le principe fondamental de confiance légitime, bien que ce dernier ne soit pas applicable en l'espèce. À ce titre, il fait partie du champ d'application des droits fondamentaux de l'Union.

160. Distinction en présence et en l'absence de mesure nationale d'application.

Lorsque les actes nationaux d'application d'un règlement sont présumés non conformes aux droits fondamentaux de l'Union, la Cour accepte de donner une interprétation du règlement de référence et des droits fondamentaux. Il appartient ensuite aux juridictions nationales de déterminer la conformité au droit de l'Union, y compris envers les droits fondamentaux,

⁶¹⁵ CJCE, 8 oct. 1989, *Überschär*, prec., pts 15 et s.

⁶¹⁶ CJCE, 17 mai 1994, aff. C-18/93, *Corsica Ferries c/ Corpo dei piloti del porto di Genova*, pt 14.

⁶¹⁷ CJCE, 26 avril 1988, aff. C-316/86, *Hauptzollamt Hamburg-Jonas c/ Krücken*.

⁶¹⁸ CJCE, 26 avril 1988, *Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, prec., pts 24 et 26.

des décisions internes. Les mesures qui en résultent sont donc des mesures réputées appartenir au champ d'application du droit de l'Union.

En présence d'une mesure nationale d'application, la situation se révèle peu problématique étant donné que la mesure peut être contestée. En son absence en revanche, les conséquences concrètes d'un règlement ne peuvent être contestées directement au regard de celui-ci. La pratique veut que le requérant contraigne l'administration à prendre une mesure d'application. À cette fin, une demande doit être faite à l'administration enjoignant une action contraire au règlement européen. Le simple refus opposé par l'administration constitue une mesure d'application du règlement et ouvre un intérêt à agir⁶¹⁹. Une autre possibilité consiste à contrevenir volontairement au règlement européen afin d'être sanctionné par l'administration nationale et d'obtenir ainsi un acte d'application contre lequel se retourner. En invoquant l'invalidité du règlement européen devant les juges nationaux, ceux-ci pourront, en tant que juges du droit de l'Union, apprécier eux-mêmes la validité du règlement ou renvoyer la question à la Cour en cas de doute.

En matière de règlements, il est par conséquent admis que les actes nationaux d'application fassent pleinement partie du champ d'application des droits fondamentaux de l'Union⁶²⁰. Partant, il importe de vérifier si les actes administratifs pris en exécution des mesures nationales d'application suivent la même logique.

⁶¹⁹ CJCE, 19 oct. 1977, aff. C-124/76 et 20/77, *Moulin Pont-à-Mousson c/ ONIC*, notamment pt 16 ; CJCE, 19 oct. 1977, aff. C-117/76 et C-16/77, *Ruckdeschel e.a. c/ Hauptzollamt Hamburg-St Annen*, notamment pt 7 : Dans les deux cas d'espèce, il s'agissait de déterminer la validité de règlements supprimant des restitutions à la production pour le gruau et la semoule de maïs destinés à la brasserie, ainsi que pour le maïs utilisé pour la fabrication de farines dites « glonflantes » (*quellmehl*). Les requérants avaient demandé une restitution à la production aux autorités nationales au motif que leurs suppressions par les règlements en cause n'étaient pas conformes au principe de non-discrimination. L'administration ayant refusé, les requérants ont attaqué ce refus devant les juridictions nationales, lesquelles ont choisi de poser directement la question de la validité des règlements en cause à la Cour. Voy. aussi : CJCE, 5 mai 1981, aff. C-112/80, *Dürbeck c/ Hauptzollamt Frankfurt a. M.* ; CJCE, 23 fév. 1983, aff. C-66/82, *Fromançais c/ FORMA*.

⁶²⁰ En ce sens également, voir : C. GAUTHIER, S. PLATON, D. SZYMCAK, *Droit européen des droits de l'homme*, Paris, Sirey-Dalloz, 2016, pt 146 ; A. GROß WENTRUP, *Die Europäische Grundrechtecharta im Spannungsfeld der Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten : eine Untersuchung am Beispiel von Art. 14 und Art. 16 EuGRCh*, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, p. 52 ; A. HATJE, *op. cit.*, Art. 51 GR-Charta, pt 16 ; T. KINGREEN, in : C. CALLIESS, M. RUFFERT (éd.), *EUV, AEUV – Kommentar*, 5^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2016, Art. 51 GRCh, pt 8 ; F. SCHORKOPF, « (§3) Grundrechtsverpflichtete », *op. cit.*, pts 18-19 ; E. PACHE, in : M. PECHSTEIN, C. NOWAK, U. HÄDE (éd.), *Frankfurter Kommentar. EUV - GRCh - AEUV*, vol. 1 : EUV und GRCh, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, Art. 51 GRCh, pt 26 ; M. SAFJAN, D. DÜSTERHAUS, A. GUERIN, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les ordres juridiques nationaux, de la mise en œuvre à la mise en balance », *RTD Eur.*, 2016, n° 2, p. 224 et s. ; J.-M. SAUVE, « La Charte, son champ d'application », in : *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : mode d'emploi*, Colloque organisé au Conseil d'État le 20 novembre 2014 par l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation et la Société de législation comparée, paru dans : *Justice et Cassation*, 2015, n° 9, p. 386 ; R. STREINZ, W. MICHL, in : R. STREINZ (éd.), *EUV/AEUV*, 3^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2018, Art. 51 GRCh, pt 10.

B) La décision nationale d'exécution

161. Notion de droit tertiaire et difficulté. Les règlements n'ont pas vocation à être transposés mais font habituellement l'objet de mesures nationales d'application. Leur application au niveau national peut se décliner en deux échelons. Seront alors élaborées une première mesure nationale d'application du règlement puis une seconde mesure prise sur le fondement de la première. Cette dernière peut être qualifiée de décision d'exécution (ou de droit tertiaire, car elle arrive en troisième position à partir du règlement). Elle prendra d'ordinaire la forme d'un acte administratif. Concernant son appartenance au champ d'application des droits fondamentaux, la même question que pour la mesure nationale d'application se pose. Elle le fait toutefois avec d'autant plus de force que ces mesures d'exécution ne résultent qu'indirectement du règlement européen.

162. Application des droits fondamentaux. La Cour de justice a fourni notamment deux exemples permettant de faire le lien entre droits fondamentaux de l'Union et décisions d'exécution. Tout d'abord, l'arrêt *Wachauf*⁶²¹ résulte de la contestation par un agriculteur d'une décision de refus des autorités allemandes de lui octroyer une indemnité suite à l'expiration du bail de son exploitation. L'expiration avait pour conséquence l'abandon définitif de la production laitière. La demande de l'agriculteur était fondée sur la loi allemande sur l'octroi d'une indemnité pour abandon de la production laitière pour le marché, elle-même prise en application d'un règlement. La décision de refus peut donc être qualifiée de décision nationale d'exécution d'une mesure nationale d'application d'un règlement européen. Dans son raisonnement, la Cour semble considérer que le caractère indirect n'empêche pas la qualité de mise en œuvre d'un règlement et que les droits fondamentaux sont par conséquent applicables. Elle précise à propos du respect des droits fondamentaux de l'Union que, « ces exigences liant également les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre des réglementations communautaires, il s'ensuit que ceux-ci sont tenus, dans toute la mesure du possible, d'appliquer ces réglementations dans des conditions qui ne méconnaissent pas lesdites exigences »⁶²². Cette phrase distingue d'une part, la mise en œuvre directe des réglementations européennes par les États membres et d'autre part, l'exécution des mesures nationale d'application des règlements. Ce dernier échelon ne doit pas non plus méconnaître les exigences de respect des droits fondamentaux.

⁶²¹ CJCE, 13 juill. 1989, aff. C-5/88, *Wachauf c/ Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*.

⁶²² CJCE, 13 juill. 1989, *Wachauf*, préc., pt 19.

Cette analyse se vérifie dans la décision *Karlsson*⁶²³. De même que dans l'arrêt précédent, les requérants contestaient des décisions individuelles des autorités suédoises prises sur le fondement d'une réglementation nationale. Cette réglementation appliquait elle-même un règlement européen sur les quotas laitiers. La Cour reprend quasiment à l'identique la phrase énoncée dans l'arrêt *Wachauf*⁶²⁴ et confirme ainsi l'appartenance des décisions nationales d'exécution (ou droit tertiaire) au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union.

163. Cohérence du champ d'application des droits fondamentaux. L'analyse des deux décisions montre que la mesure en cause était par deux fois une décision individuelle d'exécution. Ces mesures très précises ont pour unique objet l'exécution de la mesure nationale d'application du règlement, qui fait elle-même partie du champ d'application du droit de l'Union. Par conséquent, l'objet de ces mesures d'exécution est strictement identique aux mesures qui les « précèdent ». Il est donc cohérent qu'elles appartiennent également au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union.

164. Conclusion. Par leur effet direct, les règlements bénéficient nécessairement d'un certain degré de précision. Les deux types d'actes nationaux d'application et d'exécution qui en résultent sont donc également précis et la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales restreinte. Ils apparaissent comme un pur produit du droit de l'Union pris par un État membre agissant pour le compte de celle-ci. Ils sont donc soumis aux mêmes exigences de respect des droits fondamentaux que le droit de l'Union. Toutefois, malgré la précision qui caractérise les règlements, il n'est pas exclu que ces derniers laissent aux États membre une marge d'appréciation.

§2- Les conséquences d'une marge d'appréciation

165. Les règlements sont des actes européens bénéficiant d'un effet direct⁶²⁵. Ils déploient donc tous leurs effets directement en droit interne et sont relativement précis, d'où le fait que la question de la marge d'appréciation se rencontre de manière peu fréquente. Lorsqu'elle existe, elle permet aux États membres de disposer d'une certaine liberté dans la réalisation de l'objectif déterminé par le règlement européen. Les conséquences de cette

⁶²³ CJCE, 13 avril 2000, aff. C-292/97, *Karlsson e.a.*

⁶²⁴ CJCE, 13 avril 2000, *Karlsson*, prec., pt 37.

⁶²⁵ Article 288 al. 2 du TFUE (ex-article 249 du TCE) : « Le règlement [...] est directement applicable dans tout État membre ».

liberté sur le champ d'application du droit de l'Union doivent être étudiées afin de vérifier si la présence d'une marge d'appréciation dans le règlement au profit des États membres est susceptible d'avoir un effet sur le caractère européen ou national de l'acte de mise en œuvre par rapport à son absence. Pour cela, il faut d'abord être en mesure de déterminer la présence (B) ou non d'une marge d'appréciation (A).

A) L'absence de marge d'appréciation

166. Indices permettant de constater l'absence de marge d'appréciation. L'absence de marge d'appréciation représente le cas ordinaire d'application d'un règlement. Dans ces situations, les mesures nationales d'application et les décisions nationales d'exécution font partie du champ d'application de la Charte. L'absence de marge d'appréciation se caractérise par un pouvoir discrétionnaire quasi nul des États membres. Plusieurs exemples de décisions de la Cour de justice permettent de venir préciser cette faible marge d'appréciation.

167. Simple exécution du règlement. La décision *Testa* concerne trois travailleurs inscrits au chômage en Allemagne qui se sont rendus en Italie afin de trouver un emploi. Cette démarche est autorisée par un règlement européen pour une durée de trois mois. Toutefois, ils ne sont pas retournés en Allemagne à l'expiration du délai et se sont ainsi vu supprimer leurs prestations. La question préjudicielle vise à évaluer la conformité du règlement européen avec le droit de propriété et le principe de proportionnalité afin de vérifier la validité de la décision nationale de suppression des prestations. Selon la Cour, « cette disposition [du règlement] ne constitue pas une simple mesure de coordination des législations nationales en matière de sécurité sociale. Elle institue [...] un régime autonome, dérogeant aux règles du droit interne, qui doit être interprété de façon uniforme dans tous les États membres [...] ». Le règlement a en effet vocation à instaurer un système uniforme dans la Communauté. Dans cet objectif, le système devait être complètement détaché des initiatives nationales et ne laissait en conséquence pas de marge d'appréciation aux États membres dans la mise en œuvre nationale⁶²⁶. L'interprétation du règlement proposée par la juridiction de renvoi au regard de la législation allemande est d'ailleurs contredite par la Cour qui considère que l'expression « en vertu de la législation de l'État compétent » ne renvoie pas au droit national pour déterminer la manière dont elle doit être interprétée⁶²⁷.

⁶²⁶ CJCE, 19 juin 1980, aff. C-41, 121 et 796/79, *Testa*, pts 5 et 21.

⁶²⁷ CJCE, 19 juin 1980, *Testa*, prec., pt 10.

En conséquence, les États membres n'ont qu'une compétence d'exécution du règlement et ne disposent pas de marge de manœuvre dans l'application du régime de sécurité sociale aux travailleurs se déplaçant dans la Communauté.

168. Choix entre des options préétablies. Dans l'arrêt *Klensch*, les requérants contestent des arrêtés nationaux fixant les quantités de référence applicables au régime communautaire de prélèvement supplémentaire sur le lait au motif que ces arrêtés instaurent une discrimination. En l'espèce, la réglementation de l'Union laisse aux États membres « un choix entre plusieurs modalités d'application »⁶²⁸ dans la détermination des quantités de référence. Toutefois, ce choix consiste uniquement en la sélection d'options prédéterminées par les règlements⁶²⁹. En conséquence, il ne constitue pas une véritable marge d'appréciation mais plutôt l'exécution administrative de règles préexistantes.

De même, la décision *Graff* concerne la validité au regard du principe d'égalité d'une décision prise par les autorités nationales sur le fondement des règlements relatifs aux prélèvements supplémentaires sur le lait. Lors de la fixation de la quantité de référence, les autorités nationales ont refusé de prendre en compte une partie de la quantité de lait du requérant frontalier au motif que celle-ci était produite dans un autre État membre. En l'espèce, les choix de l'autorité nationale se limitent également à différentes options offertes par le règlement européen et qui ne semblent pas laisser de marge d'appréciation dans l'exécution du règlement⁶³⁰.

169. Facultés d'adaptation limitées des règles. Dans l'arrêt *Duff*, des requérants se sont vus attribuer une quantité de référence applicable au régime de prélèvement supplémentaire sur le lait qui ne prenait pas en compte les plans de développement en cours de leurs exploitations. Ils contestent donc la validité de la décision nationale établissant ces quantités de référence au motif qu'elle viole les principes de confiance légitime, de non-discrimination, de proportionnalité et les droits de propriété et de libre exercice des activités professionnelles. Selon la Cour, le règlement « confère aux États membres un pouvoir d'appréciation pour prévoir ou non l'attribution de quantités spécifiques de référence aux producteurs visés par cette disposition et pour fixer, le cas échéant, le volume de ces attributions »⁶³¹. Les articles correspondants du règlement offrent en effet aux États

⁶²⁸ CJCE, 25 nov. 1986, aff. C-201 et 202/85, *Klensch c/ Secrétaire d'État*, pt 10.

⁶²⁹ L'article 2 du règlement 857/84 du Conseil du 31 mars 1984 propose notamment deux formules (A et B), ainsi que des choix dans l'application de chacune. Pour chaque possibilité, il détermine les éléments à prendre en compte dans le calcul.

⁶³⁰ CJCE, 14 juill. 1994, aff. C-351/92, *Graff c/ Hauptzollamt Köln Rheinau*, notamment pts 16-19.

⁶³¹ CJCE, 15 fév. 1996, aff. C-63/93, *Duff e.a.*, pt 11.

membres différentes possibilités pour adapter le régime de prélèvement supplémentaire sur le lait. Néanmoins, ces facultés restent dans un étroit sillon tracé par le texte et ne semblent pas créer de véritables marges d'appréciations.

Dans l'arrêt *Eridania*, était en cause un décret italien portant limitation des quotas de base du sucre pris en application d'un règlement communautaire. Ce règlement habilitait les autorités italiennes à instaurer une limite supplémentaire au niveau national en modifiant les quotas de base instaurés. La validité de ce décret national est notamment remise en cause par le requérant au regard du principe de non-discrimination. Selon la Cour, la liberté accordée par le règlement à l'Italie est très limitée, dans la mesure où « l'exercice de cette compétence est [...] conditionné par des limites bien déterminées ». La Cour en déduit que « la compétence en question [...] ne dépasse pas le cadre de l'exécution des principes du règlement de base »⁶³², ce qui confirme l'absence de véritable marge de manœuvre dans l'application du règlement.

170. Application des droits fondamentaux. Un règlement européen ne laisse aux États membres aucune marge d'appréciation lorsqu'il ne nécessite qu'une simple exécution, lorsqu'il laisse un choix entre des options préétablies ou encore lorsque la faculté d'adaptation des règles est très limitée. De manière générale, il semble que les notions « d'application »⁶³³ et « d'exécution »⁶³⁴ soient privilégiées pour caractériser un acte national appliquant un règlement sans marge d'appréciation. Les exemples analysés renvoient d'ailleurs à de simples exécutions administratives⁶³⁵. Conformément à ce qui a été exposé plus haut, la Cour considère que les droits fondamentaux de l'Union « lient [...] les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre des réglementations communautaires » en l'absence de marge d'appréciation⁶³⁶. Il s'agit ensuite de vérifier si cette solution se confirme dans les situations dans lesquelles les États membres bénéficient d'une marge d'appréciation pour la mise en œuvre de règlements européens.

⁶³² CJCE, 27 sept. 1979, aff. C-230/78, *Eridania*, pts 11 et 13.

⁶³³ CJCE, 25 nov. 1986, *Klensch*, prec., pt 10 ; CJCE, 14 juill. 1994, *Graff*, prec., pt 16.

⁶³⁴ CJCE, 27 sept. 1979, *Eridania*, prec., pt 13.

⁶³⁵ CJCE, 25 nov. 1986, *Klensch*, prec. ; CJCE, 14 juill. 1994, *Graff*, prec. ; CJCE, 19 juin 1980, *Testa*, prec.

⁶³⁶ CJCE, 15 fév. 1996, *Duff*, prec., pt 29 ; CJCE, 14 juill. 1994, *Graff*, prec., pt 17. Également : CJCE, 27 sept. 1979, *Eridania*, prec., pt 31 ; CJCE, 25 nov. 1986, *Klensch*, prec., pt 21. En ce sens : F. BROSIUS-GERSDORF, *Bindung der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte – Die Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten nach der Rechtsprechung des EuGH, der Charta der Grundrechte der Europäischen Union und ihre Fortentwicklung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, p. 18 ; T. VON DANWITZ, Réponses au questionnaire, in : ASSOCIATION DES CONSEILS D'ÉTAT ET JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES SUPRÊMES DE L'UNION EUROPÉENNE, *Séminaire sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, La Haye, 24 novembre 2011, Question 7, p. 8 (« quand ils agissent [...] en appliquant [...] un règlement »).

*B) La présence d'une marge d'appréciation***171. Indices permettant de constater la présence d'une marge d'appréciation.**

L'évolution de l'Union européenne a conduit les institutions à adopter des règlements de plus en plus généraux qui n'aménagent pas l'intégralité des mesures nécessaires pour parvenir à l'objectif poursuivi. Un tel fonctionnement obéit au principe de subsidiarité. Outre le fait qu'ils rendent des mesures nationales d'application nécessaires, ces règlements offrent aux États membre une légère marge d'appréciation susceptible d'avoir des conséquences sur l'appartenance des mesures nationales d'application et d'exécution au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union. Des indices de l'existence d'une telle marge peuvent être recherchés dans la jurisprudence de la Cour.

172. Choix sans options préétablies. L'arrêt *Bostock* a trait à un litige entre un preneur à bail d'une exploitation pour laquelle une quantité de référence lui a été attribuée au titre du régime européen de prélèvement supplémentaire sur le lait. Dans la mesure d'application des règlements européens instaurant ce régime, les autorités britanniques ont refusé de prévoir une indemnisation du préjudice dû à l'expiration du bail. Afin de déterminer si l'obligation d'une telle indemnisation existe en droit de l'Union, la juridiction de renvoi demande à la Cour l'interprétation des règlements en cause en lien avec le droit de propriété et le principe de non-discrimination. La Cour juge que la réglementation n'oblige pas les États à instaurer un régime d'indemnisation dans le cas d'espèce mais que ceux-ci disposent d'une marge d'appréciation. Ils peuvent choisir de mettre en place ou non un tel régime et la manière de le faire.

Concernant les droits fondamentaux, la Cour précise que, malgré l'existence d'une marge d'appréciation, « les exigences découlant de la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire lient également les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre des réglementations communautaires et que par suite ceux-ci sont tenus, dans toute la mesure du possible, d'appliquer ces réglementations dans des conditions qui ne méconnaissent pas lesdites exigences »⁶³⁷. Il apparaît donc clairement que même en présence d'une marge d'appréciation, les mesures nationales d'application d'un règlement européen appartiennent au champ d'application des droits fondamentaux⁶³⁸.

⁶³⁷ CJCE, 24 mars 1994, aff. C-2/92, *The Queen c/ Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Dennis Clifford Bostock (Bostock)*, pt 16.

⁶³⁸ En ce sens : Conclusions de l'avocate générale Verica Trstenjak présentées le 22 septembre 2011, pt 80, sous CJUE, GC, 21 décembre 2011, aff. C-411 et 493/10, *N. S. e.a.*

173. Le règlement européen doit être substantiellement complété en matière procédurale. Dans la décision *Sopropé*, le respect des droits de la défense était en cause à l'occasion de la contestation d'une procédure de recouvrement d'une dette douanière engagée par les autorités portugaises. Cette dette fondée sur le code des douanes communautaire (instauré par un règlement européen) faisait suite à un contrôle. Le code prévoit que « les dispositions relatives à la mise en œuvre de la procédure de recours sont arrêtées par les États membres »⁶³⁹. Il laisse donc à ces derniers une certaine liberté pour compléter la réglementation européenne.

Malgré l'existence d'une marge d'appréciation, les mesures nationales d'application sont qualifiées par la Cour de « décisions entrant dans le champ d'application du droit communautaire » et entrent par conséquent dans le champ d'application des droits fondamentaux de l'Union⁶⁴⁰.

174. Le règlement européen doit être substantiellement complété en matière de prolongation d'un délai. La décision *Testa* évoquée à l'égard des règlements sans marge d'appréciation est également instructive au titre des règlements avec marge d'appréciation. Une autre disposition du règlement relatif au régime de sécurité sociale pour les travailleurs salariés se déplaçant à l'intérieur de la Communauté laisse, selon la Cour, une marge d'appréciation aux États membres. La Cour juge en effet que les « États disposent d'une large marge de discrétion en vue de décider de la prolongation éventuelle du délai prévu par le règlement »⁶⁴¹.

Au titre des droits fondamentaux, la Cour précise que « la question relative à une atteinte éventuelle aux droits fondamentaux par un acte institutionnel des Communautés ne peut être appréciée autrement que dans le cadre du droit communautaire lui-même »⁶⁴². En conséquence, la Cour exige que la disposition de droit de l'Union respecte les droits fondamentaux de l'Union et accepte d'en donner une interprétation conforme afin de contrôler la validité d'une mesure nationale de mise en œuvre.

175. La mise en œuvre du système de prélèvement supplémentaire sur le lait doit être établi selon les règles nationales. Dans l'arrêt *Karlsson*, des requérants contestaient une série de décisions des autorités suédoises prises sur le fondement d'un règlement national d'application du règlement communautaire établissant un prélèvement

⁶³⁹ Article 245 du code des douanes communautaire.

⁶⁴⁰ CJCE, 18 déc. 2008, aff. C-349/07, *Sopropé*, pt 38.

⁶⁴¹ CJCE, 19 juin 1980, *Testa*, prec., pt 21.

⁶⁴² CJCE, 19 juin 1980, *Testa*, prec., pt 18.

supplémentaire dans le secteur du lait. La juridiction de renvoi demande à la Cour l'interprétation du règlement et du principe d'égalité de traitement afin de vérifier la conformité des mesures nationales en cause. Or, les règlements européens d'attribution initiale des quotas laitiers ont été abrogés avant l'entrée de la Suède dans la Communauté européenne, rendant complexe l'application des nouveaux règlements communautaires sur les prélèvements supplémentaires. La Cour juge pourtant que, « pour autant que le droit communautaire [...] ne comporte pas de règles communes à cet effet, les autorités nationales procèdent, lors de l'exécution de ces réglementations, en suivant les règles de forme et de fond de leur droit national »⁶⁴³. Une simple exécution du règlement communautaire initial est en l'espèce impossible étant donné qu'il n'existe plus. Tout en devant s'inspirer du règlement révolu et de l'objectif d'application du nouveau règlement sur les prélèvements supplémentaires, la Suède dispose donc d'une certaine marge de manœuvre pour la mise en place du système de quotas laitiers sur son territoire.

La présence d'une telle marge d'appréciation ne dégage pas l'État membre de son devoir de respect des droits fondamentaux. « [L]es règles nationales qu'il édicte doivent se concilier avec l'exigence d'une application uniforme du droit communautaire pour éviter un traitement inégal des opérateurs économiques »⁶⁴⁴. L'importante marge d'appréciation dont disposent les autorités nationales pour mettre en œuvre le règlement communautaire n'empêche donc pas que la mesure nationale qui en résulte fasse également partie du champ d'application des droits fondamentaux de l'Union.

176. Champ d'application des droits fondamentaux. Ces exemples dégagent différents éléments permettant de repérer l'existence d'une marge d'appréciation au profit des États : un choix entre des options non préétablies ou la liberté de compléter le règlement. Il arrive que la Cour indique expressément une marge d'appréciation en présence de « décisions entrant dans le champ d'application du droit communautaire, alors même que la législation communautaire applicable ne prévoit pas expressément une telle formalité »⁶⁴⁵. À défaut, les termes « large marge d'appréciation/de discrétion »⁶⁴⁶ expriment nettement l'idée d'une certaine liberté au profit des États membres dans la mise

⁶⁴³ CJCE, 13 avril 2000, *Karlsson*, préc., pt 27.

⁶⁴⁴ CJCE, 13 avril 2000, *Karlsson*, préc., pt 35.

⁶⁴⁵ CJCE, 18 déc. 2008, *Sopropé*, préc., pt 38.

⁶⁴⁶ CJCE, 19 juin 1980, *Testa*, préc., pt 21 ; CJCE, 13 avril 2000, *Karlsson*, préc., pt 35. En ce sens également : CJCE, 20 juin 2002, aff. C-313/99, *Mulligan e.a.*, pts 31 et 35.

en œuvre du droit de l'Union. La liberté peut être celle de légiférer ou de ne pas légiférer, comme celle de choisir la manière de le faire.

La qualification d'une marge d'appréciation s'accompagne d'une confirmation par la Cour de justice que, malgré l'existence de ce pouvoir propre des États membres, la mesure nationale qui en découle fait partie du champ d'application du droit de l'Union et de ses droits fondamentaux. Ainsi, même si le règlement autorise une marge d'appréciation dans la mise en œuvre nationale, celle-ci conserve son caractère de droit de l'Union⁶⁴⁷.

177. Conclusion. Les règlements européens, leurs mesures nationales d'application et les décisions d'exécution qui en résultent font partie du champ d'application du droit de l'Union, et par extension de celui des droits fondamentaux. Une telle affirmation se dégage essentiellement de la particularité qui caractérise les règlements d'être d'effet direct. Cette caractéristique implique qu'ils soient édictés par les institutions de l'Union avec suffisamment de précision pour être directement applicable. De plus, lors de leur application, l'autorité nationale qui les met en œuvre sera réputée agir pour le compte de l'Union à l'image d'une administration décentralisée. Leur nature générale et abstraite ne les apparente en rien aux directives et aux caractéristiques spécifiques qu'elles portent. Par conséquent, que les mesures nationales d'application des règlements résultent d'une marge d'appréciation au profit des États membres ou non, elles seront systématiquement considérées comme des mesures de mise en œuvre du droit de l'Union. L'ensemble de la généalogie des actes issus de règlements est concerné⁶⁴⁸. Cette particularité étant principalement dû à l'effet direct des règlements en droit national, se pose la question de l'application d'un raisonnement identique aux cas des directives et des mesures nationales qui en résultent.

Section 2. La transposition des directives

178. Le statut des directives est organisé par l'article 288 al. 1 et 3 du TFUE. L'alinéa 3 prévoit que « la directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout

⁶⁴⁷ En ce sens également : F. BROSIUS-GERSDORF, *Bindung der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte*, op. cit., p. 18 ; J. MALL, *Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte*, op. cit., p. 26-27 ; E. PACHE, op. cit., Art. 51 GRC, pt 23 ; H.-W. RENGELING, P. SZCEKALLA, *Grundrechte in der Europäischen Union*, op. cit., §4, pt 308 ; T. VON DANWITZ, Réponses au questionnaire, op. cit., Question 7, p. 8 (« quand ils agissent [...] en mettant en œuvre un règlement »).

⁶⁴⁸ F. BROSIUS-GERSDORF, *Bindung der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte*, op. cit., p. 27.

en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ». La réalisation de tels objectifs implique l'intervention des États membres afin de transposer le droit de l'Union dans le droit national et de concrétiser les objectifs poursuivis. L'avocat général Jean Mischo avait résumé la notion de directive dans ses conclusions sous la décision *Booker Aquaculture*⁶⁴⁹ comme suit : « La directive fait en quelque sorte irruption dans l'ordre juridique interne, pour devenir une norme de référence à laquelle les mesures de transposition doivent se conformer. Mais elle ne fait pas irruption seule, elle est inséparable des normes auxquelles elle-même doit se conformer, normes au nombre desquelles figurent, à l'évidence, les principes généraux du droit communautaire ». Les directives se caractérisent donc par une sorte de caractère contraignant échelonné (un « *gestufte Verbindlichkeit* »)⁶⁵⁰.

179. Outre la distinction entre les différents échelons de contrainte des directives, des distinctions peuvent apparaître au sein même des directives entre ses différentes dispositions. Celles-ci peuvent varier notamment en matière de précision. La question du démembrement des directives a principalement intéressé les décisions et études relatives à l'effet direct des directives⁶⁵¹, bien qu'elle concerne également la question du champ d'application des droits fondamentaux de l'Union. Il s'agit en effet de déterminer si les dispositions résultant d'un même texte peuvent suivre des destins différents.

La Cour a évoqué cette hypothèse du démembrement dès 1982 dans l'arrêt *Becker* par le biais de la notion d'invocation directe des dispositions de directives précises et inconditionnelles par les personnes privées. « [D]ans tous les cas où des dispositions d'une directive apparaissent comme étant, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises, ces dispositions peuvent être invoquées [...] en tant qu'elles sont de nature à définir des droits que les particuliers sont en mesure de faire valoir à l'égard de l'État »⁶⁵². Une disposition seule peut donc être précise et inconditionnelle et emporter à ce titre des conséquences indépendantes des autres dispositions. Ceci est confirmé par le fait que « Si la sixième directive comporte indéniablement, pour les États membres, une marge d'appréciation plus ou moins importante pour la mise en œuvre de certaines de ses

⁶⁴⁹ Conclusions de l'avocat général Jean Mischo présentées le 20 septembre 2001, pts 57-58, sous CJCE, 10 juill. 2003, aff. C-20 et 64/00, *Booker Aquaculture et Hydro Seafood*.

⁶⁵⁰ W. SCHROEDER, in : R. STREINZ (éd.), *EUV/AEUV*, 3^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2018, Art. 288 AEUV, pt 53.

⁶⁵¹ P. MANIN, « L'invocabilité des directives », *RTD Eur.*, 1990, n° 4, p. 669 ; D. RITLÉNG, « Chronique Jurisprudence administrative française intéressant le droit de l'Union – La reconnaissance de l'effet direct de la directive Retour », *RTD Eur.*, 2011, n° 4, p. 885.

⁶⁵² CJCE, 19 janv. 1982, aff. C-8/81, *Becker*, pt 25.

dispositions, on ne saurait, pour autant, refuser aux particuliers le droit d'invoquer celles des dispositions qui, compte tenu de leur objet propre, sont susceptibles d'être détachées de l'ensemble et appliquées comme telles »⁶⁵³. Une directive contenant tant des dispositions ordinaires, que des dispositions précises et inconditionnelles est susceptible d'être divisée pour en isoler certaines et leur reconnaître spécifiquement des caractéristiques au regard de la précision dont elles font preuve⁶⁵⁴.

Un tel démembrement permet de distinguer entre les dispositions suffisamment déterminées et les dispositions laissant une marge d'appréciation plus importante. Par conséquent, il doit également permettre de distinguer des dispositions suffisamment circonstanciées pour que les mesures de transpositions qui en découlent appartiennent au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union, des dispositions programmatiques trop larges pour que les mesures qui en émanent puissent être considérées comme une mise en œuvre du droit européen.

180. La mesure de transposition qui naît de ces différentes directives et des dispositions qu'elles contiennent est de nature nationale et pourra – dans une certaine mesure – être différente d'un État à un autre. La qualification de « mise en œuvre » du droit de l'Union pour ces mesures de transposition peut donc être rendue complexe et justifie la nécessité d'examiner les différents types de directives ou de démembrements en vue de déterminer leurs conséquences sur l'application des droits fondamentaux. À cette fin, une première distinction entre les directives est nécessaire. Elle vise à analyser les conséquences du caractère plus ou moins précis et inconditionnel des directives (§1). Au-delà de cette distinction, la transposition en droit national est susceptible de dépasser les exigences initialement fixées par la directive. Ces différents dépassements ne sont pas tous en mesure de constituer des mises en œuvre du droit de l'Union (§2). Enfin, l'expiration ou non du délai de transposition de la directive modifie également son rapport avec le champ d'application de la Charte (§3).

⁶⁵³ CJCE, 19 janv. 1982, *Becker*, prec., pt 29.

⁶⁵⁴ CJCE, 25 mai 1993, aff. C-193/91, *Finanzamt München III c/ Mothsche*, pts 17-18 ; CJCE, 26 sept. 2000, aff. C-134/99, *IGI*, pts 36-37 ; CJCE, 10 sept. 2002, aff. C-141/00, *Kügler*, pt 51 ; CJCE, GC, 5 oct. 2004, aff. C-397 à 403/01, *Pfeiffer e.a.*, pt 103 ; CJUE, GC, 15 janv. 2014, aff. C-176/12, *Association de médiation sociale*, pt 31.

§1- Les conséquences des différentes marges d'appréciation laissées par les directives

181. Compte tenu de leur caractère déterminé, les directives précises et inconditionnelles se différencient des directives classiques qui fixent de simples objectifs à atteindre. Ce type de directive est apparu avec le temps et a été qualifié comme tel par la Cour de justice. Leur spécificité intéresse principalement l'autorité judiciaire car elle emporte des conséquences particulières en cas de conflit, notamment en matière de droits fondamentaux. Ces directives précises et inconditionnelles répondent à trois critères particuliers de précision : la clarté et la précision d'une part, l'inconditionnalité d'autre part et enfin le faible pouvoir discrétionnaire laissé aux États membres. La clarté et la précision s'apprécient au regard de l'absence d'ambiguïté de la disposition, dans la mesure où elle peut être interprétée par les juridictions nationales et fait naître un droit individuel à l'encontre de l'État membre⁶⁵⁵. L'inconditionnalité impose que la disposition ne soit attachée à aucune réserve ou condition d'application face à laquelle une juridiction n'aurait pas compétence pour faire un choix. Enfin, la directive ne doit pas laisser de pouvoir discrétionnaire significatif à l'État membre que la juridiction ne puisse combler par sa seule interprétation sans se substituer au législateur⁶⁵⁶.

Les directives précises et inconditionnelles (A) se différencient donc des directives classiques (B) par l'écart laissé aux États membres dans leur mise en œuvre. Le lien entre le droit de l'Union et les mesures de transposition qui découlent de ces directives doit être analysé afin de définir s'il est suffisant pour faire entrer ces mesures nationales dans le champ d'application des droits fondamentaux de l'Union.

A) Le caractère précis et inconditionnel des directives

182. Afin de déterminer si la transposition des directives précises et inconditionnelles assure une « mise en œuvre » du droit de l'Union au sens de l'article 51§1 de la Charte et appartient au champ d'application des droits fondamentaux, la règle développée de la Cour de justice (1) ainsi que les conséquences qu'elle emporte sur les mesures d'exécutions

⁶⁵⁵ W. SCHROEDER, in : R. STREINZ (éd.), *EUV/AEUV*, 3^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2018, Art. 288 AEUV, pt 93.

⁶⁵⁶ CJCE, 4 déc. 1974, aff. C-41/74, *Van Duyn c/ Home Office*, pts 13-14. En ce sens : D. SIMON, « Directive », in : *Répertoire Dalloz de droit européen*, Décembre 1998 (actualisation : mars 2012), §45-48.

découlant de la transposition de ces directives (2) sont instructives et doivent faire l'objet d'une analyse.

1. L'influence décisive du caractère précis et inconditionnel

183. Règlements et directives précises et inconditionnelles. Compte tenu de leur faible marge d'appréciation au profit des États membres, les directives précises et inconditionnelles se rapprochent des règlements d'un point de vue matériel. Il importe dès lors de rechercher si, au regard de la jurisprudence de la Cour, cette ressemblance a pour résultat d'emporter les mêmes conséquences eu égard à leurs mesures de transposition.

184. Application des droits fondamentaux en matière d'égalité entre hommes et femmes. Dès 1986, la Cour de justice s'est saisie du sujet dans l'arrêt *Johnston*, dans lequel elle rappelle que certaines dispositions de la directive sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes « sont du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises »⁶⁵⁷. Déjà établi dans une décision antérieure concernant les conditions de licenciement⁶⁵⁸, ce constat est étendu « aux domaines des conditions d'accès aux emplois et de l'accès à la formation et au perfectionnement professionnels »⁶⁵⁹. Or, c'est bien la transposition de ces dispositions précises et inconditionnelles en droit national par le *Sex Discrimination Order* 1976 qui est remise en cause en l'espèce⁶⁶⁰. La Cour juge que le principe d'égalité de traitement peut être invoqué afin d'éliminer une disposition du *Sex Discrimination Order*, dans la mesure où la règle irlandaise ne respecte pas ce principe⁶⁶¹. Si, dans cet arrêt, la Cour se fonde sur la directive en cause pour affirmer le principe d'égalité de traitement, il est établi que « [celui-ci] appartient aux principes fondamentaux du droit communautaire » d'après la décision antérieure *Moulin et Huileries de Pont-à-Mousson*⁶⁶². En acceptant que le principe d'égalité de traitement s'applique au droit dérivé adopté par une autorité nationale, la Cour fait entrer ce droit dérivé dans le champ d'application du droit de l'Union.

185. Application des droits fondamentaux en matière de données à caractère personnel. La décision *Österreichischer Rundfunk* rendue en 2003⁶⁶³ est venue confirmer

⁶⁵⁷ CJCE, 15 mai 1986, aff. C-222/84, *Johnston c/ Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, pt 54.

⁶⁵⁸ CJCE, 26 fév. 1986, aff. C-152/84, *Marshall c/ Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, pt 52.

⁶⁵⁹ CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, préc., pts 54-55.

⁶⁶⁰ CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, préc., pt 3.

⁶⁶¹ CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, préc., pt 57.

⁶⁶² CJCE, 19 oct. 1977, *Moulin Pont-à-Mousson*, préc., pt 16.

⁶⁶³ CJCE, 20 mai 2003, aff. C-465/00, 138 et 139/01, *Österreichischer Rundfunk e.a.*

cette analyse. La directive en cause intéresse le traitement des données à caractère personnel. Selon la Cour, les dispositions citées en l'espèce sont « suffisamment précises pour être invoquées par un particulier et appliquées par les juridictions nationales. En outre, si la directive 95/46 comporte indéniablement, pour les États membres, une marge d'appréciation plus ou moins importante pour la mise en œuvre de certaines de ses dispositions, les articles 6, paragraphe 1, sous c), et 7, sous c) ou e), quant à eux, énoncent des obligations inconditionnelles »⁶⁶⁴. Ces règles laissent donc suffisamment peu de marge d'appréciation aux États membres pour être qualifiées de précises et inconditionnelles. Or, la réglementation nationale en cause sur la limitation du traitement des fonctionnaires entrerait dans le cadre de la directive puisqu'elle assure la libre circulation des données à caractère personnel entre les États membres et que les données à caractère personnel sont par essence susceptibles de circuler⁶⁶⁵. La Cour s'attache donc à interpréter la directive en conformité avec les droits fondamentaux⁶⁶⁶. Étant donné que la réglementation nationale en cause met en œuvre une disposition de la directive qualifiée par la Cour de précise et inconditionnelle, le droit de l'Union lui est plus largement applicable, tout comme les droits fondamentaux de l'Union.

186. Application des droits fondamentaux aux mesures de transposition d'une directive précise et inconditionnelle. Ces deux décisions rendent compte du fait que, à l'image des mesures nationales d'application des règlements, les mesures de transposition des directives précises et inconditionnelles sont réputées mettre en œuvre le droit de l'Union⁶⁶⁷. La marge d'appréciation laissée aux États membres est suffisamment limitée pour qu'ils soient considérés comme agissant en tant qu'administration décentralisée de l'Union dans ces situations⁶⁶⁸. Il importe toutefois de vérifier si cette conclusion peut être étendue aux décisions d'exécution de ces mesures de transposition.

2. Les effets sur les décisions d'exécution

187. Spécificité des mesures d'exécution. Les décisions d'exécution (autrement appelées droit tertiaire) résultent du droit pris en application d'une mesure nationale de

⁶⁶⁴ CJCE, 20 mai 2003, *Österreichischer Rundfunk*, prec., pt 100.

⁶⁶⁵ CJCE, 20 mai 2003, *Österreichischer Rundfunk*, prec., pts 39-40, puis 72 et 101.

⁶⁶⁶ CJCE, 20 mai 2003, *Österreichischer Rundfunk*, prec., pts 68 et 98.

⁶⁶⁷ Confirmé par : CJUE, GC, 6 nov. 2018, aff. C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften* ; CJUE, GC, 6 nov. 2018, aff. C-569 et 570/16, *Bauer*. En ce sens également : F. BROSIUS-GERSDORF, *Bindung der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte*, op. cit., p. 40 ; A. GROßE WENTRUP, *Die Europäische Grundrechtecharta im Spannungsfeld der Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten*, op. cit., p. 52 ; T. KINGREEN, op. cit., Art. 51 GRCh, pt 8 ; H.-W. RENGELING, P. SZCEKALLA, *Grundrechte in der Europäischen Union*, op. cit., §4, pt 312.

⁶⁶⁸ Cf. *supra*, §157.

transposition d'une directive européenne⁶⁶⁹. Celles-ci se présentent souvent sous la forme d'une mesure d'exécution (aussi appelée *Vollzugsmaßnahme* en allemand) de la mesure nationale de transposition (*Durchführungsmaßnahme* en allemand), qui met elle-même en œuvre une directive européenne. En raison de son lien indirect avec la directive, sa qualification en tant que mise en œuvre du droit de l'Union peut être questionnée.

188. Application des droits fondamentaux. La décision *Johnston* offre un exemple de réponse, dans la mesure où elle concerne notamment une décision d'exécution d'une mesure nationale de transposition. Le litige trouve son origine dans un recours contre un refus de renouvellement de contrat. Ce refus était opposé par une administration publique irlandaise (la *Royal Ulster Constabulary*) compétente pour la nomination des membres auxiliaires des forces de police en Irlande du Nord. Il se fondait sur une disposition spécifique des normes qui réglementent notamment les nominations dans la police auxiliaire (les *Royal Ulster Constabulary Reserve Regulations*) et à laquelle s'applique la mesure de transposition de la directive sur l'égalité de traitement (*Sex Discrimination Order*)⁶⁷⁰. Selon la juridiction de renvoi, si ce refus et la disposition sur lequel il est fondé répondent aux exigences du *Sex Discrimination Order*, il existe un doute quant à leur compatibilité avec la directive.

Bien que seule la juridiction de renvoi ait compétence pour contrôler la validité du refus opposé à Mme Johnston, la Cour de justice de l'Union précise d'une part que les États membres sont contraints de transposer en droit interne la directive en cause afin d'atteindre les objectifs fixés par elle. Elle indique d'autre part que les droits conférés par cette directive doivent trouver application en droit interne⁶⁷¹. En conséquence, « l'obligation des États membres, découlant d'une directive, d'atteindre le résultat prévu par celle-ci, ainsi que leur devoir en vertu de l'article 5 du traité de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution de cette obligation, s'imposent à toutes les autorités des États membres [...]. Il s'ensuit qu'en appliquant le droit national, et notamment les dispositions d'une loi nationale spécialement introduite en vue d'exécuter la directive 76/207, la juridiction nationale est tenue d'interpréter son droit national à la lumière du texte et de la finalité de la directive »⁶⁷². En enjoignant les juridictions nationales à faire respecter au regard des droits fondamentaux de l'Union les dispositions claires et précises d'une

⁶⁶⁹ Pour les règlements, cf. *supra*, §161.

⁶⁷⁰ CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, préc., pt 3.

⁶⁷¹ CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, préc., pt 17.

⁶⁷² CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, préc., pt 53.

directive⁶⁷³ dans le cadre d'un litige relatif à une mesure d'exécution d'une mesure de transposition, la Cour considère que le droit dit tertiaire appartient au champ d'application du droit de l'Union⁶⁷⁴.

Les directives précises et inconditionnelles ainsi que l'ensemble des mesures qui en découlent emportent donc, par leur absence de marge d'appréciation au profit des États membres, les mêmes conséquences que les règlements européens en matière de droit de l'Union. L'ensemble appartient au champ d'application du droit de l'Union et de ses droits fondamentaux. Il reste à déterminer si les mesures nationales d'application des directives avec une marge d'appréciation plus classique appartiennent ou non au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union.

B) Les difficultés posées par la marge d'appréciation des directives classiques

189. Les directives qui laissent aux États membres une marge d'appréciation comprennent un large spectre de cas de figures relatif à la contrainte imposée aux États membres. Du fait des différences importantes entre les marges d'appréciation laissées aux États, ces différents types de directives emportent vraisemblablement des conséquences différentes sur l'appartenance des mesures nationales de transposition au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union. Outre la règle contenue dans les traités relative à la transposition des directives classiques (1), ces dernières peuvent prévoir des dispositions plus précises à l'égard des États membres et ainsi orienter fortement les transpositions qui en découlent, tout en maintenant l'existence d'une marge d'appréciation (2). À l'inverse, les directives peuvent octroyer une liberté beaucoup plus grande pour permettre aux spécificités nationales de s'exprimer (3). Face à ces différentes approches, la question de la mise en œuvre du droit de l'Union par les décisions d'exécution des mesures de transposition doit également être posée (4.).

1. Le cas général des directives

190. Contenu de la marge d'appréciation prévue par le traité. L'article 288 al. 3 du TFUE fixe le statut des directives et prévoit qu'elles « lie[nt] tout État membre destinataire

⁶⁷³ CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, prec., pts 54 et s.

⁶⁷⁴ En ce sens : F. BROSIUS-GERSDORF, *Bindung der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte*, op. cit., p. 40 ; A. GROßE WENTRUP, *Die Europäische Grundrechtecharta im Spannungsfeld der Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten*, op. cit., p. 56 ; H.-W. RENGELING, P. SZCEKALLA, *Grundrechte in der Europäischen Union*, op. cit., §4, pt 313.

quant au résultat à atteindre », mais qu'il est laissé à ceux-ci une grande liberté dans la transposition « quant à la forme et aux moyens ». Ces conditions sont rappelées dans la décision *Dorit Harz*⁶⁷⁵ et permettent de déterminer ce qui relève de la marge d'appréciation qu'une directive classique laisse aux États membres. Il en ressort que la liberté laissée par une marge d'appréciation comprend une liberté et deux obligations. La liberté se caractérise par le choix de la forme et des moyens. Elle renvoie à la caractéristique principale prévue par l'article 288 al. 3 du TFUE, à savoir la marge de discrétion laissée aux États membres. Les deux obligations renvoient à l'exigence d'assurer le plein effet de la directive et à celle de poursuivre l'objectif de la directive.

191. Obligation d'assurer le plein effet d'une directive. L'obligation d'assurer le plein effet de la directive se traduit par l'impératif à l'égard des États membres de tout mettre en œuvre afin que la directive soit applicable dans son intégralité au niveau national. Cette obligation résulte de la garantie du principe d'effectivité⁶⁷⁶ et se traduit par différents effets.

En premier lieu, les États membres sont obligés de supprimer toute disposition contraire à la directive. La décision *Dorit Harz* relative à l'application de la directive sur l'égalité de traitement prévoit ainsi que « les États membres prennent les mesures nécessaires afin que soient supprimées les dispositions législatives, réglementaires et administratives contraires au principe »⁶⁷⁷. L'application pleine et entière d'une directive ne peut souffrir de laisser subsister des dispositions qui lui seraient contraires.

En second lieu, assurer le plein effet de la directive signifie l'aménagement de recours et de sanctions contre son irrespect⁶⁷⁸. Les États membres doivent « faire en sorte que ces mesures puissent être effectivement invoquées devant les tribunaux nationaux » et que si « la directive n'impose pas une sanction déterminée », c'est qu'elle « laisse aux États membres la liberté de choisir »⁶⁷⁹. En ce sens, « les États membres sont obligés d'instaurer des procédures permettant d'assurer le respect des obligations prévues par la directive ». « [E]n l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours » tout comme de « déterminer la qualité et

⁶⁷⁵ CJCE, 10 avril 1984, aff. C-79/83, *Harz c/ Deutsche Tradax*, pt 15.

⁶⁷⁶ Cf. *supra*, §85.

⁶⁷⁷ CJCE, 10 avril 1984, *Harz*, *prec.*, pt 17.

⁶⁷⁸ CJCE, 10 avril 1984, *Harz*, *prec.*, pts 18 et 27 ; CJCE, 10 avril 1984, aff. C-14/83, *Von Colson et Kamann c/ Land Nordrhein-Westfalen*, pt 28 ; CJCE, 4 déc. 2003, aff. C-63/01, *Evans*, pt 35 ; CJCE, 16 juill. 2009, aff. C-12/08, *Mono Car Styling*, pts 24 et 48.

⁶⁷⁹ CJCE, 10 avril 1984, *Harz*, *prec.*, pt 18.

l'intérêt d'un justiciable pour agir en justice »⁶⁸⁰. La Cour de justice de l'Union peut contrôler l'adéquation de la sanction prévue en droit national afin de vérifier son effectivité⁶⁸¹. En effet, la transposition d'une directive en droit interne, si elle ne peut être remise en cause ou si son irrespect ne peut être attaqué, ne peut être considérée comme bénéficiant d'une applicabilité directe.

En dernier lieu, la Cour a ajouté à la notion de pleine effectivité de la directive une exigence de clarté et de précision de la situation juridique qui en découle. L'arrêt *Evans* le précise lorsqu'il énonce que « les bénéficiaires [doivent être] mis en mesure de connaître la plénitude de leurs droits »⁶⁸². Si le droit qui découle de la transposition d'une directive n'est pas clair, il ne peut donc être considéré comme produisant son plein effet.

192. Obligation de poursuivre les objectifs d'une directive. L'obligation de poursuivre les objectifs de la directive se traduit par l'exigence selon laquelle, la mise en œuvre de la directive et son interprétation doivent aller dans le sens de l'objectif poursuivi. La Cour l'a précisé dans l'arrêt *Colson et Kamann* concernant l'interprétation par les juridictions. Ainsi, « il appartient à la juridiction nationale de donner à la loi prise pour l'application de la directive, dans toute la mesure où une marge d'appréciation lui est accordée par son droit national, une interprétation et une application conformes aux exigences du droit communautaire »⁶⁸³. Qu'il s'agisse des autorités qui légifère ou de celles qui jugent, une directive ne doit pas être interprétée sans être remise dans son contexte d'acte européen ; le cadre normatif de l'Union doit nécessairement être pris en compte.

193. Application des droits fondamentaux. La liberté et les deux obligations assignées à la mise en œuvre d'une directive avec marge d'appréciation définissent les composantes principales qui président à la transposition. Dans ces conditions, la Cour considère que les mesures nationales de transposition appartiennent au champ d'application du droit de l'Union. Selon l'arrêt *Parlement c/ Conseil*, « il convient de constater que, si la directive laisse aux États membres une marge d'appréciation, celle-ci est suffisamment large pour leur permettre d'appliquer les règles de la directive dans un sens conforme aux exigences découlant de la protection des droits fondamentaux [...]. À cet égard, il convient de rappeler que, ainsi qu'il résulte d'une jurisprudence constante, les exigences découlant de la protection des principes généraux reconnus dans l'ordre juridique communautaire, au

⁶⁸⁰ CJCE, 16 juill. 2009, *Mono Car Styling*, prec., pts 34, 48 et 49.

⁶⁸¹ CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson et Kamann*, prec., pt 28.

⁶⁸² CJCE, 4 déc. 2003, *Evans*, prec., pt 35.

⁶⁸³ CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson et Kamann*, prec., pt 28.

nombre desquels figurent les droits fondamentaux, lient également les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre des réglementations communautaires et que, par suite, ceux-ci sont tenus, dans toute la mesure du possible, d'appliquer ces réglementations dans des conditions qui ne méconnaissent pas lesdites exigences »⁶⁸⁴.

Si l'existence d'une marge d'appréciation relative à la forme et aux moyens distend le lien entre la mesure nationale et la directive, les obligations d'effectivité et de coïncidence des objectifs inhérentes à la transposition permettent de conserver un lien réel et non hypothétique⁶⁸⁵ entre le droit national et le droit de l'Union. Par conséquent, les mesures nationales de transposition d'une directive sont réputées mettre en œuvre le droit de l'Union et appartiennent de ce fait au champ d'application des droits fondamentaux⁶⁸⁶.

En pratique, les directives recèlent cependant une grande diversité qui va bien au-delà de la simple marge d'appréciation relative à la forme et aux moyens. Cette diversité nécessite de décomposer les différentes marges d'appréciation selon leur étendue afin de contrôler si, dans leur pluralité, l'ensemble des mesures de transposition des directives appartiennent au champ d'application des droits fondamentaux.

2. Le cas de la liberté restreinte laissée par la directive dans l'exercice de la marge d'appréciation

194. Le contenu d'une directive peut restreindre de différentes manières la liberté des États membres dans l'exercice de leur marge d'appréciation, sans pour autant s'apparenter à une directive précise et inconditionnelle. Elle peut limiter la marge d'appréciation en prévoyant des options de transposition (a), des possibilités d'établir une réglementation plus stricte (b) ou encore des autorisations de dérogations spécifiques (c). Toutes ces restrictions sont susceptibles d'influer sur l'appartenance des mesures de transposition au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union.

⁶⁸⁴ CJCE, GC, 27 juin 2006, aff. C-540/03, *Parlement c/ Conseil*, pts 104-105. Confirmé par : CJCE, 16 juill. 2009, *Mono Car Styling*, prec., pts 48-49 ; CJCE, 4 déc. 2003, *Evans*, prec., pt 76 ; CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson et Kamann*, prec., pt 28.

⁶⁸⁵ Cf. *supra*, §141.

⁶⁸⁶ A. SCHWERDTFEGGER, in : J. MEYER, S. HÖLSCHIEDT (éd.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 5^{ème} éd., Baden-Baden, Nomos, 2019, Art. 51, pt 48 ; H.-P. FOLZ, in : C. VEDDER, W. HEINTSCHEL VON HEINEGG (éd.), *Europäisches Unionsrecht : EUV, AEUV, GRCh*, 2^{ème} éd., Baden-Baden, Nomos, 2018, Art. 51 GR-Charta, pt 5 ; C. GAUTHIER, S. PLATON, D. SZYMCAK, *Droit européen des droits de l'homme*, op. cit., pt 146 ; L. XENOU, *Les principes généraux du droit de l'Union européenne et la jurisprudence administrative française*, op. cit., p. 104.

a) L'organisation par la directive d'options de transposition

195. Limitation de la marge d'appréciation par les options de transposition. Les options de transposition prévues par une directive laissent un pouvoir de discrétion moindre à l'État membre dans le cadre de la transposition. Les États membres disposent dans ces cas d'une marge d'appréciation limitée (*beschränkten Ermessensspielraum*)⁶⁸⁷ alors même qu'il ne s'agit pas d'une directive précise et inconditionnelle.

Dans la décision *Lindqvist*, la directive en cause contient des « dispositions [...] relativement générales » et « des règles caractérisées par une certaine souplesse ». Elle n'apparaît donc pas comme précise et inconditionnelle en vertu des critères évoqués précédemment⁶⁸⁸. Toutefois, la Cour précise qu'elle « laisse dans de nombreux cas aux États membres le soin d'arrêter les détails ou de choisir parmi des options »⁶⁸⁹. Ce choix à effectuer parmi des options implique que les États membres ne sont plus entièrement libres sur la forme et les moyens à engager pour transposer la directive, contrairement à ce qui est prévu à l'article 288 al. 3 du TFUE. La liberté s'est muée en un choix obligatoire entre deux ou plusieurs possibilités prédéfinies.

La décision *Parlement c/ Conseil* suit la même démarche, dans la mesure où la directive sur le regroupement familial invite les « États membres [à faire] le choix d'utiliser ou non la possibilité d'imposer un délai d'attente soit de deux ans, soit de trois ans »⁶⁹⁰. Ceux-ci bénéficient du choix d'imposer ou non un délai, mais pas de créer une condition de délai autre. De plus, s'ils choisissent d'imposer un tel délai, il doit être de deux ou trois ans, ni plus ni moins. Cette double option de transposition limite l'action des États membres dans l'application de la directive en droit national.

196. Application des droits fondamentaux aux mesures de transposition. À l'égard de ces directives avec une marge d'appréciation restreinte, la Cour a considéré qu'« il incombe aux autorités et aux juridictions des États membres non seulement d'interpréter leur droit national d'une manière conforme à la directive 95/46, mais également de veiller à ne pas se fonder sur une interprétation de cette dernière qui entrerait en conflit avec les droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire »⁶⁹¹. L'impératif de

⁶⁸⁷ B. MAIER, *Grundrechtsschutz bei der Durchführung von Richtlinien – Eine Analyse im Spannungsfeld von Grundrechten der Europäischen Union, nationalen Grundrechten und EMRK-Rechten*, Nomos, Baden-Baden, 2013, p. 68.

⁶⁸⁸ Cf. *supra*, §183.

⁶⁸⁹ CJCE, 6 nov. 2003, aff. C-101/01, *Lindqvist*, pt 83.

⁶⁹⁰ CJCE, GC, 27 juin 2006, *Parlement c/ Conseil*, *prec.*, pt 102.

⁶⁹¹ CJCE, 6 nov. 2003, *Lindqvist*, *prec.*, pt 84.

conformité aux droits fondamentaux des mesures nationales de transposition d'une directive organisant des options de transposition signifie que ces mesures mettent en œuvre le droit de l'Union. Elles appartiennent donc au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union.

La question de l'étendue du champ d'application de la Charte se pose dans les mêmes termes concernant les directives prévoyant une possibilité pour les États membres de réglementer plus strictement que ce qui est prévu par le texte.

b) L'organisation par la directive de possibilités d'établir une réglementation plus stricte

197. Statut de la réglementation plus stricte. Les directives peuvent également prévoir une réglementation spécifique avec une possibilité de s'en écarter uniquement à la condition d'établir des règles plus restrictives. Ces contraintes limitent la liberté des États membres dans la transposition et posent la question de l'appartenance au droit de l'Union des mesures nationales de transposition qui en résultent. Cette situation, qualifiée d'alternative obligatoire en allemand (« *obligatorische Wahlmöglichkeit* »)⁶⁹², s'illustre dans la décision *Booker Aquaculture*⁶⁹³. La question préjudicielle posée à la Cour concerne la validité de la directive 93/53 instaurant des mesures de lutte contre certaines maladies de poissons. Cette directive distingue deux types de maladies qu'elle classe en deux listes. La découverte de maladies figurant dans la première liste donne lieu à des mesures strictes de destruction et d'abattage, tandis que la présence de maladies de la seconde liste autorise l'engraissement des poissons sous certaines conditions. La directive prévoit toutefois la possibilité pour les États membres d'établir une réglementation plus limitative pour les maladies des listes I et II⁶⁹⁴. En l'espèce, le Royaume-Uni a adopté des mesures de transposition plus restrictives concernant les maladies de la seconde liste puisqu'il impose un traitement identique à celui de la première.

198. Application des droits fondamentaux aux mesures de transposition. S'agissant du grief de violation des droits fondamentaux de l'Union par la mesure de transposition britannique, la Cour considère que « la mise en œuvre par un État membre de mesures de lutte contre les maladies de la liste II analogues aux mesures minimales que la

⁶⁹² R. STREINZ, W. MICHL, *op. cit.*, Art. 51 GRCh, pt 12 ; H.-D. JARASS, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, *op. cit.*, Art. 51, pt 21.

⁶⁹³ CJCE, 10 juill. 2003, *Booker Aquaculture et Hydro Seafood*, *prec.*

⁶⁹⁴ Directive 93/53/CEE du Conseil du 24 juin 1993 établissant des mesures communautaires minimales de lutte contre certaines maladies des poissons, article 20§2.

Communauté a imposées pour les maladies de la liste I et ne prévoyant pas l'octroi d'une indemnisation répond effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté et ne constitue pas non plus une intervention démesurée et intolérable portant atteinte à la substance même du droit de propriété »⁶⁹⁵. Cette solution suit les conclusions déposées par l'avocat général Jean Mischo qui estime qu'un État membre ne peut être soumis au respect des droits fondamentaux uniquement lorsqu'il transpose fidèlement les règles prévues par une directive⁶⁹⁶. Partant, alors même qu'elle fait usage de la possibilité d'adopter une mesure plus limitative, la mesure nationale de transposition est soumise par la Cour au contrôle du respect du droit de propriété.

Compte tenu de l'objectif commun entre les dispositions et de l'autorisation par la directive de réglementer plus strictement une situation, la mesure nationale de transposition appartient au champ d'application des droits fondamentaux⁶⁹⁷. La liberté restreinte laissée par la directive dans l'exercice de la marge d'appréciation peut également concerner les situations dans lesquelles la directive prévoit des possibilités de dérogation.

c) L'organisation par la directive de possibilités de dérogations

199. Système de dérogation. Les directives peuvent enfin prévoir pour les États membres des possibilités de dérogation, aussi qualifiées de situations d'exceptions (*Ausnahmetatbestände*)⁶⁹⁸ ou d'autorisation pour une exception (*Ermächtigung zu Ausnahme*)⁶⁹⁹ par la doctrine allemande. Ce cas de figure se rencontre lorsqu'une directive prévoit une règle ainsi qu'une possibilité d'y déroger. Ce cas de figure doit être analysé afin de vérifier si les mesures nationales résultant d'une telle dérogation appartiennent au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union.

200. Confirmation jurisprudentielle. Cette analyse est confirmée par la Cour en 2006 dans la décision *Parlement c/ Conseil* lorsqu'elle expose que « l'article 8 de la directive autorise les États membres à déroger aux règles du regroupement familial prévues par cette directive »⁷⁰⁰. On est donc bien en présence d'une règle de droit de l'Union ainsi que d'une possibilité d'y déroger. Cette possibilité de dérogation soumet néanmoins les États

⁶⁹⁵ CJCE, 10 juill. 2003, *Booker Aquaculture et Hydro Seafood*, prec., pt 92.

⁶⁹⁶ Conclusions de l'avocat général Jean Mischo présentées le 20 septembre 2001, pts 54-55, sous CJCE, 10 juill. 2003, *Booker Aquaculture et Hydro Seafood*, prec. En ce sens : L. XENOU, *Les principes généraux du droit de l'Union européenne et la jurisprudence administrative française*, op. cit., p. 110.

⁶⁹⁷ H.-D. JARASS, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Art. 51, pt 21 ; R. STREINZ, W. MICHL, op. cit., Art. 51 GRCh, pt 12.

⁶⁹⁸ *Ibid.* ; B. MAIER, *Grundrechtsschutz bei der Durchführung von Richtlinien*, op. cit., p. 73.

⁶⁹⁹ C. LADENBURGER, op. cit., Art. 51, pt 35.

⁷⁰⁰ CJCE, GC, 27 juin 2006, *Parlement c/ Conseil*, prec., pt 22.

membres à des obligations lors de la mise en œuvre de cette exception, parmi lesquelles le respect des droits fondamentaux de l'Union⁷⁰¹. Une mesure nationale appliquant une dérogation prévue par une directive constitue donc une mise en œuvre du droit de l'Union et appartient à ce titre au champ d'application des droits fondamentaux.

Le même constat avait été réalisé quelques années plus tôt dans la décision *Österreichischer Rundfunk*⁷⁰². En l'espèce, la directive sur le traitement des données à caractère personnel offrait une possibilité de dérogation à ses propres règles uniquement lorsque cela était exigé par un intérêt supérieur. Cet intérêt peut se traduire par la sauvegarde d'intérêts économiques ou financiers d'un État ou de la Communauté ou lorsqu'une mission relevant de l'exercice de l'autorité publique pouvaient rendre possible une telle dérogation. La Cour a enjoint la juridiction de renvoi à interpréter la mesure nationale de transposition de la directive d'une manière conforme au droit de l'Union. Dans son analyse, elle vérifiait principalement si la mesure nationale en cause pouvait constituer une violation du droit à la vie privée. Un tel contrôle témoigne de l'exigence du respect des droits fondamentaux par la mesure nationale de transposition et donc de son appartenance au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union.

À l'aube de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la décision *Centro Europa 7* relative à la libre prestation des services en matière de radiodiffusion télévisuelle par voie hertzienne est venue confirmer ce résultat⁷⁰³. Les possibilités de dérogation offertes aux États membre par des directives n'empêchent donc pas les mesures de transposition qui en découlent d'appartenir au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union. Ceci se justifie dans la mesure où ces dérogations ne détournent pas la mesure nationale de son objet initial mais renforcent bien au contraire l'effectivité de la poursuite de l'objectif prévu par la directive. Selon Benjamin Maier, lorsqu'un État membre a le choix d'utiliser une dérogation, il se situe toujours dans le cadre de la directive puisque la dérogation a été envisagée par elle. L'État membre agit donc dans le cadre d'une clause d'ouverture (*Öffnungsklausel*)⁷⁰⁴. En effet, lorsque l'Union se saisie d'une compétence matérielle, elle dispose du pouvoir de l'harmoniser de manière complète. Autrement dit, ce constat est

⁷⁰¹ CJCE, GC, 27 juin 2006, *Parlement c/ Conseil*, prec., pts 97 et 105.

⁷⁰² CJCE, 20 mai 2003, *Österreichischer Rundfunk*, prec.

⁷⁰³ CJCE, 31 janv. 2008, aff. C-380/05, *Centro Europa 7*, notamment pt 125.

⁷⁰⁴ B. MAIER, *Grundrechtsschutz bei der Durchführung von Richtlinien*, op. cit., p. 73.

cohérent car pour ces mesures de transposition, « le cadre normatif est encore prescrit par le droit communautaire »⁷⁰⁵.

201. Champ d'application de la Charte dans les cas de liberté restreinte laissée par une directive. La solution dégagée par la Cour nous semble, somme toute, assez logique, étant donné que dans les cas de liberté restreinte laissée par une directive, cette dernière offre une marge d'appréciation plus limitée que dans le cas d'une directive classique. La liberté de forme et de moyen des États membres est limitée par le cadre normatif imposé à l'intérieur de la marge d'appréciation. Dans la mesure où les mesures de transposition des directives dites classiques appartiennent au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union, l'appartenance des mesures de transposition de directives offrant une marge d'appréciation plus restrictives apparaît relativement logique⁷⁰⁶. Ces mesures nationales de transposition bénéficient en effet d'un lien renforcé avec la directive. Ce constat ne peut toutefois être transposé aux directives laissant une liberté accrue dans la transposition. Les mesures nationales qui en découlent se trouvent parfois relativement éloignées du cadre normatif européen, ce qui questionne leur appartenance au champ d'application de la Charte.

3. Le cas de la liberté accrue laissée par la directive dans l'exercice de la marge d'appréciation

202. Si certaines directives restreignent la liberté des États membres dans la transposition en droit national, d'autres laissent aux États membres une liberté particulièrement accrue au regard de l'article 288 al. 3 du TFUE (liberté de forme et de moyens). L'appartenance au champ d'application du droit de l'Union des mesures nationales de transposition qui en résultent peut donc également être questionnée. Parmi ces directives, certaines peuvent prévoir une large marge d'appréciation dans un domaine au profit des autorités nationales (a), quand d'autres se contentent d'organiser une harmonisation minimale (b).

⁷⁰⁵ R. STREINZ, W. MICHL, *op. cit.*, Art. 51 GRCh, pt 12 : « der Regelungsrahmen [ist] insoweit noch vom EU-Recht vorgegeben ». En ce sens également, voir : M. SAFJAN, D. DÜSTERHAUS, A. GUERIN, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les ordres juridiques nationaux », *op. cit.*, p. 225 et s.

⁷⁰⁶ En ce sens également : H.-D. JARASS, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, *op. cit.*, Art. 51, pt 21 ; B. MAIER, *Grundrechtsschutz bei der Durchführung von Richtlinien*, *op. cit.*, p. 72 ; T. VON DANWITZ, « Grundrechtsschutz im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts nach der Charta der Grundrechte », in : *Staatsrecht und Politik. Festschrift für Roman Herzog*, C.H. Beck, Munich, 2009, p. 23 ; L. XENOU, *Les principes généraux du droit de l'Union européenne et la jurisprudence administrative française*, *op. cit.*, p. 108.

a) Le cas des directives prévoyant une large marge d'appréciation

203. Teneur de la large marge d'appréciation. Au regard du principe de subsidiarité⁷⁰⁷, les autorités de l'Union peuvent parfois considérer le niveau national comme plus adéquat pour légiférer sur l'une des compétences qui leurs ont été attribuées et concéder une marge d'appréciation plus large aux autorités nationales. Dans ces cas de figure, le lien de rattachement entre la directive et la mesure nationale de transposition doit être analysé afin de déterminer s'il est suffisamment étroit pour que la mesure nationale appartienne au champ d'application du droit de l'Union.

204. Lien étroit entre la directive et la mesure de transposition. Dans la décision *Borsana*, étaient en cause les conditions de sécurité et de santé au travail dans l'utilisation d'équipements et dans les risques liés à l'exposition à des agents cancérigènes. L'interprétation de deux directives était demandée à la Cour afin de vérifier la conformité du droit italien à celles-ci et au principe de proportionnalité. La Cour retient que « dans l'adoption de mesures telles que la fixation d'un délai pour l'adaptation des équipements de travail existants, qui impliquent la prise en compte de circonstances économiques et techniques complexes, les États membres bénéficient d'une large marge d'appréciation ». Tout en reconnaissant l'existence d'un pouvoir discrétionnaire important à l'autorité nationale, elle conclue que « lorsqu'ils prennent [...] toutes les mesures propres à assurer l'exécution des obligations découlant d'une directive, les États membres sont tenus de respecter les principes généraux du droit communautaire »⁷⁰⁸. En présence d'une large marge d'appréciation, la mesure nationale de transposition appartient au champ d'application du droit de l'Union lorsqu'elle a précisément pour finalité d'assurer la bonne exécution des objectifs de la directive. En l'espèce, le fait que l'espace de liberté matériel laissé par la directive concerne une question de fixation de délai a probablement facilité une telle classification, dans la mesure où cela emporte peu de conséquence sur l'application au fond.

De même, dans l'affaire *Promusicae*, la Cour constate le caractère général des directives relatives à la protection de la propriété intellectuelle et des données à caractère personnel⁷⁰⁹. Ce caractère général apparaît manifeste du fait de l'application de la directive à des situations et législations très diverses selon les États membres. Ces derniers disposent d'une large marge d'appréciation afin que les mesures de transposition soient adaptées aux

⁷⁰⁷ Article 5§3 du TUE.

⁷⁰⁸ CJCE, 17 déc. 1998, aff. C-2/97, *IP c/ Borsana*, pts 48-49.

⁷⁰⁹ CJCE, GC, 29 janv. 2008, aff. C-275/06, *Promusicae*, pt 67.

situations variées. Toutefois, « il incombe aux États membres, lors de la transposition des directives susmentionnées, de veiller à se fonder sur une interprétation de ces dernières qui permette d'assurer un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire »⁷¹⁰. Selon la Cour, les mesures de transposition constituent une mise en œuvre du droit de l'Union, bien que le champ d'application laissé à la discrétion des États soit relativement large, étant donné que la directive fixe un but précis et strict (la protection de la propriété intellectuelle et les données à caractère personnel).

205. Dérogation prévue par les traités. Dans une autre série de décisions⁷¹¹, la Cour a estimé que des mesures nationales entrant dans le domaine d'application d'une directive prévoyant une large marge d'appréciation ne pouvaient, au contraire, pas appartenir au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union. L'arrêt *Dory*, répond à une juridiction nationale suite à un renvoi préjudiciel sur une question d'applicabilité du droit européen dans l'organisation du service militaire en Allemagne. La Cour juge que « la directive 76/207 était applicable à l'accès aux emplois dans les forces armées et qu'il lui appartenait de vérifier si les mesures prises par les autorités nationales, dans l'exercice de la marge d'appréciation qui leur est reconnue, poursuivaient, en réalité, le but de garantir la sécurité publique ». Elle ajoute toutefois qu'« il appartient en effet aux États membres, qui ont à arrêter les mesures propres à assurer leur sécurité intérieure et extérieure, de prendre les décisions relatives à l'organisation de leurs forces armées »⁷¹². En l'espèce, la mesure nationale en cause résulte d'un choix d'organisation militaire visant à garantir la sécurité publique de l'État membre, une telle dérogation étant prévue par les traités.

Dans cette décision, la Cour juge en effet qu'en cas de dérogation spécifique prévue par les traités, une mesure nationale de transposition d'une directive n'appartient plus au champ d'application du droit de l'Union.

206. Distinction relative à l'application des droits fondamentaux. En présence d'un élargissement de la marge d'appréciation des directives au profit des États membres, la réponse de la Cour relative au champ d'application du droit de l'Union n'est pas uniforme. La Cour distingue d'une part les cas de figure dans lesquels la mesure nationale a pour objet de transposer la réglementation européenne. Cette dernière est réputée mettre en œuvre la

⁷¹⁰ CJCE, GC, 29 janv. 2008, *Promusicae*, prec., pt 68.

⁷¹¹ CJCE, 26 oct. 1999, aff. C-273/97, *Sirdar* ; CJCE, 11 janv. 2000, aff. C-285/98, *Kreil* ; CJCE, 11 mars 2003, aff. C-186/01, *Dory*.

⁷¹² CJCE, 11 mars 2003, *Dory*, prec., pts 34-36.

directive et entre par conséquent dans le champ d'application des droits fondamentaux de l'Union. La Cour distingue d'autre part les cas relevant d'une dérogation prévue par les traités, pour lesquels la mesure nationale faisant l'objet d'une exception n'entre pas dans le champ d'application des droits fondamentaux de l'Union car l'objet de la mesure est autre que celui poursuivi par la directive.

En présence d'une large marge d'appréciation au profit des États membres, c'est l'objectif poursuivi par la mesure nationale qui détermine si celle-ci appartient au champ d'application des droits fondamentaux ou si elle ne relève que du droit national. Lorsque l'objectif vise à garantir les finalités poursuivies par le droit de l'Union, ces mesures appartiendront au champ d'application des droits fondamentaux. Cette solution pourrait être transposée aux cas dans lesquels la liberté accrue se matérialise par une harmonisation minimale prévue par la directive.

b) Le cas des directives prévoyant une harmonisation minimale

207. Mesures de transposition d'une directive prévoyant une harmonisation minimale. Certaines directives se limitent à des prescriptions minimales à l'égard des États membres avec la liberté pour ces derniers de légiférer de manière plus précise, plus restrictive ou de manière à offrir une protection plus étendue⁷¹³. Les États membres atteignent par la transposition un degré de réglementation considérablement plus important que le degré prévu par le droit de l'Union⁷¹⁴. Les mesures prises par les États qui découlent de ces exigences minimales n'apparaissent pas clairement comme appartenant au champ d'application du droit de l'Union, bien qu'elles soient commandées par ce dernier. L'habilitation prévoit en effet peu de choses concernant leur contenu ou leur étendue. Les mesures nationales qui en résultent se différencient selon qu'elles sont prises sur le fondement du traité par le biais d'une directive et ou sur le seul fondement d'une directive⁷¹⁵.

208. Harmonisation minimale prévue par le traité. La Cour a rendu plusieurs décisions à l'égard des directives prises dans l'objectif de concrétiser les traités. En 1998 dans l'arrêt *Borsana*, elle souligne que la directive 90/394 en cause a été prise sur le

⁷¹³ Par exemple la directive 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail. Explicité par la Cour dans : CJCE, 26 juin 2001, aff. C-173/99, *BECTU*, pt 55.

⁷¹⁴ « *Überschießenden Richtlinienumsetzung* » : dépassement de la transposition d'une directive. Notion abordée dans : M. HABERSACK, C. MAYER, « (§14) Die überschießende Umsetzung von Richtlinien », in : K. RIESENHUBER (éd.), *Europäische Methodenlehre*, 3^{ème} éd., Berlin, De Gruyter, 2015 ; B. MAIER, *Grundrechtsschutz bei der Durchführung von Richtlinien*, op. cit., p. 76 et s.

⁷¹⁵ B. MAIER, *Ibid.*, p. 76.

fondement de l'article 118 A du traité. Celui-ci prévoit que la Communauté européenne « arrête par voie de directive les prescriptions minimales applicables » et que celles-ci « ne font pas obstacle au maintien et à l'établissement, par chaque État membre, de mesures de protection renforcée »⁷¹⁶. En d'autres termes, la directive ne prescrit qu'une harmonisation minimale qui peut être dépassée⁷¹⁷. Dans ce cas de figure, la Cour estime qu'elle ne bénéficie d'aucune compétence pour se prononcer sur le respect du principe de proportionnalité par la réglementation nationale renforçant la protection prévue par la directive. La mesure nationale n'entre donc pas dans le champ d'application des droits fondamentaux de l'Union⁷¹⁸.

En 2005, la décision *Deponiezweckverband Eiterköpfe* sur la mise en décharge des déchets rappelle de la même manière que la directive 99/31 en cause a été prise en application de l'article 175 du TCE. Celui-ci organise la réglementation environnementale pour la Communauté européenne. L'article 176 du TCE précise néanmoins que les mesures communautaires prises dans ce domaine ne s'opposent pas à ce que les États membres légifèrent de manière renforcée. Partant, les droits fondamentaux « ne trouve[nt] pas à s'appliquer en ce qui concerne les mesures nationales de protection renforcées prises en vertu de l'article 176 TCE et dépassant les exigences minimales prévues par une directive communautaire dans le domaine de l'environnement »⁷¹⁹.

Dans ces deux décisions, le traité a, par le biais des directives prévoyant une harmonisation minimale, explicitement autorisé les États membres à adopter des mesures de protection renforcées. Les articles 118A et 176 du traité créent une clause d'ouverture (ou de flexibilité) au profit des autorités nationales. À l'intérieur de cet espace, le droit de l'Union et ses droits fondamentaux n'infère pas⁷²⁰.

209. Harmonisation minimale prévue par une seule directive. Il en va autrement en l'absence de clause prévue par le traité enjoignant à une directive d'organiser une harmonisation minimale dans un domaine. Dans l'arrêt *Karner*, une directive est prise sur un fondement autre qu'un article du traité. Cette directive autorise les États membres à aller

⁷¹⁶ Article 118 A §2 et 3 du TCE (traité de Maastricht).

⁷¹⁷ CJCE, 17 déc. 1998, *IP c/ Borsana*, prec., pt 35.

⁷¹⁸ CJCE, 17 déc. 1998, *IP c/ Borsana*, prec., pt 40.

⁷¹⁹ CJCE, 14 avril 2005, aff. C-6/03, *Deponiezweckverband Eiterköpfe*, pt 64.

⁷²⁰ Pour une absence générale de contrainte par le droit communautaire sur les mesures de transposition de directives prévoyant une harmonisation minimale : S. BUCHER, « Die Bindung der Mitgliedstaaten an die EU-Grundrechtecharta bei Ermessensspielräumen, insbesondere in Fällen der Richtlinienumsetzung und unter Berücksichtigung der Folgerechtsprechung zu "Akerberg Fransson" », *ZEuS*, 2016, n° 2, p. 210-211 ; H.-D. JARASS, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, op. cit., Art. 51, pt 29 ; B. MAIER, *Grundrechtsschutz bei der Durchführung von Richtlinien*, op. cit., p. 91-95.

plus loin dans la réglementation que les exigences minimales prévues par le droit de l'Union⁷²¹. La Cour ajoute que « ladite directive entend[ait] fixer des critères minimaux et objectifs »⁷²² et en conséquence, se déclare compétente pour répondre à la question préjudicielle portant sur la conformité avec les droits fondamentaux de l'Union d'une réglementation nationale transposant la directive. Elle considère que la réglementation nationale « entre dans le champ d'application du droit communautaire »⁷²³ et est donc bien soumise à ses droits fondamentaux. Une telle conjoncture a été confirmée à plusieurs reprises⁷²⁴.

210. Différenciation quant à l'application des droits fondamentaux. Ces décisions font apparaître que, lorsque la liberté des États membres de légiférer est prévue par une directive, les mesures nationales qui en résultent appartiennent au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union. À l'inverse, lorsque l'habilitation est inscrite dans le traité, la Cour considère que la mesure nationale relève du seul droit national. La différence entre ces deux cas de figure est liée à la présence d'une habilitation ou non par le traité. Celle-ci se révèle essentielle à la détermination de l'appartenance au champ d'application des droits fondamentaux des mesures issues de directives prévoyant une harmonisation minimale.

Cette différence peut résulter du fait que le traité ne prévoit que des règles larges et générales. Une telle habilitation n'envisage donc qu'une simple répartition des compétences et non une véritable réglementation. *A contrario*, une directive qui réglemente un domaine spécifique s'est saisie d'une compétence qui appartient alors au droit de l'Union. Les mesures nationales prises dans ce domaine et sur le fondement d'une telle directive poursuivent le même objectif et assurent son plein effet. Elles appartiennent donc au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union. Cette distinction est confirmée par une jurisprudence constante de la Cour selon laquelle « les bases juridiques des traités ne peuvent fonder le rattachement d'une situation au droit de l'Union »⁷²⁵. Le lien entre les rares informations fournies par le traité et la mesure nationale apparaît trop distendu et hypothétique.

⁷²¹ Directive 84/450/CEE du Conseil du 10 septembre 1984 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité trompeuse, article 7.

⁷²² CJCE, 25 mars 2004, aff. C-71/02, *Karner*, pt 32.

⁷²³ CJCE, 25 mars 2004, *Karner*, prec., pt 52.

⁷²⁴ CJCE, GC, 18 déc. 2007, aff. C-341/05, *Laval un Partneri*, pts 59-61 ; CJUE, 16 déc. 2010, aff. C-149/10, *Chatzi*, pts 63-75 ; CJUE, GC, 24 janv. 2012, aff. C-282/10, *Dominguez*, pts 16-19 et 48 ; CJUE, 18 juill. 2013, aff. C-234/12, *Sky Italia*, pt 13.

⁷²⁵ CJCE, GC, 23 sept. 2008, aff. C-427/06, *Bartsch*, pts 18-25 ; CJCE, ord. 17 mars 2009, aff. C-217/08, *Mariano*, pt 25 ; CJUE, GC, 4 mai 2011, aff. C-147/08, *Römer*, pts 61-62 ; CJUE, 7 juill. 2011, aff. C-310/10, *Agafitei e.a.*, pt 35. En ce sens : N. CARIAT, *La Charte des droits fondamentaux et l'équilibre constitutionnel entre l'Union européenne et les États membres*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 410.

Le champ d'application des droits fondamentaux de l'Union étant établi au regard des directives qui organisent différentes marges d'appréciation, il doit également être vérifié à l'égard des décisions nationales d'exécution des mesures de transposition de ces directives.

4. Le cas des décisions d'exécution

211. Distinction selon les types de directives. Eu égard aux constatations effectuées concernant les mesures nationales de transposition des directives, on peut émettre l'hypothèse selon laquelle les décisions d'exécution de ces mesures emportent des conséquences identiques en matière de champ d'application des droits fondamentaux de l'Union. Il en résulterait d'une part qu'une mesure de transposition qui entre dans le champ d'application des droits fondamentaux de l'Union serait susceptible de faire naître des décisions d'exécution appartenant elles-aussi à ce champ d'application. Il en résulterait d'autre part qu'une décision d'exécution d'une mesure nationale entrant dans le domaine d'une directive sans pour autant en être une « mise en œuvre » devrait être considéré comme n'appartenant pas au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union. Cette hypothèse nécessite d'être confirmée au regard de la jurisprudence de la Cour.

212. Décision d'exécution issue d'une directive classique. La décision *Colson et Kamann*⁷²⁶ concerne l'interprétation d'une directive sur la non-discrimination entre hommes et femmes pour l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle. Cette directive a été transposée en droit national par une loi sur la sanction des discriminations codifiée dans le code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch*)⁷²⁷. L'administration du Land de Rhénanie-du-Nord-Westphalie avait pourtant refusé d'engager les deux requérantes « pour des motifs tenant à leur sexe »⁷²⁸. Faisant suite à la demande d'interprétation, la Cour précise que « l'obligation des États membres, découlant d'une directive, d'atteindre le résultat prévu par celle-ci, ainsi que leur devoir en vertu de l'article 5 du traité de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution de cette obligation, s'imposent à toutes les autorités des États membres [...]. Il s'ensuit qu'en appliquant le droit national, et notamment les dispositions d'une loi nationale spécialement introduite en vue d'exécuter la directive 76/207, la juridiction nationale est tenue d'interpréter son droit national à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé [...] »⁷²⁹. Selon la Cour, les États membres sont contraints de

⁷²⁶ CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson et Kamann*, prec.

⁷²⁷ CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson et Kamann*, prec., pt 4.

⁷²⁸ CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson et Kamann*, prec., pt 2.

⁷²⁹ CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson et Kamann*, prec., pt 26.

prendre toutes les mesures possibles pour assurer l'application de la directive, qu'elles soient de nature générale ou particulière. Dans la mesure où la transposition des directives exige des mesures générales, les directives n'étant pas applicables ou invocables telles quelles, les mesures particulières visées peuvent comprendre les décisions nationales d'exécution des mesures de transposition.

Eu égard au respect des droits fondamentaux, la Cour juge que les dispositions prises pour appliquer la directive doivent être conformes aux exigences du droit de l'Union⁷³⁰. Les mesures d'exécution appartiennent donc au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union au même titre que les mesures de transposition qu'elles appliquent.

Cette interprétation est confirmée par la décision *Åkerberg Fransson*, dans laquelle la Cour estime que la législation nationale prévoyant des sanctions et poursuites contre la fraude fiscale entre dans le domaine d'application de la directive en cause et poursuit les mêmes objectifs. Elle met donc en œuvre le droit de l'Union. Par conséquent, l'exécution de ces sanctions et poursuites constitue au même titre que la législation nationale une mise en œuvre du droit de l'Union⁷³¹. Les décisions d'exécution d'une mesure nationale mettant en œuvre une directive sont réputées appartenir au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union.

213. Décision d'exécution issue d'une directive laissant une liberté accrue. La Cour s'est également prononcée sur le statut des décisions d'exécution de mesures de transposition de directives mettant en œuvre le droit de l'Union, lorsque ces directives accordent une liberté accrue aux États membres. Dans la décision *Promusicae*, elle indique très clairement qu'« il incombe aux États membres, lors de la transposition des directives susmentionnées, de veiller à se fonder sur une interprétation de ces dernières qui permette d'assurer un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire. Ensuite, lors de la mise en œuvre des mesures de transposition de ces directives, il incombe aux autorités et aux juridictions des États membres non seulement d'interpréter leur droit national d'une manière conforme auxdites directives, mais également de veiller à ne pas se fonder sur une interprétation de celles-ci qui entrerait en conflit avec lesdits droits fondamentaux ou avec les autres principes généraux du droit communautaire, tels que le principe de proportionnalité »⁷³². Lorsque les États membres

⁷³⁰ CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson et Kamann*, préc., pt 28.

⁷³¹ CJUE, GC, 26 fév. 2013, aff. C-617/10, *Åkerberg Fransson*, pts 27-28.

⁷³² CJCE, GC, 29 janv. 2008, *Promusicae*, préc., pt 28.

exécutent les mesures de transposition issues de directives avec une large marge d'appréciation, les décisions d'exécution qui en résultent appartiennent au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union.

214. Décision d'exécution issue d'une mesure nationale hors du champ d'application du droit de l'Union. Lorsqu'une mesure nationale appartient au domaine d'une directive et est appréciée comme se situant en dehors du champ d'application du droit de l'Union, la Cour semble logiquement en déduire que l'exécution nationale de cette mesure ne constitue pas une mise en œuvre du droit de l'Union. Dans l'arrêt *Maurin*, une personne est poursuivie sur le fondement d'un décret, lui-même pris en exécution d'une loi nationale. Cette dernière se rapporte à la même thématique que la directive sur l'étiquetage des denrées périssables. Alors que la juridiction de renvoi cherche à obtenir des informations sur l'interprétation de principes communautaires afin de juger de la conformité du décret, la Cour estime qu'elle « n'est pas compétente pour se prononcer sur une éventuelle violation des principes relatifs à la protection des droits de la défense et au respect du contradictoire par des règles de procédure applicables aux infractions à une réglementation nationale qui se situe en dehors du champ d'application du droit communautaire »⁷³³. En s'estimant incompétente, elle considère que ni la loi nationale qui entre dans le domaine de la directive ni le décret qui exécute la loi ne font partie du champ d'application des droits fondamentaux de l'Union. Cette solution nous semble cohérente concernant la mesure d'exécution étant donné que le lien avec le droit de l'Union était en quelque sorte rompu dès le stade de la loi.

215. Nature de l'obligation de respect des droits fondamentaux par les décisions d'exécution. L'hypothèse selon laquelle le statut d'une décision d'exécution suit celui de la mesure nationale sur laquelle il est fondé est confirmée par la jurisprudence de la Cour. Si la mesure nationale est réputée être une mise en œuvre du droit de l'Union au motif qu'elle transpose ou poursuit le même objectif qu'une directive, le droit tertiaire appartiendra au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union⁷³⁴. Si la mesure nationale en cause n'est pas réputée mettre en œuvre le droit de l'Union, les décisions

⁷³³ CJCE, 13 juin 1996, aff. C-144/95, *Maurin*, pt 13.

⁷³⁴ C. CALLIESS, « Kooperativer Grundrechtsschutz in der Europäischen Union – Überlegungen im Lichte der aktuellen Rechtsprechung von EuGH und deutschem Bundesverfassungsgericht » [en ligne], *Berliner Online-Beiträge zum Europarecht*, 23 février 2015, n° 101, p. 8-9, disponible sous : https://www.jura.fu-berlin.de/forschung/europarecht/bob/berliner_online_beitraege/Paper101-Calliess/index.html ; C. GAUTHIER, S. PLATON, D. SZYMCAK, *Droit européen des droits de l'homme*, op. cit., pt 146.

d'exécution prises sur son fondement n'appartiendront pas au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union⁷³⁵.

Ce raisonnement, outre sa dimension logique, se justifie également par le fait que les mesures d'exécution comportent une marge d'appréciation relativement restreinte. Elles ont pour unique objet de passer d'une règle générale à une application spéciale. Si la mesure qu'elles exécutent est réputée appartenir au droit de l'Union, l'exécution de cette mesure suivra la même condition. Ce constat vaut tant pour les directives précises et inconditionnelles que pour les autres directives. En d'autres termes, le statut du droit dit tertiaire suit le statut du droit dit secondaire.

216. Conclusion. En règle générale, les mesures nationales de transposition des directives précises et inconditionnelles et les règles nationales d'exécution de ces mesures appartiennent systématiquement au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union. Le lien entre le droit national et le droit de l'Union est suffisamment fort étant donné que le droit national met précisément en œuvre les objectifs poursuivis par la directive. La présence d'une marge d'appréciation rend, en revanche, l'évaluation du lien entre une directive et le droit national plus complexe. Les situations qui en résultent sont plus hétérogènes.

Le plus souvent, les mesures nationales de transposition des directives constituent des mises en œuvre du droit de l'Union et appartiennent, à ce titre, au champ d'application des droits fondamentaux. Ceci se confirme en présence des directives offrant une liberté restreinte de transposition aux États membres, comme par exemple en cas d'options de transposition ou de possibilité de dérogations.

Les mesures nationales résultant des directives avec une liberté accrue laissée aux États membres appartiennent au champ d'application des droits fondamentaux si le lien entre la directive et le droit national est suffisamment étroit. Ce lien se détermine par l'existence d'objectifs communs entre les deux normes. En revanche, lorsque la mesure nationale résulte d'une dérogation prévue par le traité, le lien entre cette mesure et le droit de l'Union apparaît trop distendu pour que l'un soit réputé être la mise en œuvre de l'autre. Lorsque les directives ne prévoient que des harmonisations minimales le statut des mesures nationales de transposition dépend de l'organisation de la compétence par les traités. Si l'harmonisation minimale est organisée par le traité directement, le droit national qui se

⁷³⁵ A. GROBE WENTRUP, *Die Europäische Grundrechtecharta im Spannungsfeld der Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten*, op. cit., p. 56.

saisit de la réglementation ne met pas en œuvre le droit de l'Union. *A contrario*, si l'harmonisation minimale est prévue seulement par une directive, le lien entre la directive et le droit national reste suffisamment fort pour que l'objectif poursuivi par les mesures nationales soit identique à celui poursuivi par la directive.

La coïncidence des objectifs poursuivis et la proximité du lien entre les mesures est au cœur de la détermination du droit national en tant que mise en œuvre du droit de l'Union. Les différences de fond analysées entre les différentes marges d'appréciation laissées par les directives emportent des conséquences en matière de champ d'application des droits fondamentaux de l'Union. Ces différences de marge d'appréciation peuvent toutefois être dépassées pour envisager les conséquences du mode de transposition sur l'étendue du champ d'application des droits fondamentaux de l'Union.

§2- Les conséquences du dépassement des exigences fixées par la directive

217. L'appartenance d'une mesure de transposition d'une directive au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union pose question lorsque les exigences prévues par la directive sont dépassées à l'occasion de la transposition.

Ces dépassements sont toutefois limités par le droit de l'Union lui-même. La limitation peut résulter du choix opéré par le législateur européen de procéder à une harmonisation complète le rendant compétent pour réglementer l'ensemble de la matière en cause. La limitation peut également résulter d'une matière réglementée par le droit de l'Union au moyen d'une seule harmonisation minimale. Dans ce cas de figure, une clause d'ouverture (*Öffnungsklausel*) est nécessaire aux États membres pour les rendre à leur tour compétents (sauf s'ils exercent une attribution qui relève encore de leur propre compétence)⁷³⁶.

En dehors de ces situations, les dépassements à l'occasion de la transposition d'une directive peuvent prendre différentes formes. L'État membre peut appliquer des règles nationales de procédure aux actes européens transposés afin de répondre à l'impératif d'effectivité du droit de l'Union (A). L'État membre peut également choisir d'étendre de manière arbitraire l'application des actes européens qu'il transpose à des domaines strictement nationaux (B) ou d'ajouter des règles non-communautaires à la mesure

⁷³⁶ B. MAIER, *Grundrechtsschutz bei der Durchführung von Richtlinien*, op. cit., p. 95 et s.

nationale de transposition (C). Enfin, la directive transposée peut faire l'objet d'une interprétation relativement extensive quant à son contenu et conduire les autorités nationales à respecter des obligations plus importantes que celles initialement prévues (D).

A) L'application de règles nationales de procédure aux mesures de transposition de la directive

218. Problématique du statut des règles nationales de procédure. L'Union européenne ne contient pas – ou peu – de règles de procédure destinées à la mise en œuvre du droit de l'Union par les États membres. Pourtant, l'article 4§3 al. 2 du TUE, confirmé par l'article 291 du TFUE, précise que ces derniers doivent prendre « toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union ». À partir de ces articles, la Cour a développé le principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres, selon lequel la réglementation européenne doit être exécutée au niveau national en suivant les règles de fond et de forme du droit national si la Communauté n'en a pas prévu d'autres⁷³⁷. Cela ne doit toutefois pas empêcher les États membres de respecter à cette occasion les principes généraux du droit de l'Union. La question du statut de ces règles de procédure se pose alors. Bien que prises au niveau national en dehors de tout lien avec le droit de l'Union, elles peuvent être considérées comme appartenant à son champ d'application lorsqu'elles sont utilisées afin de mettre en œuvre la réglementation européenne.

219. Exemple de la preuve irréfragable en droit anglais. Cette hypothèse est privilégiée par la Cour dans la décision *Johnston*. En l'espèce, une question préjudicielle avait été posée dans le cadre d'un litige relatif à la validité du refus par les autorités nationales de renouveler le contrat d'une auxiliaire à temps complet de la police d'Irlande du Nord (*Royal Ulster Constabulary Full-time Reserve*). La requérante considère que ce refus violerait la directive sur la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes. La juridiction de renvoi s'est pourtant vue remettre un certificat de la part d'un ministre du gouvernement, équivalent à une preuve irréfragable, attestant de la conformité du refus avec le principe de l'égalité homme-femme. La règle sur les discriminations sexuelles (*Sex Discrimination Order*), qui transpose la directive, permet au Royaume-Uni de déroger au principe afin de sauvegarder la sûreté de l'État et de protéger la sécurité et l'ordre public. La juridiction nationale a donc saisi la Cour de justice d'une

⁷³⁷ CJCE, 21 sept. 1983, aff. C-205 à 215/82, *Deutsche Milchkontor GmbH*, pt 17.

question préjudicielle afin de vérifier si la remise d'un tel certificat ne violerait pas les droits garantis par la directive et en premier lieu celui du droit à un recours effectif devant une juridiction. La Cour s'est déclarée compétente pour déterminer les obligations découlant de la directive pour les États membres en ce qui concerne le contrôle du respect de la directive comme de sa mise en œuvre. Bien que la règle de la preuve irréfragable au moyen du certificat du gouvernement soit fréquente dans le droit national et n'ait pas été adoptée dans le *Sex Discrimination Order* uniquement dans le but de transposer la directive, la Cour la juge contraire au principe du contrôle juridictionnel effectif consacré par les principes généraux du droit de l'Union⁷³⁸. En contrôlant la règle nationale de preuve par rapport aux principes généraux du droit, la Cour fait entrer cette règle dans le champ d'application des droits fondamentaux de l'Union alors même qu'une telle règle de procédure existe au niveau national de manière indépendante de la transposition de la directive.

220. Exemple de la libre appréciation de la preuve en droit allemand. La décision *Steffensen* est venue confirmer ce premier résultat. En l'espèce, le requérant était un fabricant de saucisses, lesquelles avaient fait l'objet de prélèvement aux fins d'analyses chez l'un de ses détaillants. Les autorités administratives ayant procédé aux prélèvements en ont – conformément à la législation allemande – laissé des échantillons chez le détaillant mais le requérant n'aurait ni été mis au courant d'un tel prélèvement ni reçu ces échantillons. En effet, la loi nationale ne prévoit pas d'obligation de transmission des échantillons au fabricant ou d'information de leur l'existence. Le requérant conteste le résultat des analyses au motif qu'il n'a pas eu droit à une contre-expertise. La juridiction compétente décide de saisir la Cour de justice afin de déterminer si la directive relative au contrôle des denrées alimentaires garantit un tel droit et si oui, quelles en sont les conséquences. La Cour répond que la directive garantit bien un droit à une contre-expertise mais que le droit de l'Union n'organise aucune règle procédurale sur la question de l'admission de la preuve dans les cas d'irrespect d'une directive⁷³⁹. Il appartient donc aux différents droits nationaux d'appliquer leurs propres règles de droit interne. Or, le droit allemand ne prévoit pas l'interdiction générale d'une preuve lorsque celle-ci provient d'une procédure irrégulière ; les principes de l'instruction d'office et de la libre appréciation des preuves priment dans le droit national. La Cour va pourtant considérer que la nécessité de respecter l'effectivité du droit de l'Union oblige les États membres à respecter les principes

⁷³⁸ CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, prec., pts 13-21.

⁷³⁹ CJCE, 10 avril 2003, aff. C-276/01, *Steffensen*, pt 62.

généraux du droit de l'Union⁷⁴⁰. Les règles nationales de preuve, lorsqu'elles sont utilisées afin de mettre en œuvre une directive, font donc partie du champ d'application des droits fondamentaux de l'Union. D'autres aspects procéduraux ont également été jugés en ce sens⁷⁴¹.

221. Réflexion sur l'étendue des droits fondamentaux de l'Union à respecter. Selon Benjamin Maier, la décision *Steffensen*⁷⁴² constitue une exception à la règle selon laquelle les États membres ne sont pas liés par les droits fondamentaux de l'Union lorsqu'ils agissent en dehors du domaine de compétence de la Communauté⁷⁴³. Compte-tenu du principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres, la Cour impose depuis de longues années que la règle nationale de procédure nécessaire à la mise en œuvre d'une directive soit conforme aux principes d'équivalence et d'effectivité⁷⁴⁴ mais pas aux autres droits fondamentaux. Cela permettrait de garantir l'exigence de pleine effectivité du droit de l'Union⁷⁴⁵. Benjamin Maier estime que la Cour n'avait jamais contrôlé la règle nationale que par rapport à ces deux exigences. Il s'étonne que dans cette dernière décision, la Cour impose le respect de l'ensemble des principes généraux du droit européen à la règle nationale de procédure lors de son application en tant que mise en œuvre d'une directive. Par ce biais, la Cour fait entrer la règle nationale de procédure dans le champ d'application du droit de l'Union⁷⁴⁶. Selon lui, une analyse approfondie de la décision permet toutefois de démontrer que, « comme les autorités souveraines nationales, lors de l'exécution indirecte du droit de l'Union, assurent – de manière effective au moins – le rôle de tribunaux et d'administrations communautaires, une obligation de respecter les droits fondamentaux apparaît dans ces domaines somme toute logique »⁷⁴⁷. L'ensemble de la doctrine n'abonde pas en ce sens⁷⁴⁸.

⁷⁴⁰ CJCE, 10 avril 2003, *Steffensen*, prec., pts 50-51 et 60-80.

⁷⁴¹ CJCE, 12 juill. 2001, aff. C-262/99, *Louloudakis*, pt 67.

⁷⁴² CJCE, 10 avril 2003, *Steffensen*, prec.

⁷⁴³ B. MAIER, *Grundrechtsschutz bei der Durchführung von Richtlinien*, op. cit., p. 124.

⁷⁴⁴ CJCE, 16 déc. 1976, aff. C-33/76, *Rewe c/ Landwirtschaftskammer für das Saarland*, pt 5, ou encore CJCE, 21 janv. 1999, aff. C-120/97, *Upjohn*, pt 32.

⁷⁴⁵ Cf. *supra*, §85.

⁷⁴⁶ B. MAIER, *Grundrechtsschutz bei der Durchführung von Richtlinien*, op. cit., p. 117-118 ; H.-W. RENGELING, P. SZCEKALLA, *Grundrechte in der Europäischen Union*, op. cit., §4, pt 289.

⁷⁴⁷ B. MAIER, *Grundrechtsschutz bei der Durchführung von Richtlinien*, op. cit., p. 124. En ce sens également : W. FRENZ, *Handbuch Europarecht*, vol. 4 : Europäische Grundrechte, Berlin, Springer, 2009, pts 256-257 ; C. GAUTHIER, S. PLATON, D. SZYMCAK, *Droit européen des droits de l'homme*, op. cit., pt 146 ; C. LADENBURGER, op. cit., Art. 51, pts 38-39 ; C. LADENBURGER, J. VONDUNG, in : M. SACHS, K. STERN (éd.), *Europäische Grundrechte-Charta : Kommentar*, Munich, C.H. Beck, 2016, Art. 51, pt 49 ; J. NUSSE, *Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte*, op. cit., p. 21-22 ; T. VON DANWITZ, *Réponse au questionnaire*, op. cit., Question 7, p. 11 ; L. XENOU, *Les principes généraux du droit de l'Union européenne et la jurisprudence administrative française*, op. cit., p. 109.

⁷⁴⁸ D.H. SCHEUING, « Zur Grundrechtsbindung der EU-Mitgliedstaaten », *EuR*, 2005, n° 2, p. 168.

Ce raisonnement fondé sur la dissociation des notions d'effectivité et de principes généraux du droit étonne. Il implique que le premier ne soit pas considéré comme un droit fondamental au regard du droit de l'Union. Or, le principe d'effectivité, au moins en ce qu'il garantit un recours effectif en justice comme en l'espèce, est un droit fondamental de l'Union. Il apparaît aujourd'hui à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et existait auparavant sous forme de principe général déduit de l'article 13 de la CESDH et des principes constitutionnels communs aux États membres⁷⁴⁹. Bien que son respect puisse être utilisé par la Cour comme condition à la validité d'une mise en œuvre nationale, il ne peut être opposé aux droits fondamentaux de l'Union en général. Par ailleurs, la notion d'effectivité mise en avant par la Cour dans la décision *Johnston*⁷⁵⁰ se réfère elle aussi directement à l'effectivité comme droit fondamental, puisqu'il s'agit en l'espèce de garantir l'efficacité du contrôle juridictionnel. Le rapport entre effectivité et droit fondamental ne semble donc pas si inédit. Il a été confirmé dans les arrêts *DEB* et *Åkerberg Fransson*⁷⁵¹.

222. Exemple des mécanismes de poursuite pénale et de sanction fiscale. Selon la décision *Åkerberg Fransson*, le TFUE prévoit une obligation des États membres de lutter contre les activités illicites portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union. Ils doivent s'efforcer de prendre des mesures dissuasives et effectives pour combattre la fraude⁷⁵². À ce titre, la Cour a estimé que des mesures législatives nationales relatives aux infractions fiscales qui prévoient des sanctions fiscales et des poursuites pénales pour inexactitude des informations fournies en matière de TVA constituent une mise en œuvre du droit de l'Union. En effet, la TVA fait partie des ressources appartenant au budget propre de l'Union et la condamnation prise en réponse à une telle fraude à sa perception permet de sanctionner une violation du droit de l'Union. Les mesures nationales prévoyant cette condamnation entrent donc dans le champ d'application du droit de l'Union⁷⁵³.

Les cas d'application des droits fondamentaux de l'Union aux règles nationales de procédure démontrent que la notion de mise en œuvre du droit de l'Union ne se limite pas

⁷⁴⁹ CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, préc., pt 18 ; CJCE, 15 oct. 1987, aff. C-222/86, *Unectef c/ Heylens*, pt 14 ; CJCE, 3 déc. 1992, aff. C-97/91, *Oleificio Borelli c/ Commission*, pt 14.

⁷⁵⁰ CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, préc.

⁷⁵¹ CJUE, 22 déc. 2010, aff. C-279/09, *DEB* ; CJUE, GC, 26 fév. 2013, *Åkerberg Fransson*, préc.

⁷⁵² CJUE, GC, 26 fév. 2013, *Åkerberg Fransson*, préc., pt 26. Pour le détail des faits, cf. *supra*, §129.

⁷⁵³ CJUE, GC, 26 fév. 2013, *Åkerberg Fransson*, préc., pt 28. Confirmé dans : CJUE, 20 déc. 2017, aff. C-664/15, *Protect Natur-, Arten- und Landschaftsschutz Umweltorganisation*, pt 44.

aux mesures spécifiquement adoptées pour la transposition. Elle peut s'étendre à toutes mesure garantissant la bonne application de la transposition de la directive⁷⁵⁴.

À l'inverse, il est des cas où un acte européen est utilisée en droit national pour s'appliquer également à un autre domaine que celui prévu par le droit de l'Union. L'attache avec le droit de l'Union apparaît évidente mais contestable.

B) L'application des actes européens à une situation nationale

223. Concept de règle dépassant la transposition d'une directive. À l'occasion de la transposition d'une directive, il arrive que les États membres fassent le choix d'étendre l'application d'un acte de droit de l'Union à d'autres situations relevant d'une compétence purement interne. Ces mesures sont catégorisées en allemand sous la notion de transposition excédentaire (*überschießenden Richtlinienumsetzung*)⁷⁵⁵, dans la mesure où elles dépassent les exigences qu'imposent la transposition d'une directive⁷⁵⁶. Il peut s'agir d'un dépassement *ratione personae*, *ratione materiae* ou *ratione loci* du champ d'application de la directive⁷⁵⁷. Pour Mathias Habersack et Christian Mayer, les règles européennes qui font l'objet d'un dépassement dans leur application ont souvent un caractère isolé : elles ne réglementent qu'un seul élément dans une matière où le droit national est dominant⁷⁵⁸, tel un îlot de droit européen au milieu d'un océan de droit national⁷⁵⁹. Les situations concrètes qui en découlent ont souvent un caractère mixte car elles sont encadrées soit de manière combinée par des mesures de transposition de directive et des mesures de droit national, soit par des mesures de droit national qui reprennent les solutions apportées par le droit européen dans le cadre de la transposition d'une directive et les étendent au reste de la matière. Se pose alors la question du statut des mesures nationales issues d'une

⁷⁵⁴ C. GAUTHIER, S. PLATON, D. SZYMCAK, *Droit européen des droits de l'homme*, op. cit., pt 146 ; L. XENOU, *Les principes généraux du droit de l'Union européenne et la jurisprudence administrative française*, op. cit., p. 109.

⁷⁵⁵ « *Überschießenden Richtlinienumsetzung* » : dépassement de la transposition d'une directive. Notion abordée dans : M. HABERSACK, C. MAYER, « (§14) Die überschießende Umsetzung von Richtlinien », op. cit. ; B. MAIER, *Grundrechtsschutz bei der Durchführung von Richtlinien*, op. cit., p. 95 et s ; W. SCHROEDER, op. cit., Art. 288 AEUV, pt 116.

⁷⁵⁶ Cf. *supra*, §207.

⁷⁵⁷ M. HABERSACK, C. MAYER, « (§14) Die überschießende Umsetzung von Richtlinien », op. cit., pts 5-9.

⁷⁵⁸ *Ibid.*, pt 2.

⁷⁵⁹ C. GRÜNEBERG, « Einleitung », in : O. PALANDT (éd.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 79^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2020, pt 31 ; F. RITTNER, « Das Gemeinschaftsprivatrecht und die europäische Integration », *JZ*, 1995, n° 18, p. 851 : Cela serait dû au fait que le droit national réglemente par domaine (« *Sachgebiet* ») pour établir un certain ordre (« *Ordnung [...] gewährleisten* »), tandis que le droit de l'Union réglemente par mandat politique (« *politischen Auftrag* »), avec des objectifs spécifiques à atteindre (« *bestimmtes Ziel [...] erreichen* »).

transposition excédentaire. Il s'agit de déterminer si elles doivent être interprétées à l'aune de la directive et du droit européen afin de déterminer si elles appartiennent au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union.

224. Compétence de la Cour de justice. La situation a été rencontrée pour la première fois dans l'arrêt *Dzodzi*. En l'espèce, la requérante de nationalité togolaise a épousé une personne de nationalité belge. Cette dernière est décédée six mois après le mariage. La requérante, qui demande à pouvoir séjourner ou demeurer sur le territoire belge en sa qualité de conjointe d'un ressortissant, a fait appel notamment à l'article 40 de la loi belge du 15 décembre 1980 relative à l'accès au territoire, au séjour, à l'établissement et à l'éloignement des étrangers⁷⁶⁰. Selon cette loi, « [...] sont assimilés à l'étranger CE, quelle que soit leur nationalité, les personnes ci-après : 1° son conjoint ; [...] Y sont également assimilés le conjoint d'un Belge, [...] ». La difficulté présentée par la notion d'« étranger CE » a conduit les juridictions nationales saisies de l'affaire à poser à la Cour plusieurs questions préjudicielles. Il s'agissait entre autres d'obtenir une interprétation de la réglementation européenne à laquelle il était fait référence dans le droit national. Alors que la Commission et l'État belge soulevaient l'incompétence de la Cour pour se prononcer sur une loi strictement nationale, elle s'est déclarée compétente. En effet, « Il ne ressort ni des termes de l'article 177 ni de l'objet de la procédure instituée par cet article que les auteurs du traité aient entendu exclure de la compétence de la Cour les renvois préjudiciels portant sur une disposition communautaire dans le cas particulier où le droit national d'un État membre renvoie au contenu de cette disposition pour déterminer les règles applicables à une situation purement interne à cet État »⁷⁶¹. La Cour se fonde sur l'indispensable uniformité du droit de l'Union pour justifier sa compétence malgré le fait que la mesure en cause ne soit pas directement une mise en œuvre du droit européen⁷⁶². Elle juge toutefois que le renvoi du droit national vers le droit de l'Union doit être direct et inconditionnel⁷⁶³.

De même dans l'arrêt *Rodríguez Mayor*⁷⁶⁴, la Cour était confrontée à une question préjudicielle du tribunal supérieur de justice (*Tribunal Superior de Justicia*) de Madrid

⁷⁶⁰ Loi (Belgique) du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, Moniteur belge du 31.12.1980, p. 14584.

⁷⁶¹ CJCE, 18 oct. 1990, aff. C-297/88 et 197/89, *Dzodzi c/ État belge*, pt 36.

⁷⁶² CJCE, 18 oct. 1990, *Dzodzi*, prec., pts 37-39. En ce sens également : CJCE, 8 nov. 1990, aff. C-231/89, *Gmurzynska-Bscher c/ Oberfinanzdirektion Köln*, pts 24-25 ; CJCE, 17 juill. 1997, aff. C-28/95, *Leur-Bloem c/ Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*, pts 31-34 ; CJCE, 10 juill. 2003, *Booker Aquaculture et Hydro Seafood*, prec., pts 89-92 ; CJCE, 17 déc. 1998, *IP c/ Borsana*, prec., pt 59 ; CJCE, 16 mars 2006, aff. C-3/04, *Poseidon Chartering*, pt 16 ; CJUE, 10 déc. 2009, aff. C-323/08, *Rodríguez Mayor e.a.* ; CJUE, 21 déc. 2011, aff. C-482/10, *Cicala*, pts 18-19.

⁷⁶³ CJUE, 24 oct. 2019, aff. C-469 et 470/18, *Belgische Staat*, notamment pt 23.

⁷⁶⁴ CJUE, 10 déc. 2009, *Rodríguez Mayor*, prec.

concernant des licenciements collectifs. Il était établi que la législation en cause ne résultait pas directement de la transposition de la directive invoquée. Cette dernière avait pour objet de réglementer les licenciements collectifs lorsqu'au moins vingt personnes étaient concernées alors que le cas d'espèce ne concernait la cessation de contrat de travail que de sept personnes suite au décès de leur employeur.

Pour se déclarer compétente, la Cour opère une certaine gymnastique. Elle entreprend de constater que la législation espagnole a étendu le bénéfice de la réglementation européenne aux licenciements collectifs qui concerne aussi entre cinq et vingt personnes. Dès lors, il existe une inégalité entre la cessation de travail des sept personnes due au décès de leur employeur, personne physique, et un licenciement collectif classique dans lequel l'employeur est une personne morale. Cette inégalité pourrait causer une différence de traitement non conforme à la directive en cause. En effet, « dès lors que le législateur national a choisi d'englober dans la notion de licenciements collectifs, au sens de cette directive, des cas ne relevant pas non plus du champ d'application de cette directive tout en tenant à l'écart de ladite notion des cas tels que celui de l'affaire au principal, il existe un intérêt communautaire certain à ce que, pour éviter des divergences d'interprétation futures, cette notion ainsi que les solutions du droit communautaire qui y sont attachées reçoivent une interprétation uniforme, quelles que soient les conditions dans lesquelles elles sont invoquées »⁷⁶⁵. Afin de répondre à un impératif d'uniformité, la Cour estime être compétente pour interpréter une règle de droit de l'Union lorsqu'un État membre a choisi d'étendre son application à un domaine purement national.

225. Obstacle à l'application des droits fondamentaux. L'appartenance de la mesure nationale au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union semble néanmoins complexe. En l'espèce, il apparaît que le champ d'application des droits fondamentaux se dissocie partiellement du champ de compétence de la Cour. Formellement, la mesure nationale peut être réputée appartenir au champ d'application étant donné qu'elle fait directement référence à la directive européenne⁷⁶⁶. Matériellement en revanche, les dispositions de la règle nationale ne poursuivent pas le même objectif que la directive. Cette dernière prévoit une protection des travailleurs en cas de licenciement collectif uniquement et non une harmonisation générale de la compensation financière en cas de perte d'emploi. Or, la mesure nationale en cause à laquelle ont été appliquées les règles issues du droit de

⁷⁶⁵ CJUE, 10 déc. 2009, *Rodríguez Mayor*, prec., pt 27. En ce sens également : CJUE, 11 juin 2020, aff. C-634/18, *Prokuratura Rejonowa w Słupsku*, pts 24-26.

⁷⁶⁶ CJUE, 10 déc. 2009, *Rodríguez Mayor*, prec., pt 27.

l'Union visait à instaurer des indemnités différenciées selon que la perte d'emploi soit due à un licenciement collectif ou au décès de l'employeur. La directive ne visant pas à protéger ce dernier cas, l'objectif matériel poursuivi par les deux dispositions n'est pas commun. Sur ce fondement, la Cour réfute toute application de la Charte à la mesure nationale⁷⁶⁷. Une mesure qui relève de la compétence nationale, pour laquelle le législateur national a étendu les règles appliquées en droit de l'Union, ne peut être réputée appartenir au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union⁷⁶⁸ même si la Cour de justice est compétente pour donner une interprétation des aspects communautaires⁷⁶⁹.

Le corollaire de cette situation, lorsque le législateur national mélange au sein d'une même mesure des règles purement nationales et des règles de transposition, mérite également d'être évoqué.

C) L'ajout de règles strictement nationales à la mesure de transposition de la directive

226. Difficulté posée par les mesures mixtes. Lors de la transposition des directives dans le droit interne, des règles visant la transposition d'une directive et des mesures qui relèvent d'un domaine de compétence exclusivement national peuvent être associées au sein d'un même texte. Dans la majorité des cas, les mesures nationales additionnelles font partie du même domaine que les règles imposées par la directive. Étant donné qu'elles relèvent de la compétence nationale, elles n'appartiennent pas à son champ d'application. Ces mesures ont pu être qualifiées par la doctrine allemande de dépassement de l'objectif fixé par la directive sur le fond (*inhaltliche Übererfüllung von Richtlinien*)⁷⁷⁰, dans le sens où elles réglementent un domaine davantage que ce qui est prévu par la directive. Il est à noter que les mesures nationales additionnelles ne sont licites que si le droit de l'Union ne prévoit pas une réglementation complète de la matière⁷⁷¹. La proximité de ces mesures additionnelles avec le droit européen soulève toutefois la question de leur statut à l'égard

⁷⁶⁷ CJUE, 10 déc. 2009, *Rodríguez Mayor*, prec., pt 59.

⁷⁶⁸ B. MAIER, *Grundrechtsschutz bei der Durchführung von Richtlinien*, op. cit., p. 96 et s.

⁷⁶⁹ M. HABERSACK, C. MAYER, « (§14) Die überschießende Umsetzung von Richtlinien », op. cit., pts 35 et s. ; W. SCHROEDER, op. cit., Art. 288 AEUV, pt 116.

⁷⁷⁰ « *inhaltliche Übererfüllung von Richtlinien* » : dépassement de la directive quant au contenu. Évoqué dans : M. HABERSACK, C. MAYER, *Ibid.*, pt 11. Sur ce phénomène, voir : F. LEIDENMÜHLER, « Die freiwillige “übererfüllung” unionsrechtlicher Vorgaben durch die Mitgliedstaaten. Ein Beitrag zur rechtsdogmatischen und rechtspolitischen Diskussion um das sog. “Gold Plating” », *EuR*, 2019, n° 4, p. 383-399 ; M. PAYRHUBER, U. STELKENS, « “1:1-Umsetzung” von EU-Richtlinien : Rechtspflicht, rationales Politikkonzept oder (wirtschafts)politischer Populismus ? – zugleich zu Unterschieden zwischen Rechtsangleichungs- und Deregulierungsrichtlinien – », *EuR*, 2019, n° 4, p. 190-221.

⁷⁷¹ M. HABERSACK, C. MAYER, *Ibid.*, pt 17.

des droits fondamentaux de l’Union. Cette proximité interroge d’autant plus que, dans une situation litigieuse découlant de la mesure strictement nationale mais concernant un domaine identique à celui de la directive, le pas faisant entrer le litige dans le champ d’application du droit de l’Union est aisé à franchir. La Cour semble pourtant avoir choisi de ne pas le sauter.

227. Raisonnement suivi par la Cour. Dans la décision *Maurin*, la personne était poursuivie pour avoir mis en vente des denrées dont la date limite de consommation était dépassée. Le décret sur lequel se fondait les poursuites visait à légiférer sur les fraudes et falsifications en matière de produits ou de services en ce qui concerne l’étiquetage et la présentation des denrées alimentaires⁷⁷². Ce décret visait également à transposer des directives relatives au rapprochement des législations des États membres concernant l’étiquetage et la présentation des denrées alimentaires destinées au consommateur final⁷⁷³. Si la Cour ne le précise pas, les visas des décrets⁷⁷⁴ attestent du lien avec la directive, tout comme le signalement de ces deux décrets en tant que mesures de transposition de la directive⁷⁷⁵. Pour autant, la Cour considère que cette directive, si elle édicte des prescriptions en matière d’étiquetage sur les denrées alimentaires destinées à être vendues, ne régleme pas la vente de ces mêmes denrées une fois étiquetées. Elle n’impose donc aucune obligation aux États membres en matière de vente de produits dont la date limite de consommation est dépassée⁷⁷⁶ et ne poursuit pas le même objectif⁷⁷⁷. L’exemple de cet arrêt permet d’affirmer que le caractère mixte de certaines mesures de transposition ne suffit pas à faire entrer l’ensemble de la mesure dans le champ d’application des droits fondamentaux de l’Union.

Cette conclusion a été confirmée⁷⁷⁸ notamment dans la décision *Julian Hernández*. En l’espèce, plusieurs anciens salariés, dont le licenciement avait été déclaré nul, exigeaient le paiement de leurs salaires, dû à partir du 60^{ème} jour de la période de contestation de leur

⁷⁷² Décret n° 91-187 du 19 février 1991 modifiant le décret n° 84-1147 du 7 décembre 1984.

⁷⁷³ Directive 79/112/CEE du Conseil du 18 décembre 1978, modifiée par la directive 89/395/CEE du Conseil 14 juin 1989.

⁷⁷⁴ « Vu la directive n° 79-112 C.E.E. du Conseil des communautés européennes du 18 décembre 1978 relative au rapprochement des législations des Etats membres concernant l’étiquetage et la présentation des denrées alimentaires destinées au consommateur final ainsi que la publicité faite à leur égard, modifiée notamment par la directive n° 86-197 C.E.E. du 26 mai 1986 et par la directive n° 89-395 C.E.E. du 14 juin 1989 ».

⁷⁷⁵ Informations sur la directive européenne n° 89/395, legifrance.gouv.fr

⁷⁷⁶ CJCE, 13 juin 1996, *Maurin*, prec., pt 11.

⁷⁷⁷ L. XENOU, *Les principes généraux du droit de l’Union européenne et la jurisprudence administrative française*, op. cit., p. 108.

⁷⁷⁸ CJCE, 10 déc. 2002, aff. C-491/01, *British American Tobacco (Investments) et Imperial Tobacco*, pt 66 ; CJUE, GC, 19 nov. 2019, aff. C-609 et 610/17, *TSN*.

licenciement. Suite à l'insolvabilité de leur ancien employeur et par l'effet d'une subrogation légale, cette somme était réclamée directement à l'État espagnol. Cette garantie a été introduite par la loi sur le statut des travailleurs et la loi relative à la procédure de travail. Ces lois ont notamment pour objectif de transposer la directive relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur⁷⁷⁹. Toutefois, la Cour estime que les articles en cause des deux lois espagnoles ont pour objet « non pas la reconnaissance d'une créance du salarié résultant de ses relations de travail et existant à l'égard de son employeur, à laquelle la directive 2008/94 est susceptible de s'appliquer en vertu de son article 1^{er}, paragraphe 1, mais celle d'un droit d'une autre nature [...] »⁷⁸⁰. Elle considère ainsi que les règles en cause ne résultent pas d'une obligation créée par une directive bien qu'elles soient issues de la mesure de transposition de la directive⁷⁸¹ et ne peuvent être envisagées comme appartenant au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union.

228. Absence d'application des droits fondamentaux. Dans les deux décisions développées, la Cour a recours aux critères développés par la décision *Annibaldi*⁷⁸² qui impose pour l'ouverture du champ d'application du droit de l'Union que le lien de rattachement avec ce dernier ne soit pas hypothétique. Dans la décision *Maurin*, la Cour relève qu'en l'absence d'obligation imposée par la directive, les droits fondamentaux de l'Union ne sont pas applicables à la partie de réglementation ne résultant pas de la transposition de la directive⁷⁸³. Dans l'arrêt *Julian Hernández*, la Cour retient que les objectifs de la directive ne sont pas les mêmes que ceux des fragments de droit national compris dans la mesure de transposition. Le fait que des dispositions nationales se situent dans la même matière que celle régie par du droit européen ne permet pas de les faire entrer dans le champ d'application du droit de l'Union⁷⁸⁴. En l'absence de ces deux critères, les dispositions nationales contenues dans la mesure de transposition ne mettent pas en œuvre le droit de l'Union et ne peuvent par conséquent être contrôlées au regard des droits fondamentaux⁷⁸⁵.

⁷⁷⁹ CJUE, 10 juill. 2014, aff. C-198/13, *Julian Hernández e.a.*, pt 30.

⁷⁸⁰ CJUE, 10 juill. 2014, *Julian Hernández*, prec., pt 39.

⁷⁸¹ CJUE, 10 juill. 2014, *Julian Hernández*, prec., pt 41.

⁷⁸² CJCE, 18 déc. 1997, aff. C-309/96, *Annibaldi c/ Sindaco del Comune di Guidonia et Presidente Regione Lazio*.

⁷⁸³ CJCE, 13 juin 1996, *Maurin*, prec., pts 11-12.

⁷⁸⁴ CJUE, 10 juill. 2014, *Julian Hernández*, prec., pts 41, 45 et 46.

⁷⁸⁵ CJUE, 10 juill. 2014, *Julian Hernández*, prec., pts 46 et 49.

Cette solution nous semble cohérente dans la mesure où, en l'absence d'obligation, les règles ajoutées par l'État membre ne relèvent pas de la compétence de l'Union européenne⁷⁸⁶. Elles ne peuvent donc entrer dans son champ d'application au simple motif de la mixité d'une mesure de transposition. La Cour raisonne toutefois différemment lorsqu'elle interprète de manière extensive un acte européen afin de l'appliquer à une situation nationale.

D) L'interprétation extensive du contenu normatif des directives transversales

229. Réserves sur le principe d'attribution. Tel qu'il a été envisagé précédemment, le champ d'application du droit de l'Union est guidé par le principe d'attribution⁷⁸⁷. Le recours à ce principe se complexifie lorsque des directives européennes ont pour objectif d'assurer une fonction transversale de protection de certains droits fondamentaux. Malgré cette fonction transversale, les directives ne devraient être applicables que lorsqu'elles réglementent des compétences dévolues à l'Union européenne. Or, dans certaines matières, la Cour choisit de dépasser le principe d'attribution afin de privilégier le respect des objectifs d'uniformité du droit de l'Union⁷⁸⁸ et de rapprochement entre législations. Elle vise ainsi à perfectionner le fonctionnement du marché intérieur⁷⁸⁹. Un tel élargissement du champ d'application de ces règles transverses s'observe dans deux sphères caractéristiques que sont la non-discrimination et la protection des données personnelles.

230. Caractère transversal des mesures de non-discrimination. En matière de non-discrimination, plusieurs arrêts appliquent la directive sur l'interdiction de discrimination entre femmes et hommes dans le cadre professionnel⁷⁹⁰ à des cas de difficulté d'accès des femmes à des fonctions militaires. Dans les décisions *Johnston*, *Sirdar* et *Tanja Kreil*⁷⁹¹, les États membres avaient conservé une partie de leurs législations militaires autorisant de telles discriminations au motif que le domaine de la défense n'entraîne pas dans les

⁷⁸⁶ T. VON DANWITZ, Réponse au questionnaire, *op. cit.*, Question 7, p. 11 ; H.-D. JARASS, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, *op. cit.*, pt 28 ; C. LADENBURGER, J. VONDUNG, *op. cit.*, Art. 51, pt 45 ; C. LADENBURGER, *op. cit.*, Art. 51, pt 35 ; B. MAIER, *Grundrechtsschutz bei der Durchführung von Richtlinien*, *op. cit.*, p. 100-101 ; R. STREINZ, W. MICHL, *op. cit.*, pt 12.

⁷⁸⁷ Cf. *supra*, §69.

⁷⁸⁸ CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, *prec.*, pt 26 ; CJCE, 26 oct. 1999, *Sirdar*, *prec.*, pt 16 ; CJCE, 11 janv. 2000, *Kreil*, *prec.*, pt 16.

⁷⁸⁹ CJCE, 20 mai 2003, *Österreichischer Rundfunk*, *prec.*, pt 42 ; CJCE, 6 nov. 2003, *Lindqvist*, *prec.*, pt 41.

⁷⁹⁰ Directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.

⁷⁹¹ CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, *prec.* ; CJCE, 26 oct. 1999, *Sirdar*, *prec.* ; CJCE, 11 janv. 2000, *Kreil*, *prec.*

compétences communautaires. La directive sur la non-discrimination n'avait donc pas de raison de s'appliquer. La Cour a chaque fois considéré que, s'il appartient aux États membres de choisir l'organisation de leurs forces armées, ce domaine n'échappe toutefois pas complètement au droit de l'Union. « [L]e traité ne prévoit des dérogations applicables en cas de situations susceptibles de mettre en cause la sécurité publique que dans [certains articles] [...], qui concernent des hypothèses exceptionnelles bien délimitées. Il ne saurait en être déduit qu'il existerait une réserve générale, inhérente au traité, excluant du champ d'application du droit communautaire toute mesure prise au titre de la sécurité publique »⁷⁹². De manière générale, la Cour ne reconnaît aucune présomption d'exclusion du champ d'application des droits fondamentaux de l'Union pour les mesures nationales relatives au domaine de la défense et étend ainsi le champ d'application de la directive transverse à ce domaine, pourtant non réglementé par le droit européen⁷⁹³.

231. Caractère transversal de la protection des données personnelles. Dans le domaine de la protection des données personnelles, le rapprochement entre les législations des États membres est mis en avant dans le but de perfectionner le fonctionnement du marché intérieur. Dans les décisions *Österreichischer Rundfunk* et *Lindqvist*⁷⁹⁴, la Cour a considéré que la directive sur la protection des données personnelles⁷⁹⁵ était applicable. Pourtant, le premier cas d'espèce concernait l'obligation imposée en Autriche aux entités publiques de communiquer aux fins de publications les salaires versés par elles au-delà d'un certain niveau avec le nom des bénéficiaires. Le second cas d'espèce portait sur la création bénévole d'une page internet pour la paroisse par une requérante suédoise, laquelle y avait incluse les données personnelles de certains autres membres de cette paroisse. La Commission⁷⁹⁶ comme l'avocat général⁷⁹⁷ ont estimé que les faits ne rentraient pas dans le champ d'application du droit de l'Union puisqu'ils ne relevaient pas d'une compétence exercée. La Cour est toutefois partie du postulat que les données à caractère personnel

⁷⁹² CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, prec., pt 26 ; CJCE, 26 oct. 1999, *Sirdar*, prec., pts 15-16 ; CJCE, 11 janv. 2000, *Kreil*, prec., pts 15-16.

⁷⁹³ J. GERKRATH, « Le principe de l'égalité de traitement et l'accès des femmes aux emplois dans les unités armées dans la Bundeswehr », *Europe*, Décembre 2000, n° 12, chron. n° 11, p. 5 et s. ; C. LADENBURGER, « L'application pratique de la Charte des droits fondamentaux par la Commission européenne », *Rev. eur. Droit Public*, 2002, n° 1, p. 831 ; C. LADENBURGER, J. VONDUNG, *op. cit.*, Art. 51, pt 50 ; H.-W. RENGELING, P. SZCEKALLA, *Grundrechte in der Europäischen Union*, *op. cit.*, pt 323.

⁷⁹⁴ CJCE, 20 mai 2003, *Österreichischer Rundfunk*, prec. ; CJCE, 6 nov. 2003, *Lindqvist*, prec.

⁷⁹⁵ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 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.

⁷⁹⁶ CJCE, 20 mai 2003, *Österreichischer Rundfunk*, prec., pt 35.

⁷⁹⁷ Conclusions de l'avocat général Antonio Tizzano présentées le 19 septembre 2002, pt 25, sous CJCE, 6 nov. 2003, *Lindqvist*, prec.

pouvant circuler à l'intérieur de la Communauté, la directive visant à les protéger devait s'appliquer à toutes les données à caractère personnel. Elle précise que « le recours à la base juridique de l'article 100 A du traité ne présuppose pas l'existence d'un lien effectif avec la libre circulation entre États membres dans chacune des situations visées par l'acte fondé sur une telle base »⁷⁹⁸. La ténacité du lien entre droit national et droit de l'Union n'est donc pas nécessairement exigée pour faire entrer une situation nationale dans le champ d'application des droits fondamentaux de l'Union si l'objectif poursuivi est celui d'améliorer le fonctionnement du marché intérieur.

232. Conséquences propres au caractère transversal des directives. Une telle conclusion pose la question du rôle des mesures nationales de transposition pour l'étendue du droit de l'Union. En effet, les États membres ayant transposé en droit interne une directive transversale protégeant certains droits sont susceptibles d'appliquer cette mesure de transposition en tant que règle strictement nationale à un cas d'espèce qui ne relève pas du droit de l'Union afin de protéger ce même droit dans l'ordre interne. S'ils devaient légiférer sur une seconde mesure strictement interne reprenant les dispositions de la mesure de transposition afin d'éviter de faire entrer dans le champ d'application du droit de l'Union des règles strictement nationales, cela aurait pour conséquence de démultiplier les lois mais pas forcément l'efficacité de la lutte contre les discriminations ou la protection des données personnelles. Si la Cour décide d'appliquer le droit de l'Union dès que la mesure nationale qui transpose une directive transversale s'applique à une situation strictement nationale, elle court le risque d'élargir de manière trop importante son office⁷⁹⁹ et d'inverser complètement la logique poursuivie par le principe d'attribution.

Les situations entrant dans la sphère de directives qui traitent de sujets transversaux appartiennent donc au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union uniquement si cela est nécessaire à l'uniformité du droit de l'Union ou à l'amélioration du marché commun.

233. Conclusion. Plus généralement, le dépassement des exigences prévues par une directive à l'occasion de sa transposition en droit national donne lieu à des conséquences diverses en matière de champ d'application des droits fondamentaux de l'Union. Afin de

⁷⁹⁸ CJCE, 20 mai 2003, *Österreichischer Rundfunk*, prec., pt 41 ; CJCE, 6 nov. 2003, *Lindqvist*, prec., pt 40.

⁷⁹⁹ L. BURGORGUE-LARSEN, « Publication de données à caractère personnel sur internet, liberté d'expression et protection de la vie privée », *D.*, Avril 2004, n° 15, p. 1062-1063 ; B. MAIER, *Grundrechtsschutz bei der Durchführung von Richtlinien*, op. cit., p. 114-116 ; F. MARIATTE, « Données personnelles, Internet et transfert vers un pays tiers : une problématique embarrassante, des précisions minimales et des options fondamentales », *Europe*, Janvier 2004, comm. n° 18, p. 19-21 ; H.-W. RENGELING, P. SZCEKALLA, *Grundrechte in der Europäischen Union*, op. cit., pt 323.

justifier l'appartenance au champ d'application, la Cour a retenu le critère de l'objectif poursuivi par la mesure nationale en cause. Si elle poursuit un objectif commun avec la directive, elle est réputée appartenir au champ d'application des droits fondamentaux (cas des règles nationales de procédure et des directives transversales). *A contrario*, si elle ne poursuit aucun objectif commun avec la directive, elle ne peut appartenir au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union (cas de l'application d'un acte européen à une situation nationale et de l'ajout d'une règle nationale à une mesure de transposition d'une directive).

Il importe ensuite de s'intéresser à la question du rapport dans le temps entre les directives et le droit national, dans la mesure où l'existence d'un délai entre l'entrée en vigueur d'une directive et l'obligation de transposition des États membres rend l'application des droits fondamentaux de l'Union peu claire.

§3- Les conséquences du délai de transposition de la directive

234. Les États membres sont tenus de transposer les directives dans un délai prévu par elles⁸⁰⁰. Suivant le principe d'effet direct du droit de l'Union⁸⁰¹, ce délai de transposition ne retarde toutefois pas leur entrée en vigueur. Dès publication au Journal Officiel de l'Union européenne ou notification aux États concernés, les directives font immédiatement partie des ordres juridiques nationaux⁸⁰². Elles n'ont besoin ni d'une quelconque réception nationale, ni d'attendre la fin du délai de transposition. Cet effet *ex ante* découle de l'article 297§1 al. 3 et §2 al. 3 du TFUE, selon lequel les directives entrent en vigueur à leur publication ou leur notification⁸⁰³. La transposition en tant que telle n'influe pas sur l'entrée en vigueur. Selon les termes de Denys Simon, elle a spécifiquement pour objet « l'adoption

⁸⁰⁰ CJCE, 4 déc. 1974, *Van Duyn*, préc., pt 12 ; CJCE, 1^{er} fév. 1977, aff. C-51/76, *Verbond nederlandse ondernemingen c/ Inspecteur der invoerrechten en accijnzen*, pts 20-24 ; CJCE, 26 fév. 1986, *Marshall*, préc., pt 48.

⁸⁰¹ Cf. *supra*, §80.

⁸⁰² CJCE, 18 déc. 1997, aff. C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie ASBL c/ Région Wallonne*, pt 41 ; CJCE, GC, 4 juill. 2006, aff. C-212/04, *Adeneler e.a.*, pts 118-119.

⁸⁰³ Article 297§1 al. 3 du TFUE : « Les actes législatifs sont publiés dans le Journal officiel de l'Union européenne. Ils entrent en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut, le vingtième jour suivant leur publication. » et article 297§2 al. 2 et 3 du TFUE : « Les règlements, les directives qui sont adressées à tous les États membres, ainsi que les décisions, lorsqu'elles n'indiquent pas de destinataire, sont publiés dans le Journal officiel de l'Union européenne. Ils entrent en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut, le vingtième jour suivant leur publication. Les autres directives, ainsi que les décisions qui désignent un destinataire, sont notifiées à leurs destinataires et prennent effet par cette notification ».

des mesures nationales destinées à permettre que soit atteint le résultat visé par la directive »⁸⁰⁴. Le délai de transposition oblige donc les États membres à mettre tous les moyens en œuvre pour faire produire à la directive ses effets avant une échéance donnée. Dans cet entre-deux, la directive est entrée en vigueur mais ne produit pas encore tous ses effets. L'application des droits fondamentaux de l'Union dans cet intervalle ne semble donc pas évidente (A). Ce doute s'étend également après l'achèvement du délai si la transposition n'a toujours pas été effectuée ou si l'acte de transposition est modifié *a posteriori* (B).

A) L'effet des directives avant expiration du délai de transposition

235. Difficultés posées par le délai de transposition. À la fin du délai de transposition des directives, les États membres sont tenus de disposer dans leur droit interne de mesures permettant à la directive de déployer tous ses effets. Les droits fondamentaux de l'Union s'appliqueront donc à toutes les mesures nationales réputées appartenir au champ d'application du droit de l'Union⁸⁰⁵. Avant l'expiration d'un tel délai, la directive est entrée en vigueur mais ne possède pas encore son plein effet. Selon Christian Hofmann, cette question de l'effet *ex ante* des directives équivaut à celle de savoir à quelle date débute leur effet normatif. Selon lui, ce dernier apparaît sous la forme d'une intensité graduelle⁸⁰⁶.

236. Principe du *Frustrationsverbot*. Tout au long de la période de transposition, une interdiction d'actions frustratoires (*Frustrationsverbot*) s'impose aux États membres⁸⁰⁷. Cette interdiction procède de l'article 4§3 al. 3 du TUE et du principe de loyauté qui en découle⁸⁰⁸. Elle défend aux États membre de prendre toute mesure compromettant la réalisation des objectifs de la directive. Cette interdiction s'applique dans le cas des directive entrées en vigueur depuis la décision *Inter-Environnement Wallonie*. Malgré l'absence de plein effet, la directive contient déjà un effet normatif en droit interne. Ce

⁸⁰⁴ D. SIMON, « Directive », *op. cit.*, §29.

⁸⁰⁵ Conformément aux distinctions effectuées précédemment quant à la marge d'appréciation : cf. *supra*, §181.

⁸⁰⁶ C. HOFMANN, « (§15) Die Vorwirkung von Richtlinien », in : K. RIESENHUBER (éd.), *Europäische Methodenlehre*, *op. cit.*, pts 4-5.

⁸⁰⁷ J. HEUER, *Artikel 51 Abs. 1 Satz 1 GRCh : Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte*, Munich, éd. Herbert Utz, 2014, p. 216 ; W. KAHL, in : C. CALLIESS, M. RUFFERT (éd.), *EUV, AEUV – Kommentar*, 5^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2016, Art. 4 EUV, pt 102 ; R. STREINZ, W. MICHL, *op. cit.*, Art. 51 GRCh, pt 13 ; C. VEDDER, in : C. VEDDER, W. HEINTSCHEL VON HEINEGG (éd.), *Europäisches Unionsrecht : EUV, AEUV, GRCh*, 2^{ème} éd., Baden-Baden, Nomos, 2018, Art. 4 EUV, pt 32.

⁸⁰⁸ W.-H. ROTH, C. JOPEN, « (§13) Die Richtlinienkonforme Auslegung », in : K. RIESENHUBER (éd.), *Europäische Methodenlehre*, *op. cit.*, pt 11 ; W. SCHROEDER, *op. cit.*, Art. 288 AEUV, pt 68. Également appelée « *Sperrwirkung* » concernant le pouvoir législatif : C. HOFMANN, « (§15) Die Vorwirkung von Richtlinien », *op. cit.*, pts 8-19.

constat vient conforter la thèse de l'effet normatif d'intensité graduelle⁸⁰⁹. Précisément, un État membre ne peut, pendant le délai de transposition, prendre de mesures qui compromettent « sérieusement le résultat prescrit par cette directive »⁸¹⁰. La Cour a posé deux critères pour qualifier comme telle des mesures nationales. Ils portent sur le caractère complet de la mesure ainsi que sur sa réversibilité⁸¹¹. Pour Olivier Couvert-Castéra, un tel raisonnement permet à la Cour de proscrire par anticipation un futur manquement à la transposition d'une directive. La Cour s'appuie à ce titre sur la prévisibilité du manquement en la déduisant de la nature et de la date d'adoption de la mesure nationale⁸¹².

La Cour a également précisé le domaine d'application du *Frustrationsverbot* pour la transposition des directives. D'une part, les types de mesures adoptées par les États membres importent peu. Qu'un acte soit adopté pour la transposition de la directive en cause ou non est indifférent, la seule exigence étant que son contenu entre dans le champ d'application de la directive⁸¹³. D'autre part, lorsque le délai de transposition est écoulé, les autorités nationales ont une obligation d'interpréter le droit national conformément à la directive non transposée⁸¹⁴. Si cet aspect ne concerne pas directement l'intervalle entre l'entrée en vigueur de la directive et l'expiration du délai de transposition, il peut toutefois y être étendu concernant les juridictions. À cet égard, l'interprétation conforme se limite aux seuls résultats prescrits par la directive et non pas aux dispositions concrètes qui la compose⁸¹⁵.

L'absence de plein effet de la directive conjugué au *Frustrationsverbot* rendent peu évidente l'application des droits fondamentaux de l'Union aux situations qui relèvent du champ d'application de la directive. Ce constat est partagé que la mesure de transposition existe déjà (2) ou qu'elle soit encore inexistante (1).

⁸⁰⁹ C. HOFMANN, *Ibid.*, pt 5.

⁸¹⁰ CJCE, 18 déc. 1997, *Inter-Environnement Wallonie*, prec., pt 45. Confirmé dans les arrêts CJCE, 8 mai 2003, aff. C-14/02, *ATRAL*, pt 58 ; CJCE, GC, 22 nov. 2005, aff. C-144/04, *Mangold*, pt 67 ; CJCE, GC, 4 juill. 2006, *Adeneler*, prec., pt 121.

⁸¹¹ CJCE, 18 déc. 1997, *Inter-Environnement Wallonie*, prec., pts 47 et 49.

⁸¹² O. COUVERT-FOUSTERA, « Dans quelle mesure le traité de Rome s'oppose-t-il à ce qu'un État membre adopte une disposition contraire à une directive pendant le délai de transposition de celle-ci ? », *AJDA*, 1998, n° 5, p. 454-455.

⁸¹³ CJCE, GC, 22 nov. 2005, *Mangold*, prec., pt 68.

⁸¹⁴ CJCE, GC, 4 juill. 2006, *Adeneler*, prec., pt 115.

⁸¹⁵ C. HOFMANN, « (§15) Die Vorwirkung von Richtlinien », *op. cit.*, pt 17 ; B. MAIER, *Grundrechtsschutz bei der Durchführung von Richtlinien*, *op. cit.*, p. 140-141.

1. L'absence de mesure nationale dans le champ d'application de la directive

237. Application des droits fondamentaux. L'absence de mesure nationale de transposition concerne les situations dans lesquelles aucune mesure de transposition n'a déjà été adoptée et aucune règle préexistante relevant du champ d'application de la directive n'existe dans le droit national. L'incertitude relative à l'application des droits fondamentaux de l'Union résulte du fait que la seule décision qui en fait expressément mention, la décision *Mangold*, concerne la directive sur la non-discrimination qui met en œuvre le principe général du même nom. En l'espèce, la Cour avait conclu à l'application du principe pendant la période de transposition⁸¹⁶. La règle précisément visée n'apparaît toutefois pas clairement : par le biais du principe, la Cour se réfère-t-elle à l'objectif de la directive ou au principe général directement ?

Une application générale des droits fondamentaux au droit national relevant du champ d'application d'une directive dont le délai de transposition n'est pas encore échu apparaît incertaine. L'application d'un droit fondamental spécifique est toutefois possible, voire inévitable, s'il est indispensable à la réalisation des objectifs de la directive. En effet, la violation d'un droit fondamental inhérent à la poursuite des objectifs d'une directive implique automatiquement une atteinte à la réalisation de l'objectif et une violation du *Frustrationsverbot*. Benjamin Maier argumente également en ce sens pour soutenir que les droits fondamentaux sont applicables pendant les phases de transposition des directives. Il nomme cela une mise en œuvre « en amont » du droit de l'Union par le droit national⁸¹⁷. La décision *Mangold*⁸¹⁸ a ainsi conduit une partie de la doctrine à conclure à l'application des droits fondamentaux dans cette configuration⁸¹⁹. La solution reste encore incertaine du point de vue jurisprudentiel mais une application spécifique de certains droits fondamentaux nous semble pouvoir être confirmée.

⁸¹⁶ CJCE, GC, 22 nov. 2005, *Mangold*, prec., pts 76-77.

⁸¹⁷ B. MAIER, *Grundrechtsschutz bei der Durchführung von Richtlinien*, op. cit., p. 142-143 : « „vorgelagerten“ nationalen Durchführung von Unionsrecht ».

⁸¹⁸ CJCE, GC, 22 nov. 2005, *Mangold*, prec.

⁸¹⁹ J. HEUER, *Artikel 51 Abs. 1 Satz 1 GRC*, op. cit., p. 216 ; C. LATZEL, « Die Anwendungsbereiche des Unionsrechts », *EuZW*, 2015, n° 17, p. 660 ; W. MICHL, R. STREINZ, op. cit., Art. 51 GRCh, pt 13 ; T. VON DANWITZ, « Effets juridiques des directives selon la jurisprudence récente de la Cour de justice », *RTD Eur.*, 2007, n° 4, p. 593.

2. La présence d'une mesure nationale dans le champ d'application de la directive

238. Applicabilité de la directive. Lorsque le délai de transposition n'est pas encore expiré, des mesures nationales peuvent relever du champ d'application de la directive. Elles peuvent être issues de la transposition ou de dispositions préexistantes en droit national. Sous certaines conditions, ces dernières sont assimilées par la Commission à des mesures de transposition⁸²⁰.

Dans les deux cas, les conséquences en matière d'applicabilité nationale de la directive sont identifiables et identiques comme en témoigne la décision *Cordero Alonso*. Cette décision concerne une question préjudicielle posée par le tribunal supérieur de justice (*Tribunal Superior de Justicia*) de Castille et León en Espagne. Elle est relative à l'acquittement par le fonds de garantie salariale (*Fogasa*) d'indemnités de licenciement non versées par l'ancien employeur du requérant en raison de son insolvabilité à la suite d'un licenciement reconnu illégal. Il ressort de cet arrêt que les dispositions nationales en cause sont réputées faire partie du champ d'application de la directive dès son entrée en vigueur (c'est-à-dire avant l'expiration du délai de transposition). La Cour juge inopérante la circonstance selon laquelle les mesures nationales ont été prises dans l'objectif de transposer la directive ou non⁸²¹. Elle va jusqu'à préciser que les dispositions espagnoles en cause appartiennent au champ d'application de la directive alors qu'elles prévoient une protection plus étendue à l'égard du non-paiement des créances⁸²². Cette solution a été confirmée par la décision *Velasco Navarro*⁸²³. Elle semble établir la règle selon laquelle un acte national relevant du champ d'application d'une directive est réputé la mettre en œuvre avant la fin du délai de transposition.

La Cour justifie toutefois ce raisonnement par le fait qu'en l'espèce, la directive prévoit que tous les types de mesures nationales qui découlent de la directive doivent s'appliquer à tous les cas d'insolvabilité de l'employeur dès lors qu'ils sont intervenus après l'entrée en vigueur de la directive⁸²⁴. À cet égard, Christian Hofmann propose une analyse un peu

⁸²⁰ CJCE, 4 déc. 2003, *Evans*, préc., pt 35 : « [...] la transposition d'une directive n'exige pas nécessairement une action législative de chaque État membre, il est toutefois indispensable que le droit national en cause garantisse effectivement la pleine application de la directive, que la situation juridique découlant de ce droit soit suffisamment précise et claire et que les bénéficiaires soient mis en mesure de connaître la plénitude de leurs droits et, le cas échéant, de s'en prévaloir devant les juridictions nationales ».

⁸²¹ CJCE, 7 sept. 2006, aff. C-81/05, *Cordero Alonso*, pts 28-29.

⁸²² CJCE, 7 sept. 2006, *Cordero Alonso*, préc., pts 30-32.

⁸²³ CJCE, 17 janv. 2008, aff. C-246/06, *Velasco Navarro*, pt 32.

⁸²⁴ CJCE, 7 sept. 2006, *Cordero Alonso*, préc., pts 27-28. Raisonnement proche dans : CJCE, 17 janv. 2008, *Velasco Navarro*, préc., pts 32-34.

différente. Il estime que lorsqu'une mesure nationale a été explicitement adoptée en vue de transposer une directive, le juge serait obligé, vis à vis du législateur national, de prendre en compte cette intention lors de l'interprétation. Cette obligation s'étendrait aux situations dans lesquelles la réalisation des objectifs de la directive serait menacée par une interprétation de la règle nationale dissociée de cette même directive⁸²⁵. Cette approche est intéressante mais il nous apparaît plus probable que la solution de la Cour s'étende à l'ensemble des mesures nationales relevant du champ d'application d'une directive en vigueur. Au regard du *Frustrationsverbot*, il importe peu, en effet, que l'acte national soit adopté dans l'objectif d'une telle transposition⁸²⁶. Ce principe interdit de manière générale aux États membres de prendre des mesures de transposition ou de laisser subsister des mesures nationales préexistantes contraires aux objectifs de la directive⁸²⁷.

Concernant les mesures de transposition spécifiquement adoptées à cette fin, le *Frustrationsverbot* pourrait néanmoins pousser l'obligation plus loin encore. Une mise en œuvre non exactement conforme aux dispositions concrètes de la directive fait courir le risque de laisser subsister une mauvaise application de celle-ci après la période de transposition. Une mise en œuvre erronée pourrait donc être considérée comme contraire aux objectifs de la directive et lier ainsi en pratique à la directive les mesures de transposition avant la fin du délai de transposition de manière plus profonde⁸²⁸. Il existe donc un lien réel entre les mesures nationales qui relèvent du champ d'application de la directive en vigueur et cette dernière avant la fin de la période de transposition.

239. Application des droits fondamentaux. Ce raisonnement semble conforme aux décisions *Cordero Alonso* et *Velasco Navarro*. Simplement évoquée dans la première⁸²⁹, l'application des droits fondamentaux de l'Union aux actes nationaux relevant du champ d'application d'une directive avant la fin du délai de transposition est explicitement établie dans la seconde. La Cour déduit de l'appartenance de la mesure nationale au champ d'application de la directive une appartenance au droit de l'Union en général et en tire logiquement la conclusion que cette mesure entre dans le champ d'application des droits fondamentaux de l'Union⁸³⁰. Après expiration du délai de transposition, d'autres difficultés

⁸²⁵ C. HOFMANN, « (§15) Die Vorwirkung von Richtlinien », *op. cit.*, pts 27-28.

⁸²⁶ CJCE, GC, 22 nov. 2005, *Mangold*, *prec.*, pts 67-68.

⁸²⁷ CJCE, GC, 22 nov. 2005, *Mangold*, *prec.*, pt 66.

⁸²⁸ Résumé des arguments de différents auteurs en ce sens : C. HOFMANN, « (§15) Die Vorwirkung von Richtlinien », *op. cit.*, pts 39 et s. ; D. SIMON, « L'invocabilité des directives dans les litiges horizontaux : confirmation ou infléchissement ? », *Europe*, Mars 2010, n° 3, Étude n° 3, pt 15.

⁸²⁹ CJCE, 7 sept. 2006, *Cordero Alonso*, *prec.*, pt 37.

⁸³⁰ CJCE, 17 janv. 2008, *Velasco Navarro*, *prec.*, pt 34. Reconnu auparavant dans : CJCE, GC, 22 nov. 2005, *Mangold*, *prec.*, pt 76. En ce sens également : M. BLECKMANN, *Nationale Grundrechte im*

liées à la transposition de la directive peuvent se présenter pour l'application des droits fondamentaux de l'Union.

B) L'effet des directives après expiration du délai de transposition

240. À la date d'expiration du délai de transposition, les directives sont censées acquérir définitivement leur plein potentiel. Pour y parvenir, l'association des articles 288 al. 3 du TFUE et 4§3 du TUE oblige les États membres à s'acquitter de leurs obligations de mise en œuvre des directives. Ce plein effet ouvre le champ d'application de l'ensemble du droit de l'Union, dans lequel les droits fondamentaux de l'Union trouvent leur terrain d'application naturel⁸³¹. Les cas de figure dans lesquels un État membre n'a pas accompli son obligation de transposition à temps (1) ou modifie la mesure de transposition postérieurement à la fin du délai de transposition (2) doivent toutefois être clarifiés.

1. Le retard de transposition de la directive

241. Obligation des États membres. La fin du délai de transposition annonce l'entrée dans le champ d'application de la directive et du droit de l'Union de l'ensemble de la réglementation nationale y afférente⁸³². L'obligation de conformité de la réglementation nationale à la directive s'accompagne donc d'une exigence de respect des droits fondamentaux de l'Union⁸³³. En cas de non-respect de ces obligations, la Commission européenne peut intervenir par le biais de la procédure de manquement (prévues par l'article 258 du TFUE) afin de contraindre l'État membre à s'y conformer. La Cour a confirmé que l'entrée en vigueur de la mesure nationale de transposition, lorsqu'elle intervient après la fin du délai de transposition, ne permet pas de décaler l'entrée de la réglementation nationale dans le champ d'application de la directive⁸³⁴. Un tel retard n'emporte donc aucune conséquence sur l'application de la directive ou sur celle des droits fondamentaux de l'Union.

Anwendungsbereich des Rechts der Europäischen Union : die Kooperation des Grundrechtsschutzes in der Europäischen Union unter Berücksichtigung der besonderen Ausprägungen des nationalen Grundrechtsschutzes, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, p. 50-51 ; J. HEUER, *Artikel 51 Abs. 1 Satz 1 GRC*, *op. cit.*, p. 216 ; C. LATZEL, « Die Anwendungsbereiche des Unionsrechts », *op. cit.*, p. 660.

⁸³¹ CJUE, GC, 19 janv. 2010, aff. C-555/07, *Küçükdeveci*, pts 10 et 23-25 ; CJUE, 22 nov. 2012, aff. C-277/11, *M.*, pts 81-93.

⁸³² CJUE, GC, 19 janv. 2010, *Küçükdeveci*, *prec.*, pts 10 et 24-25 ; CJCE, GC, 4 juill. 2006, *Adeneler*, *prec.*, pt 115. Déjà évoqué dans CJCE, ord. 13 déc. 2005, aff. C-177/05, *Guerrero Pecino*, pt 23.

⁸³³ CJCE, 18 mai 2000, aff. C-107/97, *Rombi et Arkopharma*, pt 65 ; CJCE, GC, 3 mai 2005, aff. C-387, 391 et 403/02, *Berlusconi e. a.*, pt 69.

⁸³⁴ CJCE, GC, 4 juill. 2006, *Adeneler*, *prec.*, pt 116.

242. Conséquences sur l'application des droits fondamentaux. Si la transposition a été mal ou n'a pas été effectuée, les principes d'effectivité et d'unité du droit de l'Union et l'obligation de loyauté ne sont plus garantis, mettant en péril la réalisation des objectifs poursuivis par les traités⁸³⁵. Afin de limiter les effets d'un tel manquement, la Cour a reconnu aux particuliers la possibilité d'invoquer directement la directive non ou mal transposée. Cette possibilité est toutefois soumise à certaines conditions⁸³⁶, exposées notamment dans la décision *Österreichischer Rundfunk*. Ainsi, l'État membre ne doit pas avoir transposé la directive dans le délai imparti et aucune mesure nationale ne doit être conforme à la directive. De plus, la disposition de la directive doit impérativement être précise et inconditionnelle. Enfin, il doit s'agir d'un conflit vertical, c'est à dire exercé contre l'État et non entre particuliers⁸³⁷. Pour Benjamin Maier un tel mécanisme ne vise pas directement à garantir les effets des principes mais offre un instrument de sanction (« *Sanktionsinstrument* ») contre l'État membre qui n'a pas respecté l'exigence de transposition.

Ce mécanisme conduit à ce qu'une disposition de la directive puisse être directement invoquée et donc à ce que les droits fondamentaux de l'Union trouvent à s'appliquer⁸³⁸. Toutefois, lorsque l'un des critères n'est pas rempli, en particulier relativement à la verticalité du litige et au caractère précis et inconditionnel de la disposition, la directive ne peut être invoquée directement⁸³⁹. Les juridictions sont tenues d'interpréter le droit national conformément à la directive non ou mal transposée⁸⁴⁰ afin de s'approcher au plus près d'une mise en œuvre de l'objectif poursuivi par la directive. L'interprétation conforme permet de conférer au droit de l'Union sa pleine efficacité⁸⁴¹, de respecter le principe de loyauté et de mettre le droit national sur le chemin d'une transposition correcte⁸⁴². La mise en œuvre du droit de l'Union s'accompagnant d'une application des droits fondamentaux, ils devraient logiquement être pris en compte dans l'interprétation conforme, qui a pour objet de s'approcher au plus près de la situation normale. L'interprétation conforme d'une mesure

⁸³⁵ Cf. *supra*, §72. , 85. et 236.

⁸³⁶ CJCE, 19 janv. 1982, *Becker*, prec., pts 24 et 24 ; CJCE, 19 nov. 1991, aff. C-6 et 9/90, *Francovich et Bonifaci c/ Italie*, pt 11.

⁸³⁷ CJCE, 20 mai 2003, *Österreichischer Rundfunk*, prec., pt 98.

⁸³⁸ B. MAIER, *Grundrechtsschutz bei der Durchführung von Richtlinien*, op. cit., p. 126-127. En ce sens également : W. SCHROEDER, op. cit., Art. 288 AEUV, pt 53.

⁸³⁹ W.-H. ROTH, « (§13) Die Richtlinienkonforme Auslegung », op. cit., pts 12-14.

⁸⁴⁰ CJCE, GC, 5 oct. 2004, *Pfeiffer*, prec., pts 114-118 ; CJCE, GC, 4 juill. 2006, *Adeneler*, prec., pts 109, 111 et 113. Voir également : *Ibid.*, p. 309-323.

⁸⁴¹ CJCE, GC, 5 oct. 2004, *Pfeiffer*, prec., pt 114 ; CJUE, GC, 19 janv. 2010, *Kücükdeveci*, prec., pt 48.

⁸⁴² W. SCHROEDER, op. cit., Art. 288 AEUV, pt 111.

nationale peut toutefois se révéler impossible si elle conduit à une situation contraire aux principes de sécurité juridique et de non rétroactivité ou si elle oblige à une interprétation *contra legem* du droit national⁸⁴³. Dans ces conditions, l'État membre devra réparer les dommages causés⁸⁴⁴ par le non-respect de ses obligations de nature européenne, et plus précisément des obligations résultant de la directive en cause et des droits fondamentaux de l'Union⁸⁴⁵.

Un panel de solutions est prévu en cas de non-transposition d'une directive par un État membre à l'issue du délai accordé. L'application des droits fondamentaux y tient une place prépondérante, dans la mesure où l'expiration du délai de transposition s'accompagne d'une mise en œuvre de la directive la plus proche possible de si elle avait été correctement transposée. La concrétisation de tous les effets prévus par la directive doit être recherchée et la réglementation nationale existante entre dans le champ d'application des droits fondamentaux de l'Union.

2. La modification *a posteriori* de la mesure nationale

243. Application des droits fondamentaux. Les principes de loyauté⁸⁴⁶ et de primauté du droit de l'Union⁸⁴⁷ impliquent le devoir pour les États membres de respecter les obligations qui leur incombent en vertu du droit de l'Union. L'obligation de transposition relève des impératifs imposés par l'Union et résulte des articles 288 al. 3 du TFUE et 4§3 du TUE. Ces articles contiennent les obligations de prendre des mesures pour mettre en œuvre les directives et de les respecter tout au long de leur période de validité. En ce sens, l'alinéa 3 du §3 oblige les États membres à faciliter l'accomplissement des missions de l'Union et leur interdit de prendre des mesures contraires à la réalisation des objectifs⁸⁴⁸. Ces exigences sont donc valables de manière pleines et entières à partir de l'expiration du délai de transposition.

⁸⁴³ CJCE, 19 nov. 1991, *Francovich et Bonifaci*, prec., pts 32-36 ; CJCE, GC, 4 juill. 2006, *Adeneler*, prec., pt 110.

⁸⁴⁴ La réparation est soumise à trois conditions précisées dans CJCE, 19 nov. 1991, *Francovich et Bonifaci*, prec., pt 40 : « La première de ces conditions est que le résultat prescrit par la directive comporte l'attribution de droits au profit de particuliers. La deuxième condition est que le contenu de ces droits puisse être identifié sur la base des dispositions de la directive. Enfin, la troisième condition est l'existence d'un lien de causalité entre la violation de l'obligation qui incombe à l'État et le dommage subi par les personnes lésées ».

⁸⁴⁵ CJCE, GC, 4 juill. 2006, *Adeneler*, prec., pt 112 ; CJCE, 19 nov. 1991, *Francovich et Bonifaci*, prec., pts 39-42 ; CJUE, GC, 15 janv. 2014, *Association de médiation sociale*, prec., pt 50.

⁸⁴⁶ Cf. *supra*, §236.

⁸⁴⁷ Cf. *supra*, §76.

⁸⁴⁸ Article 4§3 al. 2 et 3 du TUE : « Les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union. Les États membres facilitent l'accomplissement par l'Union de sa mission et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union ».

En conséquence, la modification d'une mesure nationale de transposition *a posteriori* par un État ne conduit pas à la disparition de l'obligation de transposition. Le droit national qui résulte de cette modification fera partie du champ d'application de la directive au même titre que la mesure initiale de transposition. La décision *Mangold* a confirmé ce raisonnement en précisant que la notion de mise en œuvre d'une directive ne peut concerner uniquement la mesure initiale de transposition. Elle doit plutôt « couvrir toute mesure nationale visant à garantir que l'objectif poursuivi par celle-ci puisse être atteint, y compris celles qui, postérieurement à la transposition proprement dite, complètent ou modifient les règles nationales déjà adoptées »⁸⁴⁹. Dans la mesure où toute règle nationale mettant en œuvre une directive entre dans le champ d'application du droit de l'Union, toute mesure de transposition d'une directive modifiée *a posteriori* appartient au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union⁸⁵⁰.

244. Conclusion. Le délai de transposition d'une directive emporte des conséquences en matière de champ d'application des droits fondamentaux de l'Union. Avant expiration, les mesures de transposition existantes appartiennent au champ d'application alors que cela apparaît moins évident pour les situations relevant du champ d'application de la directive en l'absence de transposition. Après expiration du délai, l'ensemble des mesures nationales et situations qui relèvent du champ d'application de la directive appartiennent également au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union. En l'absence de mesure, les problèmes d'invocabilité peuvent toutefois rendre complexe leur application.

En matière de transposition des directives en général, la détermination du champ d'application des droits fondamentaux de l'Union européenne se fonde incontestablement sur la notion de lien de rattachement et sur les critères qui en résultent. Lorsque la marge d'appréciation accordée aux États membres est faible, ces derniers sont réputés agir en tant qu'administration décentralisée de l'Union. Les mesures de transposition appartiennent au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union étant donné que le lien de rattachement est fort.

Lorsque la marge d'appréciation accordée aux États membres est plus large, les critères de la décision *Annibaldi*⁸⁵¹ doivent être utilisés. L'existence d'un objectif commun entre la

⁸⁴⁹ CJCE, GC, 22 nov. 2005, *Mangold*, prec., pt 51.

⁸⁵⁰ M. BOROWSKI, *op. cit.*, Art. 51, pt 27 ; H.-D. JARASS, « Die Bindung der Mitgliedstaaten an die EU-Grundrechte », *NVwZ*, 2012, n° 8, p. 459 ; L. XENOU, *Les principes généraux du droit de l'Union européenne et la jurisprudence administrative française*, *op. cit.*, p. 111.

⁸⁵¹ CJCE, 18 déc. 1997, *Annibaldi*, prec.

mesure nationale et la directive apparaît comme l'élément déterminant. Le contrôle de la finalité de la mesure nationale est alors nécessaire afin de s'assurer qu'elle est identique à la finalité de la directive européenne. Si les deux sont commune, la mesure nationale est réputée mettre en œuvre le droit de l'Union et entre ainsi dans le champ d'application des droits fondamentaux. Dans une autre mesure, l'ambition d'assurer le plein effet de la directive est également analysé. Ces critères ne sont pas cumulatifs mais constituent un faisceau d'indices auquel peut être ajoutée la nécessaire uniformité du droit de l'Union. La Cour de justice a recours à l'exigence d'uniformité lorsque les situations ne mettent pas exactement en œuvre le droit de l'Union mais que leur appartenance au champ d'application du droit de l'Union est nécessaire au risque de bousculer les acquis communautaires. Ces critères apparaissent incontournables à la détermination du champ d'application des droits fondamentaux de l'Union.

Conclusion de Chapitre

245. Malgré les spécificités inhérentes aux règlements et aux directives, le rattachement par la Cour de justice des mesures nationales au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union se fonde sur une démarche comparable. Il résulte de la jurisprudence de la Cour que l'effet direct des règlements fait appartenir toute mesure nationale qui en découle au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union. En effet, pour s'assurer un effet direct, les règlements doivent atteindre un certain degré de précision, ce qui rend le lien de rattachement avec la mesure nationale très étroit et fait de l'objectif poursuivi par chacune des règles un objectif commun. La même conclusion s'applique aux décisions d'exécution prises sur le fondement d'une mesure d'application du règlement.

Dans la détermination du champ d'application des droits fondamentaux de l'Union relativement aux directives, le caractère mixte des mesures de transposition représente l'élément le plus complexe. Du fait de l'existence d'une marge d'appréciation plus ou moins étendue, la logique poursuivie par la Cour pour justifier d'une ouverture du champ d'application n'est pas toujours aisée à comprendre. Selon nous, le critère déterminant est la notion de lien de rattachement (ou de lien hypothétique dans le cas où le lien de rattachement n'est pas suffisamment étroit). L'existence d'un lien de rattachement se

détermine par un faisceau d'indices, au sein duquel l'indice constitué par l'objectif commun entre une mesure nationale et la directive semble primer. L'exigence de respect des principes directeurs de l'Union est également soulevée lorsque l'exclusion d'une mesure nationale du champ d'application du droit de l'Union risquerait d'y porter atteinte. La protection de ces principes se révèle indispensable pour la Cour afin de garantir la continuité du projet européen.

Par la recherche d'objectifs communs, la Cour propose donc une ligne directrice pour déterminer le champ d'application des droits fondamentaux de l'Union. Cette ligne directrice doit également être analysée s'agissant des mesures nationales entravant les libertés économiques de l'Union afin de confirmer sa prévalence dans cette autre situation appartenant au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union.

Chapitre 4. Les mesures nationales entravant les libertés économiques

246. Le second cas de figure visé par le champ d'application des principes généraux du droit de l'Union, puis par la Charte, concerne les libertés économiques fondamentales contenues dans les traités. Lorsqu'elles sont mises en œuvre par les États membres, ces libertés économiques constituent une mise en œuvre du droit de l'Union et appartiennent au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union. En revanche, elles ne sont pas réputées mettre en œuvre *stricto sensu* le droit de l'Union lorsqu'elles sont limitées par une mesure exclusivement nationale. La Cour est pourtant arrivée à la conclusion selon laquelle les mesures nationales entravant les libertés économiques appartaient au champ d'application du droit de l'Union au motif que le marché commun constitue l'un de ses objectifs principaux. Partant, son fonctionnement, tout comme le fait d'empêcher son dysfonctionnement, doivent pouvoir être contrôlés par le droit européen afin de garantir sa pérennité. Or, seules les mesures appartenant au champ d'application du droit de l'Union peuvent être contrôlées au regard de ce même droit. Dans la mesure où les normes appartenant au champ d'application du droit de l'Union appartiennent par là même au champ d'application des droits fondamentaux, une quelconque mesure nationale susceptible de faire dysfonctionner le marché commun tombe directement dans le champ d'application des droits fondamentaux de l'Union.

Après la mise en œuvre *stricto sensu* du droit de l'Union au niveau national, l'entrave à une liberté économique représente la seconde facette du champ d'application des droits fondamentaux. L'analyse du contrôle des entraves permet de comprendre la place des droits fondamentaux dans ce mécanisme (Section 1) et la méthode de conciliation employée entre les droits fondamentaux et les libertés économiques afin d'appréhender l'étendue de leur champ d'application (Section 2). Sur le fondement de ce contrôle des entraves, la Cour a par ailleurs développé une jurisprudence spécifique relative à la liberté de circulation et de séjour des personnes en lien avec certains droits tirés de la citoyenneté européenne (Section 3).

Section 1. Le mécanisme de protection des libertés économiques

247. Afin de garantir le bon fonctionnement du marché unique, le respect des quatre libertés économiques doit pouvoir être protégé. Ce contrôle est complexe en ce qu'il touche au droit strictement national mais qu'il a pour objet le bon fonctionnement du droit de l'Union. En conséquence, la limitation de l'exercice d'une liberté économique donne lieu à un contrôle en plusieurs étapes développé par la Cour de justice. Les deux premières étapes visent à établir l'existence d'une limitation à l'exercice d'une liberté économique précise (§1) tandis que les deux suivantes s'attachent à contrôler la justification apportée à cette limitation (§2).

§1- Les limitations des libertés économiques

248. Les libertés économiques ne sont pas exemptes de limitations (B). Néanmoins, toute limitation d'une liberté économique nécessite en premier lieu de se situer dans son champ d'application, c'est-à-dire dans la sphère de protection qu'elle garantit (A).

A) L'ouverture du champ d'application d'une liberté économique

249. Compte tenu de leur caractère original, les libertés économiques prévues par le droit de l'Union ne connaissent pas de véritable équivalent en droit national. Il apparaît donc indispensable d'en donner une définition d'ensemble (1), avant de s'attacher à en définir les champs d'applications (2).

1. La définition des libertés économiques

250. Signification. Les libertés économiques ont été développées avec la création du marché commun en 1957 au sein de la Communauté économique européenne. À l'époque, cette organisation a pour objectif d'éviter une nouvelle guerre en faisant tomber les barrières douanières au sein de la Communauté afin de favoriser les échanges et l'interdépendance des économies. La clé de voute de ce système est l'instauration de la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux. Si les ambitions de l'Union européenne se sont ensuite ramifiées, les quatre libertés (en réalité aujourd'hui subdivisées

en plus que quatre libertés)⁸⁵² restent aujourd'hui encore au cœur du dispositif et le marché unique incarne la vocation centrale de l'Union. La sauvegarde de ces libertés apparaît donc nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur⁸⁵³ et justifie le contrôle des entraves dont elles font l'objet. Au regard des caractéristiques de l'Union, ordre juridique qui vit par le développement progressif de nouveaux objectifs, ces libertés ne sont toutefois pas absolues.

251. Contenu. Les libertés économiques sont au nombre de quatre et ont été affirmées et protégées par les traités successifs. À ce jour, elles sont consacrées à l'article 26 du TFUE. La libre circulation des marchandises⁸⁵⁴ arrive en premier dans l'ordre d'apparition. Il n'est pas exclu que cet ordre ait été établi par les États membres au début de la Communauté européenne afin de donner priorité à la libre circulation des marchandises plutôt qu'à celle des personnes, consacrant ainsi le caractère originellement plus économique qu'humaniste de l'entreprise⁸⁵⁵. Si la notion de marchandise est peu définie dans le traité⁸⁵⁶, la libre circulation dont elle fait l'objet consacre l'interdiction des droits de douane à l'importation et à l'exportation au sein du marché intérieur ainsi qu'un tarif douanier commun aux frontières extérieures du marché.

La libre circulation des personnes⁸⁵⁷, deuxième dans l'ordre d'apparition, était anciennement réservée aux travailleurs et à leur famille. Elle a été étendue à l'ensemble des citoyens de l'Union dans les années 1990⁸⁵⁸. La libre circulation des personnes implique la suppression de toute discrimination fondée sur la nationalité afin qu'un ressortissant d'un État membre soit traité de la même manière qu'un ressortissant d'un autre État membre sur l'ensemble du territoire de l'Union. Elle implique aussi la liberté d'établissement dans un autre État membre⁸⁵⁹.

⁸⁵² É. DUBOUT, A. MAITROT DE LA MOTTE, « Avant-propos », in : É. DUBOUT, A. MAITROT DE LA MOTTE, *L'unité des libertés de circulation. In varietate concordia ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 3 et s.

⁸⁵³ Elles sont d'ailleurs évoquées dans le traité dès le premier article sur le marché intérieur : Article 26§2 du TFUE.

⁸⁵⁴ Articles 26 et 28 à 37 du TFUE.

⁸⁵⁵ L. DUBOIS, C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, 8^{ème} éd., Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2019, pt 357 ; F.-X. MILLET, « À la lumière de la Charte », in : L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *La Charte des droits fondamentaux saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2017, p. 9.

⁸⁵⁶ L. DUBOIS, C. BLUMANN, *Ibid.*, pt 357.

⁸⁵⁷ Articles 20§2 a), 26 et 45 à 48 du TFUE.

⁸⁵⁸ Directive 90/364/CEE du Conseil du 28 juin 1990 relative au droit de séjour, directive 90/365/CEE du Conseil du 28 juin 1990 relative au droit de séjour des travailleurs salariés et non-salariés ayant cessé leur activité professionnelle et directive 90/366/CEE du Conseil du 28 juin 1990 relative au droit de séjour des étudiants, annulée et remplacée par la directive 93/96 du 29 octobre 1993.

⁸⁵⁹ Articles 49 à 55 du TFUE.

La libre circulation des capitaux⁸⁶⁰ concerne une interdiction de restriction applicable de manière générale à tout mouvement de capitaux entre les États membres. Elle est d'autant plus logique depuis la création de la monnaie unique européenne qu'est l'euro.

La libre circulation des services⁸⁶¹ se définit de manière négative. Elle comprend l'ensemble des prestations fournies contre rémunérations qui n'entrent pas dans le cadre des trois autres libertés et contient par conséquent de nombreux régimes particuliers. Elle interdit toute restriction envers un ressortissant d'un État membre autre que celui dans lequel le service est proposé.

Porté par les quatre libertés, le marché unique aménage un îlot constitué de l'ensemble des États membres et débarrassé de frontières intérieures en matière économique.

252. Caractère européen. La création et l'organisation de l'espace commun par le droit de l'Union européenne fait des libertés économiques des règles à part entière de cet ordre juridique. Lorsque les conditions prévues par le champ d'application de l'une des quatre libertés sont remplies, son exercice par un citoyen européen est garanti par le droit de l'Union. Corrélativement, cette garantie d'exercice doit comprendre la protection du citoyen dans l'exercice de la liberté économique. Cette protection ne peut procéder d'un autre droit, dans la mesure où elle risquerait d'être différente d'un État membre à l'autre. De même, l'Union européenne ne peut laisser subsister une violation dans le champ d'application des libertés économiques au risque de porter atteinte à leur garantie et au bon fonctionnement de l'ordre juridique de l'Union⁸⁶².

Étant établi que les libertés économiques sont la pierre angulaire du marché unique de l'Union et appartiennent à son ordre juridique, le champ d'application de ces libertés économiques doit être défini.

2. Les champs d'application des libertés économiques

253. Champ d'application matériel. Les champs d'application des libertés économiques se définissent de manière classique. Ils comportent une dimension matérielle, une dimension personnelle, une dimension spatiale et une dimension temporelle⁸⁶³.

⁸⁶⁰ Articles 26 et 63 à 66 du TFUE.

⁸⁶¹ Articles 26 et 49 à 62 du TFUE.

⁸⁶² C. LADENBURGER, J. VONDUNG, in : M. SACHS, K. STERN (éd.), *Europäische Grundrechte-Charta : Kommentar*, Munich, C.H. Beck, 2016, Art. 51, pt 35.

⁸⁶³ W. FRENZ, *Handbuch Europarecht*, vol. 1 : Europäische Grundfreiheiten, 2^{ème} éd., Berlin, Springer, 2012, pts 89-421.

Dirk Ehlers estime que la dimension matérielle se compose pour les libertés économiques de cinq conditions⁸⁶⁴. Tout d'abord, la liberté économique doit être applicable, c'est-à-dire qu'il n'existe pas de norme européenne de droit secondaire (règlement, directive, *etc.*) proposant une réglementation plus précise applicable en l'espèce. De plus, la situation en cause doit avoir une incidence extranationale pour que les libertés économiques soient sollicitées⁸⁶⁵. Le comportement en cause doit être protégé. Il faut donc qu'il concerne une circulation des marchandises, des personnes, des services ou des capitaux et qu'il appartienne au contenu des libertés protégées. Ces mêmes libertés ne doivent pas être utilisées de manière abusive, par exemple dans un but prohibé. Enfin les domaines exemptés ne peuvent être concernés par ces libertés. À titre d'exemple, la libre circulation des travailleurs ne peut s'appliquer dans la fonction publique.

254. Champs d'application personnel, spatial et temporel. Le champ d'application personnel des libertés économiques comprend l'ensemble des citoyens européens⁸⁶⁶ ; il n'est pas significatif que le citoyen soit majeur ou mineur et qu'il travaille ou non. Les citoyens sont à la fois bénéficiaires de ces libertés et débiteurs des obligations qu'elles engendrent. Ils ne peuvent les limiter, tant à titre personnel qu'au titre d'une organisation quelconque (entreprise, association, *etc.*)⁸⁶⁷. Le champ d'application spatial des libertés économiques comprend l'ensemble du territoire de l'Union, c'est-à-dire l'addition des territoires de tous les États membres⁸⁶⁸. Le champ d'application temporel est relativement large étant donné que les libertés économiques s'appliquent pour une durée illimitée depuis la création de la Communauté économique européenne le 1^{er} janvier 1958, et plus précisément depuis l'entrée en vigueur des traités⁸⁶⁹. Pour les États membres ayant rejoint la Communauté après cette date, les textes réglementent la date d'entrée en vigueur.

255. Caractère non hypothétique de l'exercice d'une liberté. L'exigence du caractère non-hypothétique de l'exercice d'une liberté innerve de manière transversale la

⁸⁶⁴ D. EHLERS, « (§7) Allgemeine Lehren der Grundfreiheiten », in : D. EHLERS (éd.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, *op. cit.*, pts 71-84.

⁸⁶⁵ La jurisprudence de la Cour de justice semble étendre cette exigence d'incidence extra-nationale à des incidences somme toute hypothétique en particulier en matière de liberté d'établissement : CJUE, 19 déc. 2019, aff. C-465/18, *Comune die Bernareggio*, pts 33-35. Sur cette question, voir : A. RIGAUX, « Situations purement internes », *Europe*, Février 2020, n° 2, comm. 53.

⁸⁶⁶ S. PROGIN-THEUERKAUF, « (§19) Freizügigkeit und Aufenthaltsfreiheit », in : S. HESELHAUS, C. NOWAK (éd.), *Handbuch der europäischen Grundrechte*, 2^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2020, pt 24.

⁸⁶⁷ CJCE, 12 déc. 1974, aff. C-36/74, *Walrave et Koch c/ Association Union Cycliste Internationale e.a.*, pt 17 ; CJCE, 15 déc. 1995, aff. C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association e.a. c/ Bosman e.a.*, pt 82. Voir également : D. EHLERS, « (§7) Allgemeine Lehren der Grundfreiheiten », *op. cit.*, pts 44, 57 et 60.

⁸⁶⁸ Article 52 du TFUE. Les précisions relatives aux territoires d'outre-mer ou affiliés à un États membre sont détaillées à l'article 355 du TFUE.

⁸⁶⁹ Article 356 du TFUE.

jurisprudence de la Cour de justice en la matière. Elle se différencie de l'exigence du caractère non-hypothétique existant entre une directive ou un règlement et une mesure nationale car aucun lien ne doit être prouvé entre la liberté économique et la mesure nationale. Seul le caractère effectif de l'exercice de l'une des libertés économiques importe.

Cette exigence est apparue relativement tôt dans la décision *Moser*⁸⁷⁰. Elle a été confirmée à de nombreuses reprises⁸⁷¹, notamment par la décision *Kremzow*. En l'espèce, un ressortissant autrichien avait été emprisonné pour un meurtre qu'il contestait. La Cour de justice est saisie de plusieurs questions préjudicielles. Monsieur Kremzow l'estime compétente pour y répondre au motif qu'étant citoyen de l'Union, il bénéficie du droit à la liberté de circulation des personnes. Or, l'exécution d'une peine de prison jugée illégale l'empêche *de facto* d'exercer toute liberté de circulation. La Cour lui oppose que « sa situation 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 ». Même si sa peine de prison l'empêche, à l'évidence, de jouir de la liberté de circulation dont il bénéficie, la perspective de son exercice n'est que purement hypothétique. Par conséquent, sa situation n'entre pas dans le champ d'application du droit de l'Union⁸⁷².

L'ouverture du champ d'application des libertés économiques est soumise à un certain nombre de conditions. L'exigence du caractère non hypothétique de l'exercice d'une liberté économique s'ajoute aux critères des champs d'applications matériel, personnel, spatial et temporel. Il importe de tous les remplir pour qu'une limitation de ces libertés économiques soit reconnue.

B) La limitation de l'exercice d'une liberté économique

256. Types de limitations. Le contrôle de l'entrave à une liberté économique n'est nécessaire que lorsqu'une limitation a été apportée à l'exercice d'une liberté. Si la limitation est opérée par une mesure de droit de l'Union ou par une action d'une institution ou d'un organe de l'Union, la question du champ d'application des droits fondamentaux ne se pose pas étant donné que la mesure appartient au droit de l'Union. En revanche, si une mesure ou une action strictement nationale limite une liberté économique, elle n'appartient pas de manière évidente au champ d'application du droit de l'Union. L'intérêt réside donc dans

⁸⁷⁰ CJCE, 28 juin 1984, aff. C-180/83, *Moser c/ Land Baden-Württemberg*, pt 18.

⁸⁷¹ CJCE, 29 mai 1997, aff. C-299/95, *Kremzow c/ Republik Österreich*, pt 16. Notamment confirmé par : CJUE, 8 nov. 2012, aff. C-40/11, *Iida*, pt 77 ; CJUE, ord. 19 juin 2014, aff. C-370/13, *Teisseyre*, pt 35.

⁸⁷² CJCE, 29 mai 1997, *Kremzow*, prec., pt 16.

cette seconde hypothèse. À cet égard, la mesure ou l'action à l'origine de la limitation peut avoir comme auteur indifféremment une personne de droit public ou de droit privé⁸⁷³. L'auteur peut donc être tant un État membre ou l'une de ses administrations, qu'une personne privée. La mesure ou l'action en cause résulteront principalement d'un fait, d'une omission ou d'une certaine tolérance envers un état des choses⁸⁷⁴.

257. Contenu de la limitation. Étant donné que la mesure ou l'action à l'origine de l'entrave n'a qu'une dimension unilatérale lorsqu'elle est prise ou effectuée, ses auteurs disposent d'une marge d'appréciation importante⁸⁷⁵. Toutefois, Dirk Ehlers estime que l'entrave ne peut embrasser que deux formes, à savoir la limitation pure et simple de la circulation ou la discrimination. La première est caractérisée lorsque l'exercice d'une liberté de circulation entre les États membres est gêné d'une quelconque manière ou rendue moins attractive⁸⁷⁶. La seconde est supposée lorsque la mesure ou l'action traite une activité entre États membres de manière moins favorable qu'une activité strictement nationale⁸⁷⁷.

La survenance d'une simple gêne dans l'exercice des libertés ne peut être apparentée à une entrave. En effet, « l'objet des libertés fondamentales du traité CE n'est pas de garantir à toute personne le bénéfice du régime juridique qu'elle estime le plus avantageux »⁸⁷⁸ mais bien de créer un marché unique où la circulation est libre. Si une simple gêne devait constituer une entrave, l'Union devrait gommer l'ensemble des différences existant entre les États membres afin de contrebalancer les déséquilibres. Le marché commun ne serait donc plus qu'un espace uniforme au lieu d'un espace protéiforme unifié.

258. Conclusion. Les quatre libertés économiques prévues par les traités peuvent faire l'objet de limitations de la part des États membres. Pour établir l'existence d'une entrave, l'exercice effectif de l'une des libertés et sa limitation doivent être constatés. L'exercice d'une liberté économique se vérifie lorsqu'une situation entre dans le champ d'application de cette liberté. L'incidence extranationale de la situation et le caractère non-hypothétique

⁸⁷³ CJCE, 12 déc. 1974, *Walrave et Koch*, prec., pt 17 ; CJCE, 15 déc. 1995, *Bosman*, prec., pt 82.

⁸⁷⁴ D. EHLERS, « (§7) Allgemeine Lehren der Grundfreiheiten », *op. cit.*, pt 88.

⁸⁷⁵ En témoigne dans le contrôle a posteriori effectué par la Cour : « il n'est pas indispensable que les mesures restrictives édictées par les autorités d'un État membre [...] correspondent à une conception partagée par l'ensemble des États membres en ce qui concerne le niveau et les modalités de cette protection [...]. Cette conception pouvant varier d'un État membre à l'autre selon des considérations notamment d'ordre moral ou culturel, il y a lieu de reconnaître aux États membres une marge d'appréciation certaine ». Notamment dans : CJCE, 12 juin 2003, aff. C-112/00, *Schmidberger*, pts 89 et 93 ; CJCE, 14 oct. 2004, aff. C-36/02, *Omega*, pt 37 ; CJCE, 14 fév. 2008, aff. C-244/06, *Dynamic Medien*, pt 44.

⁸⁷⁶ D. EHLERS, « (§7) Allgemeine Lehren der Grundfreiheiten », *op. cit.*, pt 96.

⁸⁷⁷ *Ibid.*, pt 90.

⁸⁷⁸ J.-P. PUISOCHET, S. GERVASONI, « Droit communautaire et droit national : à la recherche des situations de l'ordre interne », in : *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, p. 729.

de l'exercice de la liberté économique constituent les caractéristiques principales du champ d'application. La limitation de l'exercice de la liberté prend principalement deux formes : la limitation pure et simple de la circulation et la discrimination.

Lorsqu'une entrave à une liberté économique est constatée, la Cour estime nécessaire de contrôler les justifications apportées à cette entrave. En effet, une entrave à une liberté économique ne constitue pas automatiquement une violation du droit de l'Union.

§2- Les justifications apportées aux limitations des libertés économiques

259. Une entrave à une liberté économique provoquée par une mesure ou une action nationale peut être reconnue conforme au droit de l'Union dès lors qu'elle est justifiée. Les possibilités de justifications doivent donc être analysées (A) et la justification doit être jugée conforme à certains principes fondamentaux de l'Union (B).

A) Les caractères de la justification

260. Au risque de déséquilibrer le fonctionnement du marché unique, l'entrave à une liberté économique ne peut être justifiée trop facilement. La justification doit donc répondre à des conditions exigeantes relatives à la nature nécessairement européenne des justifications aux entraves (1) et à la délimitation des possibilités de justification (2).

1. La nature européenne de la justification

261. Nature européenne. Étant donné que les libertés économiques sont de nature strictement européenne, les règles autorisant leur limitation doivent l'être également⁸⁷⁹. Cette exigence permet de garantir les libertés selon les intérêts de l'ordre juridique duquel elles relèvent. Bien qu'une telle affirmation ne soit pas partagée par tous⁸⁸⁰, la Cour de

⁸⁷⁹ M. BOROWSKI, in : J. MEYER (éd.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4^{ème} éd., Baden-Baden, Nomos, 2014, Art. 51, pt 29 ; A. GROßE WENTRUP, *Die Europäische Grundrechtecharta im Spannungsfeld der Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten : eine Untersuchung am Beispiel von Art. 14 und Art. 16 EuGRCh*, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, p. 61 ; F. WOLLENSCHLÄGER, « Anwendbarkeit der EU-Grundrechte im Rahmen einer Beschränkung von Grundfreiheiten », *EuZW*, 2014, n° 15, p. 579.

⁸⁸⁰ W. CREMER, « Der programmierte Verfassungskonflikt : Zur Bindung der Mitgliedstaaten an die Charta der Grundrechte der Europäischen Union nach dem Konventsentwurf für eine Europäische Verfassung », *NVwZ*, 2003, n° 12, p. 1455 ; H.-P. FOLZ, in : C. VEDDER, W. HEINTSCHEL VON HEINEGG (éd.), *Europäisches Unionsrecht: EUV, AEUV, GRCh*, 2^{ème} éd., Baden-Baden, Nomos, 2018, Art. 51 GR-Charta, pts 5-6 ; P.M. HUBER, « Unitarisierung durch Gemeinschaftsgrundrechte – Zur Überprüfungsbedürftigkeit der ERT-Rechtsprechung – », *EuR*, 2008, n° 2, p. 194 ; T. KINGREEN, in : C. CALLIESS, M. RUFFERT (éd.), *EUV, AEUV – Kommentar*, 5^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2016, Art. 51 GRCh, pt 20 ; M. RUFFERT, « Die Mitgliedstaaten

justice a choisi de suivre cette logique. Sans évoquer la question directement, elle s'applique à n'aborder le contrôle de la justification d'une entrave que du point de vue du droit de l'Union. Seules les justifications autorisées par lui sont ainsi prises en compte⁸⁸¹.

Cette approche nous paraît somme toute cohérente, dans la mesure où elle se recoupe avec la logique de mise en œuvre du droit de l'Union définie dans l'arrêt *Åkerberg Fransson* pour les directives et les mesures de droit primaire⁸⁸². Selon cette décision, une mesure nationale limitant l'application du droit de l'Union est réputée le mettre en œuvre⁸⁸³. Cette approche semble indispensable pour garantir l'effectivité du droit de l'Union et son bon fonctionnement. Dans le cas des limitations des libertés économiques, les États membres sont tenus « d'assurer l'exécution des obligations découlant des traités »⁸⁸⁴ et de faciliter leur mise en œuvre. Une mesure ou une action nationale limitant l'application des libertés économiques prévues par le traité doit donc pouvoir être contrôlée par le droit de l'Union et éventuellement écartée pour non-conformité. Le contrôle d'une justification à une entrave doit être effectué à l'aune du droit de l'Union au risque de remettre en cause la concrétisation et l'efficacité des libertés économiques en tant que pierre angulaire du marché commun. La Cour suit cette logique lorsqu'elle explique que « Si, en l'état actuel du droit de l'Union, les règles régissant la transcription dans les actes d'état civil du nom et du prénom d'une personne relèvent de la compétence des États membres, ces derniers doivent, néanmoins, dans l'exercice de cette compétence, respecter le droit de l'Union et, en particulier, les dispositions du traité relatives à la liberté reconnue à tout citoyen de l'Union de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres »⁸⁸⁵. La nature de la justification doit ainsi être européenne même si les spécificités nationales sont susceptibles d'être prises en compte sous certaines conditions.

262. Marge d'appréciation des États membres. Dans le contrôle de la justification aux entraves, les États membres bénéficient d'une marge d'appréciation. En effet, la Cour estime que les justifications d'intérêt public, d'ordre public, de santé et de sécurité publique sont en partie propres à chaque État membre, notamment lorsqu'elles concernent des

der Europäischen Gemeinschaft als Verpflichtete der Gemeinschaftsgrundrechte », *EuGRZ*, 1995, n° 20-21, p. 528.

⁸⁸¹ CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, prec., pts 77 et 78 ; CJCE, 14 oct. 2004, *Omega*, prec., pt 37 ; CJCE, GC, 11 déc. 2007, aff. C-438/05, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union*, pt 75.

⁸⁸² CJUE, GC, 26 fév. 2013, aff. C-617/10, *Åkerberg Fransson*.

⁸⁸³ Un parallèle peut être fait avec l'effet des directives avant expiration du délai de transposition, lorsqu'un acte national existe déjà dans le champ d'application de la directive : Cf. *supra*, §238.

⁸⁸⁴ Article 4§3 du TUE.

⁸⁸⁵ CJUE, 2 juin 2016, aff. C-438/14, *Bogendorff von Wolffersdorff*, pt 32.

spécificités culturelles ou morales⁸⁸⁶. Par conséquent, les juridictions nationales sont amenées à prendre part au contrôle de proportionnalité afin de garantir le respect des valeurs protégées au niveau national⁸⁸⁷. La prise en compte des spécificités nationales est toutefois limitée. Dans ses conclusions relatives à l'arrêt *Schmidberger*, l'avocat général Francis G. Jacobs avait estimé qu'un droit reconnu comme fondamental seulement par un État membre était susceptible de poursuivre un objectif illégitime au regard du droit de l'Union⁸⁸⁸. De tels droits peuvent être exclus du contrôle de la justification aux entraves. Toutefois, lorsque les spécificités nationales invoquées sont reconnues comme telles et conformes au droit de l'Union, les juridictions nationales sont autorisées à les appliquer au contrôle dessiné par la Cour. Leur appréciation doit s'inscrire dans le respect de la jurisprudence de la Cour et dans le cadre et selon les règles prévues par le droit de l'Union.

2. Le contenu de la justification

263. Types de justifications. Par le biais de dispositions disséminées au sein du TFUE et complétées par la jurisprudence, les traités prévoient plusieurs justifications à une entrave aux libertés économiques⁸⁸⁹. Sont ainsi prévues des limites à la libre circulation des marchandises à l'article 36, à la libre circulation des personnes aux articles 45§3 et 52§1, à la libre circulation des prestations de service aux articles 51 à 54 et à la libre circulation des capitaux à l'article 65§1. La jurisprudence de la Cour de justice a ajouté la justification non-écrite d'intérêt général.

264. Justifications écrites. Les justifications écrites proposées par le traité se concentrent particulièrement autour des nécessités de maintien de l'ordre public, de la sécurité et de la santé publique. Ces notions valent pour toutes les formes de limitations

⁸⁸⁶ En témoigne dans le contrôle a posteriori effectué par la Cour : « il n'est pas indispensable que les mesures restrictives édictées par les autorités d'un État membre [...] correspondent à une conception partagée par l'ensemble des États membres en ce qui concerne le niveau et les modalités de cette protection [...]. Cette conception pouvant varier d'un État membre à l'autre selon des considérations notamment d'ordre moral ou culturel, il y a lieu de reconnaître aux États membres une marge d'appréciation certaine ». Notamment dans : CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, prec., pts 89 et 93 ; CJCE, 14 oct. 2004, *Omega*, prec., pt 37 ; CJCE, 14 fév. 2008, *Dynamic Medien*, prec., pt 44.

⁸⁸⁷ Par exemple : CJCE, 14 oct. 2004, *Omega*, prec., pt 31. Du même avis : R. STREINZ, W. MICHL, in : R. STREINZ (éd.), *EU/VAEUV*, 3^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2018, Art. 51 GRCh, pt 16.

⁸⁸⁸ Conclusions de l'avocat général Francis G. Jacobs présentées le 11 juillet 2002, pt 98, sous CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, prec.

⁸⁸⁹ S. PROGIN-THEUERKAUF, « (§19) Freizügigkeit und Aufenthaltsfreiheit », *op. cit.*, pt 32.

énoncées précédemment⁸⁹⁰ mais sont interprétées de manière stricte par la Cour de justice⁸⁹¹. Les droits fondamentaux peuvent incarner l'une de ces nécessités⁸⁹².

Le maintien de l'ordre public comprend les situations dans lesquelles le comportement ou la présence d'un citoyen de l'Union sur un territoire représenterait une menace réelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société⁸⁹³. L'ordre public ne peut être invoqué pour justifier une mesure restrictive d'une liberté fondamentale prise en réponse à un comportement pour lequel un national n'aurait pas eu à subir de mesures répressives ou destinées à combattre ce même comportement⁸⁹⁴.

De la même manière, la sécurité publique ne peut être invoquée que lorsqu'un intérêt fondamental de la société est menacé, tant au regard de la sécurité intérieure que de la sécurité extérieure⁸⁹⁵. Les intérêts fondamentaux comprennent notamment les menaces militaires, terroristes, contre l'organisation de l'État et contre le fonctionnement des services publics principaux.

En matière de santé publique, seules certaines maladies peuvent faire l'objet d'une mesure restrictive de la liberté de circulation et à condition qu'elles fassent également l'objet d'une mesure de protection de santé publique dans l'État membre d'accueil. Lorsqu'une telle maladie survient plus de trois mois après l'arrivée du ressortissant dans l'État membre, une mesure d'éloignement ne peut plus être justifiée par la protection de la santé publique⁸⁹⁶.

265. Justifications non-écrites. Parallèlement à ces justifications prévues par le traité, la Cour de justice a développé une seconde catégorie de justifications fondées sur l'intérêt général. Cette catégorie trouve sa source dans la jurisprudence *Cassis de Dijon*⁸⁹⁷, selon laquelle les restrictions aux libertés économiques sont réputées légitimes si elles sont

⁸⁹⁰ D. EHLERS, « (§7) Allgemeine Lehren der Grundfreiheiten », *op. cit.*, pt 111.

⁸⁹¹ CJCE, 28 oct. 1975, aff. C-36/75, *Rutili c/ Ministre de l'intérieur*, pt 27.

⁸⁹² Cf. *infra*, §271. En ce sens également, voir : A. BAILLEUX, *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire : essai sur la figure du juge traducteur*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2009.

⁸⁹³ CJCE, 28 oct. 1975, *Rutili*, *prec.*, pt 28 ; CJCE, 19 janv. 1999, aff. C-348/96, *Calfa*, pt 21 ; CJCE, 9 mars 2000, aff. C-355/98, *Commission c/ Belgique*, pt 28 ; CJUE, 15 sept. 2011, aff. C-347/09, *Dickinger et Ömer*, pt 82.

⁸⁹⁴ CJCE, 26 nov. 2002, aff. C-100/01, *Oteiza Olazabal*, pt 42.

⁸⁹⁵ CJCE, 26 nov. 2002, *Oteiza Olazabal*, *prec.*, pt 35 ; CJUE, GC, 13 sept. 2016, aff. C-304/14, *CS*, pt 39. Voir également : D. EHLERS, « (§14) Allgemeine Lehren der Unionsgrundrechte », in : D. EHLERS (éd.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 4^{ème} éd., Berlin, De Gruyter, 2014, pt 113 ; S. PROGIN-THEUERKAUF, « (§19) Freizügigkeit und Aufenthaltsfreiheit », *op. cit.*, pt 35.

⁸⁹⁶ Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, article 29.

⁸⁹⁷ CJCE, 20 fév. 1979, aff. C-120/78, *Cassis de Dijon*, pts 8 et 14.

« nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives tenant, notamment, à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs ». Une mesure restrictive poursuivant une exigence impérative qualifiée de « but d'intérêt général de nature à primer les exigences de la libre circulation »⁸⁹⁸ peut donc être considérée comme justifiée au regard des règles non-écrites.

Dirk Ehlers a toutefois relevé dans ces propos de la Cour une certaine contradiction inhérente à la logique poursuivie. En effet, une possibilité relativement vaste de légitimation d'une restriction a été développée au fil du temps⁸⁹⁹ alors qu'une interprétation stricte des justifications écrites était préconisée depuis le début⁹⁰⁰. Cette logique a néanmoins été maintenue et a notamment permis de mieux faire respecter certains droits fondamentaux face aux libertés économiques au motif que ceux-ci défendaient l'intérêt général⁹⁰¹.

Afin de s'assurer de la conformité de la justification à l'entrave vis-à-vis du droit de l'Union, ces deux types de justifications doivent faire l'objet d'un contrôle de proportionnalité.

B) La conformité de la justification au droit de l'Union

266. Contre-limite. Le dernier élément du contrôle d'une limitation d'une liberté économique peut être appelé la contre-limite, ou limite aux limites. Il vise à vérifier que la limitation de la liberté économique est conforme aux principes fondamentaux du droit de l'Union. On compte parmi les principes fondamentaux des dispositions du droit primaire telles que les droits fondamentaux de l'Union. Dans cette fonction, les droits fondamentaux ne viennent plus justifier une limitation de la liberté économique mais limitent la justification à une entrave à ces libertés économiques. Ils ont en quelque sorte pour objet de renforcer les libertés économiques. Un autre ensemble de principes de droit primaire intervient en tant que principe fondamental. Il s'agit du trio de limites (*Schrankentrias*)⁹⁰² prévu par l'article 5 du TUE et comprenant les trois principes relatifs à la répartition des

⁸⁹⁸ CJCE, 26 juin 1997, aff. C-368/95, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertrieb GmbH c/ Bauer Verlag*, pt 8.

⁸⁹⁹ En ce sens : A. BAILLEUX, *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire*, op. cit., p. 257-258.

⁹⁰⁰ D. EHLERS, « (§7) Allgemeine Lehren der Grundfreiheiten », op. cit., pt 118 ; T. KINGREEN, *Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999, p. 52.

⁹⁰¹ Cf. *infra*, §275.

⁹⁰² D. EHLERS, « (§7) Allgemeine Lehren der Grundfreiheiten », op. cit., pt 123.

compétences entre l'Union européenne et les États membres : les principes d'attribution, de subsidiarité et de proportionnalité.

267. Contrôle de proportionnalité. Le contrôle de proportionnalité joue un rôle particulièrement prégnant dans l'examen des contre-limites⁹⁰³. Il apparaît comme un correcteur de tous les éléments précédemment examinés⁹⁰⁴. Alors que la superposition des raisonnements pourrait aboutir à un résultat illogique, il permet de lisser les solutions apportées aux différentes étapes des contrôles. Selon les termes du traité, il a pour objectif que « le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités »⁹⁰⁵. La Cour estime que le contrôle de proportionnalité régule la justification à l'entrave afin qu'elle soit appropriée et nécessaire⁹⁰⁶ pour parvenir à l'objectif poursuivi. Cela implique d'une part que, « lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante » et d'autre part « que les charges imposées ne doivent pas être démesurées par rapport aux buts visés »⁹⁰⁷. La marge d'appréciation laissée aux juridictions nationales de renvoi dans ce contrôle de proportionnalité varie donc selon la justification en cause⁹⁰⁸. Lorsque la justification à l'entrave résulte de la préservation d'intérêts culturels ou moraux, elle sera relativement large car ces intérêts diffèrent selon les États membres et leurs sont propres⁹⁰⁹. À l'inverse, lorsque la justification résulte d'une discrimination manifeste, la marge d'appréciation sera limitée⁹¹⁰.

268. Conclusion. Le contrôle de la justification au regard des principes fondamentaux du droit de l'Union permet de s'assurer de la logique de l'ensemble du contrôle de l'entrave à une liberté économique. À ce titre, peuvent intervenir les droits fondamentaux, certains principes de droit primaire et un contrôle de proportionnalité. Ce dernier est exécuté après l'examen de l'existence d'une liberté économique, de sa limitation et de sa justification.

⁹⁰³ Sur le contrôle de proportionnalité, voir : A. BAILLEUX, *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire*, op. cit., p. 230 et s.

⁹⁰⁴ D. EHLERS, « (§7) Allgemeine Lehren der Grundfreiheiten », op. cit., pt 105.

⁹⁰⁵ Article 5§4 du TUE.

⁹⁰⁶ CJCE, 11 juill. 1989, aff. C-265/87, *Schröder c/ Hauptzollamt Gronau*, pt 21 ; CJCE, 17 sept. 2002, aff. C-413/99, *Baumbast et R*, pt 91 ; CJUE, GC, 13 sept. 2016, aff. C-165/14, *Rendón Marín*, pt 45.

⁹⁰⁷ CJCE, 11 juill. 1989, *Schröder*, prec., pt 21.

⁹⁰⁸ D. EHLERS, « (§7) Allgemeine Lehren der Grundfreiheiten », op. cit., pt 132.

⁹⁰⁹ En témoigne la citation de la Cour reprise dans différents arrêts, selon laquelle « il n'est pas indispensable que les mesures restrictives édictées par les autorités d'un État membre [...] correspondent à une conception partagée par l'ensemble des États membres en ce qui concerne le niveau et les modalités de cette protection [...]. Cette conception pouvant varier d'un État membre à l'autre selon des considérations notamment d'ordre moral ou culturel, il y a lieu de reconnaître aux États membres une marge d'appréciation certaine ». Notamment dans : CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, prec., pts 89 et 93 ; CJCE, 14 oct. 2004, *Omega*, prec., pt 37 ; CJCE, 14 fév. 2008, *Dynamic Medien*, prec., pt 44.

⁹¹⁰ H.D. JARASS, « Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten II », *EuR*, 2000, n° 5, p. 723.

Pris dans son ensemble, le contrôle de l'entrave à une liberté économique permet de comprendre comment une mesure pourtant strictement nationale peut appartenir au champ d'application du droit de l'Union. À cet égard, la Cour semble adopter une attitude orientée vers la finalité du projet européen⁹¹¹ plus que vers une répartition stricte des compétences prévue par les traités. Selon Lamprini Xenou, cela s'explique par le fait que « Si la Cour de justice ne pouvait pas contrôler les mesures nationales qui portent atteinte aux libertés garanties par le traité, elle ne pourrait pas [...] contrôler le champ d'application des libertés fondamentales ». Partant, « l'application uniforme du droit de l'Union serait [remise] en cause »⁹¹². L'ambition poursuivie est donc plutôt de tendre vers la réalisation des objectifs prévus par le droit de l'Union, tel que la concrétisation et le maintien du marché unique, en utilisant l'exigence de respect des principes directeurs. Cela implique un mouvement permanent vers une meilleure intégration qui dépasse le seul principe de répartition des compétences. Celui-ci apparaît *a contrario* comme figé dans les textes. Il ne représente que l'un des moyens pour parvenir à l'accomplissement du projet européen, au même titre que le principe d'uniformité du droit de l'Union par exemple. Cet ordre de priorité crée une approche dynamique guidée par un souci d'adaptation constante. En matière de limitation des libertés économiques, le corollaire à cette approche est que les droits fondamentaux de l'Union peuvent être amenés à jouer un rôle prépondérant.

Section 2. La conciliation entre droits fondamentaux et libertés économiques

269. À l'occasion d'une entrave à une liberté économique, les justifications peuvent prendre la forme d'un ou de plusieurs droits fondamentaux. Deux fonctions doivent toutefois être distinguées⁹¹³. Si un droit fondamental apparaît nécessaire pour le maintien de l'ordre public, la protection de la santé publique⁹¹⁴ ou un autre intérêt légitime, il embrasse la fonction de justification d'une entrave à une liberté économique : il en constitue

⁹¹¹ J.-P. PUISOCHET, S. GERVASONI, « Droit communautaire et droit national... », *op. cit.*, p. 718-719 ; L. XENOU, *Les principes généraux du droit de l'Union européenne et la jurisprudence administrative française*, Paris, Bruylant, 2017, p. 119.

⁹¹² L. XENOU, *Ibid.*, p. 120.

⁹¹³ A. BAILLEUX, *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire*, *op. cit.*, p. 26 et s.

⁹¹⁴ Article 52§1 du TFUE, sur renvoi de l'article 62 du TFUE.

une limite (§1). Si un droit fondamental ne participe pas à la justification d'une entrave, il peut être convoqué afin de vérifier la conformité de la justification invoquée pour légitimer l'entrave. Dans une telle synergie, il se manifeste comme une limite aux limites, ou une contre-limite, à l'égard des libertés économiques (§2).

§1- Les droits fondamentaux : limites aux libertés économiques

270. Lorsque les droits fondamentaux de l'Union sont invoqués pour limiter une liberté économique, ils prennent la forme d'une justification à l'entrave. Cette situation se manifeste lorsque les droits et libertés protègent des intérêts différents. S'exerce alors entre les deux principes une tension qu'il est nécessaire de désamorcer⁹¹⁵. En effet, tant les libertés économiques que les droits fondamentaux appartiennent au droit primaire de l'Union. Ils ont donc la même valeur et constituent tous deux des objectifs poursuivis par l'Union⁹¹⁶. Cette situation est qualifiée de limite (*Schranken*) par la doctrine allemande⁹¹⁷. Dans le cadre du contrôle développé par la Cour, les droits fondamentaux ont trouvé leur place au sein des différentes règles de justification (A) et exercent une influence certaine dans le contrôle de ces justifications (B).

A) Le rôle des droits fondamentaux dans les différentes règles de justifications

271. Il existe deux formes de justifications aux entraves à une liberté économique par une mesure où une action nationale : les justifications prévues par les traités et les justifications développées par la jurisprudence. On trouve trace des droits fondamentaux de l'Union dans les deux formes, dans la mesure où un espace leur a été aménagé dans les règles prévues par les traités (1) et les règles issues de la jurisprudence *Cassis de Dijon* qui vise à défendre l'intérêt général ont été adaptées (2).

⁹¹⁵ D. EHLERS, « (§14) Allgemeine Lehren der Unionsgrundrechte », *op. cit.*, 3^{ème} éd., 2009, pt 13.

⁹¹⁶ Conclusions de l'avocat général F.G. Jacobs présentées le 11 juillet 2002, pt 102, sous CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, *prec.*

⁹¹⁷ D. EHLERS, « (§7) Allgemeine Lehren der Grundfreiheiten », *op. cit.*, pts 108-135 ; M. PECHSTEIN, *Entscheidungen des EuGH : Kommentierte Studienauswahl*, 10^{ème} éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 2018, p. 419 ; H.-W. RENGELING, P. SZCEKALLA, *Grundrechte in der Europäischen Union – Charta der Grundrechte und Allgemeine Rechtsgrundsätze*, Cologne, Carl Heymanns Verlag, 2004, §7 ; R. STREINZ, W. MICHL, *op. cit.*, Art. 51 GRCh, pt 16.

1. Les droits fondamentaux dans les règles prévues par le traité

272. Prémices de la présence des droits fondamentaux. L'intégration des droits fondamentaux dans les règles de justification prévues par les traités a été amorcée dans la décision *Bosman* en 1995. En l'espèce, un joueur de football professionnel contestait la validité des règles de transfert au regard de la liberté de circulation des travailleurs. Dans un contrôle préalable, la Cour analyse le droit fondamental de la liberté d'association au regard de la libre circulation des travailleurs. Elle constate que les règles de transfert en cause ne sont pas indispensables pour garantir la liberté d'association. Elle entreprend par la suite un début de contrôle d'une entrave à une liberté économique dans lequel elle constate l'application de la liberté économique et l'existence d'une restriction. Toutefois, si la Cour va jusqu'à préciser qu'il y aurait une justification à l'entrave uniquement « si ces règles poursuivaient un objectif légitime compatible avec le traité et se justifiaient par des raisons impérieuses d'intérêt général »⁹¹⁸, il n'est pas fait référence à l'examen de la liberté d'association. Aucun lien direct et formel n'est donc évoqué entre objectif légitime et droit fondamental. C'est ce qui a conduit la doctrine à qualifier la décision *Bosman* de premier pas vers la catégorie des limites lorsque celles-ci sont justifiées par des droits fondamentaux⁹¹⁹.

273. Nécessité de maintenir de l'ordre public par le biais du respect des droits fondamentaux. Les justifications écrites aux entraves aux libertés économiques comprennent trois exigences, que sont les maintiens de l'ordre public, de la sécurité publique et de la santé publique. Au regard de la jurisprudence, la protection d'un droit fondamental constitue le plus souvent une raison d'ordre public. Dans la décision *Omega*, l'autorité de police de Bonn avait interdit à la société Omega l'utilisation de son laserdrome pour la pratique de jeux ayant pour objet de tirer avec un laser sur des cibles humaines. Pour la Cour de justice, il importait de déterminer si l'interdiction en cause portait atteinte à l'une des libertés économiques protégées par les traités car la société de fourniture des équipements était britannique. La Cour constate l'existence d'une restriction à la libre circulation des services⁹²⁰ ainsi que l'application de la justification d'ordre public prévue par le traité⁹²¹. En effet, le jeu interdit consistait en une simulation d'acte d'homicide, ce

⁹¹⁸ CJCE, 15 déc. 1995, *Bosman*, préc., pt 104. Termes repris dans la jurisprudence ultérieure, par exemple : CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, préc., pt 78 ; CJCE, GC, 11 déc. 2007, *International Transport Workers' Federation*, préc., pt 75, CJUE, 12 déc. 2013, aff. C-523/12, *Dirextra Alta Formazione*, pt 24.

⁹¹⁹ D. EHLERS, « (§14) Allgemeine Lehren der Unionsgrundrechte », *op. cit.*, 4^{ème} éd., 2014, pt 24.

⁹²⁰ CJCE, 14 oct. 2004, *Omega*, préc., pt 25.

⁹²¹ CJCE, 14 oct. 2004, *Omega*, préc., pt 28.

que les juridictions allemandes estiment contraire à la dignité humaine. Celle-ci étant un droit particulièrement fondamental garanti par la Loi fondamentale allemande comme par le droit de l'Union, son non-respect ferait courir le risque d'une menace à l'ordre public⁹²². La protection du droit fondamental à la dignité humaine constitue un motif d'ordre public propre à justifier la limitation d'une liberté économique⁹²³.

Deux décisions voisines sont venues confirmer cette conclusion. Elles concernaient le refus par des États membres d'enregistrer un changement de nom pour ajouter une particule de noblesse. Les citoyens européens en cause ayant exercé leur liberté de circulation⁹²⁴, les cas d'espèce appartenaient au champ d'application du droit de l'Union. En effet, si les règles régissant le port du nom relèvent de compétences purement nationales, elles entrent dans le champ d'application du droit de l'Union à partir du moment où elles constituent une limitation à la liberté de circulation⁹²⁵. La justification d'une telle interdiction se fonde sur le maintien de l'ordre public qui ne saurait être garanti sans le respect du principe d'égalité entre les citoyens, duquel découle l'abolition des titres de noblesse. Sur le fondement du principe d'égalité, nécessaire au maintien de l'ordre public, une limitation à la liberté de circulation concernant le changement de nom peut être autorisée.

274. Champ d'application des droits fondamentaux. Les droits fondamentaux de l'Union sont donc susceptibles de limiter les libertés économiques lorsqu'ils incarnent l'une des justifications prévues par le traité. Ils ont été implantés dans le contrôle construit par la Cour et transparaissent par le biais des nécessités de maintien d'un certain ordre dans la société. Par conséquent, une mesure relevant de la compétence nationale d'un État membre mais limitant les libertés économiques de l'Union appartient au champ d'application des droits fondamentaux de la Charte.

2. Les droits fondamentaux dans les règles d'origine jurisprudentielle

275. Défense de l'intérêt général. La défense de l'intérêt général forme la seconde règle de justification d'une entrave aux libertés économiques. Son origine est essentiellement jurisprudentielle. La première manifestation d'une assimilation d'un droit fondamental à la défense de l'intérêt général a été l'acceptation par la Cour d'une entrave à

⁹²² CJCE, 14 oct. 2004, *Omega*, prec., pts 32-34.

⁹²³ CJCE, 14 oct. 2004, *Omega*, prec., pt 41.

⁹²⁴ CJUE, 22 déc. 2010, aff. C-208/09, *Sayn-Wittgenstein* ; CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, prec.

⁹²⁵ CJUE, 22 déc. 2010, *Sayn-Wittgenstein*, prec., pts 37-39 et 52-71 ; CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, prec., pts 31-33 et 37-47.

une liberté économique justifiée par un motif d'intérêt général relatif à la protection des libertés d'expression et de réunion dans l'arrêt *Schmidberger*⁹²⁶. En l'espèce, une association autrichienne de protection de l'environnement avait organisé une manifestation sur l'autoroute du Brenner bloquant la circulation pendant près de trente heures. Elle avait obtenu l'autorisation des autorités et l'information a été diffusée très largement. À la suite de cette manifestation, l'entreprise de transport international Schmidberger, établie en Allemagne et utilisant essentiellement l'autoroute du Brenner pour ses activités, a introduit un recours devant les juridictions autrichiennes. Elle exigeait la condamnation de la République d'Autriche au paiement de dommages et intérêts pour le préjudice subi par l'immobilisation de ses camions à la suite de la non-interdiction de la manifestation, pourtant contraire au principe de libre circulation des marchandises. La Cour de justice a été saisie d'une question préjudicielle dans le but de déterminer si le défaut d'interdiction d'une manifestation constituait une entrave non justifiée au principe fondamental de libre circulation des marchandises⁹²⁷.

De même que dans l'arrêt *Bosman*⁹²⁸, l'application de la libre circulation des marchandises au cas d'espèce ainsi que l'existence d'une restriction à cette dernière, caractérisée par le blocage complet de l'autoroute, ont été relevées⁹²⁹. L'analyse s'intéresse ensuite à la justification avancée pour légitimer l'entrave. L'objectif poursuivi par l'État membre était en l'espèce la protection des droits fondamentaux (libertés d'expression et de réunion)⁹³⁰. La Cour en a déduit que « la protection [des] droits [fondamentaux] constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le traité telle que la libre circulation des marchandises »⁹³¹. Par conséquent, un contrôle de proportionnalité a été effectué sur le fondement de ces droits et libertés (d'expression et de manifestation d'une part et économique d'autre part) pour conclure que l'entrave était justifiée par l'objectif de respect des libertés fondamentales. La protection par un État membre d'un droit fondamental protégé par l'Union représente donc un intérêt général suffisant pour limiter les libertés économiques. Dans ses conclusions sur l'affaire, l'avocat

⁹²⁶ CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, prec.

⁹²⁷ CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, prec., pt 50.

⁹²⁸ CJCE, 15 déc. 1995, *Bosman*, prec.

⁹²⁹ CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, prec., pts 51-54 puis 55-64.

⁹³⁰ CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, prec., pt 69.

⁹³¹ CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, prec., pt 74.

général Francis G. Jacobs avait d'ailleurs estimé que la protection d'un droit fondamental de l'Union représentait toujours un objectif légitime⁹³².

276. Confirmations. Cette solution a été confirmée à plusieurs reprises. La Cour reconnaît dans la décision *Viking* l'application de la liberté d'établissement ainsi que l'existence d'une restriction à cette liberté⁹³³. Elle estime que le droit fondamental de mener une action collective, qui a pour but la protection des travailleurs, est un intérêt légitime susceptible de constituer une justification à l'entrave⁹³⁴. Cet intérêt légitime doit toutefois faire l'objet d'un contrôle de proportionnalité⁹³⁵. De même la décision *Dynamic Medien* accepte qu'une mesure allemande de restriction à l'importation limite le principe de libre circulation des marchandises. La Cour reconnaît que le respect des droits fondamentaux de l'enfant est un intérêt légitime poursuivi par l'État allemand, sous réserve que le respect de ce droit fondamental par le biais de la mesure restrictive soit proportionné⁹³⁶.

277. Champ d'application des droits fondamentaux. Par l'intermédiaire de l'intérêt légitime et en application de la jurisprudence *Cassis-de-Dijon*⁹³⁷, les droits fondamentaux sont susceptibles de limiter les libertés économiques. La justification à une limite en raison de la défense de l'intérêt général semble particulièrement adaptée au cas des droits fondamentaux. En effet, l'interprétation relativement large de l'intérêt général crée un espace moins contraint qui se prête bien mieux aux spécificités des droits fondamentaux. Ceux-ci visent à protéger les droits de la personne humaine prise dans sa spécificité et pas seulement un modèle de société appréhendé comme un ensemble et un objectif à atteindre. La protection des droits de l'enfant, objet d'une protection particulière, en est un exemple. Par le biais de la justification aux entraves, les droits fondamentaux ont trouvé une manière d'être protégés face au poids important des libertés économiques.

B) L'influence des droits fondamentaux dans le contrôle des justifications

278. Le rôle joué par les droits fondamentaux dans la justification aux entraves implique deux paramètres. D'une part, un contrôle de proportionnalité – ou autrement dit

⁹³² Conclusions de l'avocat général Francis G. Jacobs présentées le 11 juillet 2002, pt 102, sous CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, prec.

⁹³³ CJCE, GC, 11 déc. 2007, *International Transport Workers' Federation*, prec., pts 68-74.

⁹³⁴ CJCE, GC, 11 déc. 2007, *International Transport Workers' Federation*, prec., pt 77.

⁹³⁵ CJCE, GC, 11 déc. 2007, *International Transport Workers' Federation*, prec., pt 90.

⁹³⁶ CJCE, 14 fév. 2008, *Dynamic Medien*, prec., pt 42.

⁹³⁷ CJCE, 20 fév. 1979, *Cassis de Dijon*, prec., pts 8 et 14.

la limite à la limite – doit venir confirmer que la limitation de la liberté économique est proportionnelle à la garantie du droit fondamental qui cause cette limite (1). D'autre part, l'exercice des marges d'appréciations par les États membres et la Cour de justice dans la limitation aux libertés économiques prend une certaine dimension lorsqu'il s'agit de donner une interprétation des droits fondamentaux. Il importe donc de faire le point sur les auteurs du contrôle de proportionnalité (2).

1. Les droits fondamentaux dans le contrôle de proportionnalité

279. Composantes de la justification. Si un droit fondamental est susceptible de justifier une limite à une liberté économique, la limitation doit résulter d'une balance entre le droit et la liberté⁹³⁸, tous deux protégés par le droit primaire de l'Union. L'étape de la justification doit donc impérativement comprendre un contrôle de proportionnalité de la mesure nationale restrictive afin de vérifier que l'entrave à la liberté économique est bien limitée et qu'elle sert effectivement à garantir le droit fondamental.

280. Proportionnalité de la mesure restrictive. Dès l'arrêt *Bosman*⁹³⁹, il est établi que « l'application desdites règles [doit être] propre à garantir la réalisation de l'objectif en cause et n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif »⁹⁴⁰. De ce contrôle de proportionnalité se dégage deux éléments, que sont les caractères nécessaire et proportionné de la mesure nationale restrictive⁹⁴¹. D'une part, la mesure doit être nécessaire et effective pour garantir l'objectif poursuivi par la justification, à savoir la garantie des droits fondamentaux par le biais des exceptions issues des traités ou de la jurisprudence. À ce titre, la doctrine allemande estime que le caractère effectif constitue un troisième critère à part entière (*Geeignetheit*) qui implique que la mesure soit appropriée au but poursuivi⁹⁴². D'autre part, la mesure doit être proportionnée, c'est à dire qu'elle ne peut pas être plus restrictive que ce qui est strictement nécessaire pour garantir la protection du droit fondamental. Cette double condition contraint la mesure restrictive à viser très exactement la garantie du droit fondamental. Elle ne peut être ni plus large, ni viser à côté de l'objectif au risque que la limite qu'elle exerce sur la liberté économique ne soit pas justifiée. Il

⁹³⁸ D. EHLERS, « (§7) Allgemeine Lehren der Grundfreiheiten », *op. cit.*, pt 19 ; J. KOKOTT, C. SOBOTTA, « The Charter of Fundamental Rights of the European Union after Lisbon » [en ligne], *EUI Working Papers AEL*, Distinguished Lectures of the Academy, Juin 2010, p. 9-10, consulté le 23 juillet 2018, disponible sous : <http://cadmus.eui.eu/>

⁹³⁹ CJCE, 15 déc. 1995, *Bosman*, *prec.*

⁹⁴⁰ CJCE, 15 déc. 1995, *Bosman*, *prec.*, pt 104.

⁹⁴¹ A. GROßE WENTRUP, *Die Europäische Grundrechtecharta im Spannungsfeld der Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten*, *op. cit.*, p. 59 : « erforderlich und [...] verhältnismäßig ».

⁹⁴² Ce critère apparaît dans : CJCE, 11 juill. 1989, *Schröder*, *prec.*, pt 21. D. EHLERS, « (§7) Allgemeine Lehren der Grundfreiheiten », *op. cit.*, pt 130.

appartient à la Cour de justice ou aux juridictions des États membres d'apprécier cette proportionnalité.

2. La répartition des marges d'appréciation relatives aux droits fondamentaux

281. Exercice des marges d'appréciation par la Cour. Une fois le contrôle de proportionnalité défini, la question de l'auteur du contrôle reste à déterminer. Le contrôle se partage entre la Cour de justice et les juridictions nationales⁹⁴³, responsables du renvoi des questions préjudicielles. La Cour de justice effectue un contrôle de la proportionnalité qui apparaît plus ou moins approfondi selon les cas et laisse par conséquent plus ou moins de marge d'appréciation aux juridictions de renvoi⁹⁴⁴.

Dans la décision *Laval un Partneri*⁹⁴⁵, la Cour procède elle-même à l'ensemble du contrôle de proportionnalité entre le niveau de protection du droit fondamental à garantir et l'action collective des organisations syndicales suédoises. Elle conclut en l'espèce que l'action collective n'était pas justifiée au regard de l'objectif national d'intérêt général⁹⁴⁶. La question se pose de savoir si l'exercice du contrôle dans son ensemble par la Cour de justice est dû au fait que la mesure nationale en cause avait été prise par une autorité privée et non par une autorité publique, dans la mesure où des spécificités nationales peuvent entrer en ligne de compte lorsqu'un État membre limite une liberté économique.

282. Exercice partagé des marges d'appréciation. En effet, la Cour n'exerce pas systématiquement l'ensemble du contrôle de proportionnalité, comme en témoignent les décisions *Schmidberger*, *Omega*, ou encore *Sayn-Wittgenstein*⁹⁴⁷. Dans ces décisions, la Cour exerce le contrôle de proportionnalité tout en évoquant une certaine marge d'appréciation au profit des autorités nationales. Dans la décision *Schmidberger*, elle énonce que « les autorités compétentes disposent d'un large pouvoir d'appréciation. Il y a néanmoins lieu de vérifier si les restrictions apportées aux échanges intracommunautaires sont proportionnées au regard du but légitime poursuivi »⁹⁴⁸. S'en suit une analyse de l'autorisation de manifestation donnée par les autorités autrichiennes, qui apparaît

⁹⁴³ V. SKOURIS, « L'interaction entre les libertés fondamentales et les libertés publiques en droit communautaire », in : *Mélanges en l'honneur de Philippe Léger. Le droit à la mesure de l'homme*, Paris, Pedone, 2006, p. 502.

⁹⁴⁴ H.D. JARASS, « Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten II », *op. cit.*, p. 723.

⁹⁴⁵ CJCE, GC, 18 déc. 2007, aff. C-341/05, *Laval un Partneri*.

⁹⁴⁶ CJCE, GC, 18 déc. 2007, aff. C-341/05, *Laval un Partneri*, pts 101-111.

⁹⁴⁷ CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, *prec.* ; CJCE, 14 oct. 2004, *Omega*, *prec.* ; CJUE, 22 déc. 2010, *Sayn-Wittgenstein*, *prec.*

⁹⁴⁸ CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, *prec.*, pt 82.

strictement limitée à ce qui est nécessaire tant d'un point de vue géographique que temporel⁹⁴⁹. Cette autorisation aurait difficilement pu être substituée par une mesure moins restrictive sans risque de causer des dommages plus importants⁹⁵⁰. La Cour en conclut que la mesure restrictive est proportionnelle à l'objectif de protection du droit fondamental en cause et que l'entrave à laquelle elle donne lieu est justifiée au regard de l'objectif d'intérêt général⁹⁵¹. Malgré une large marge d'appréciation reconnue aux autorités nationales, elle effectue elle-même le contrôle de proportionnalité.

Il en va de même dans les décisions *Sayn-Wittgenstein*⁹⁵² et *Omega*. Dans cette dernière elle estime justifiée la limitation apportée à la libre prestation de service par l'Allemagne. Si la Cour souligne une fois encore l'existence d'une marge d'appréciation au profit des États membres lors de l'adoption de la mesure, elle ne laisse que peu d'espace aux juridictions nationales dans l'exercice du contrôle de proportionnalité à proprement parlé⁹⁵³.

Dans ces décisions, la Cour prend en compte la liberté des États membres en amont lors du choix de la mesure restrictive. Toutefois, elle ne reconnaît aux juridictions de renvoi aucun pouvoir d'exercice du contrôle de proportionnalité, dans la mesure où elle l'exerce de manière précise et livre une réponse claire sans variable d'ajustement substantielle.

283. Exercice des marges d'appréciation par les États membres. L'exercice de l'ensemble du contrôle de proportionnalité par la Cour ne reflète toutefois pas la jurisprudence dominante. À de nombreuses reprises, la Cour se contente de dessiner des pistes pour exercer le contrôle sans pour autant qu'elle ne l'accomplisse elle-même. Dans l'arrêt *Dynamic Medien*, la Cour amorce un contrôle de proportionnalité dans lequel elle indique que la loi allemande en cause, limitant la vente par correspondance de vidéogrammes non classifiés par l'autorité compétente, entre dans le cadre de la marge d'appréciation reconnue aux États membres⁹⁵⁴. Elle constate ensuite que la loi ne semble pas aller au-delà de ce qui est nécessaire, puisqu'elle ne s'oppose pas à toute vente de vidéogrammes non contrôlés par l'autorité allemande, et encadre le contrôle par un certain

⁹⁴⁹ CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, prec., pts 84-87.

⁹⁵⁰ CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, prec., pts 88-92.

⁹⁵¹ CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, prec., pts 93-94.

⁹⁵² CJUE, 22 déc. 2010, *Sayn-Wittgenstein*, prec., pts 87, 91 et 93-95.

⁹⁵³ CJCE, 14 oct. 2004, *Omega*, prec., pts 31 et 37, puis 39-41.

⁹⁵⁴ CJCE, 14 fév. 2008, *Dynamic Medien*, prec., pt 44.

nombre d'impératifs. Il revient toutefois à la juridiction de renvoi d'effectuer le contrôle concret⁹⁵⁵.

En l'espèce, les États membres bénéficient d'une marge d'appréciation en amont mais également dans l'exercice du contrôle de proportionnalité. La même logique semble à l'œuvre dans la décision *Bogendorff von Wolffersdorff*⁹⁵⁶. Dans la décision *Viking*, l'ensemble du contrôle de la justification est abordé par le biais de la marge d'appréciation dont dispose la juridiction de renvoi. Si la Cour évoque les éléments que devra comporter le contrôle de proportionnalité, elle n'exerce aucun contrôle, précisant chaque fois qu'il revient à la juridiction nationale saisie du litige de se prononcer⁹⁵⁷.

284. Conséquence sur l'application des droits fondamentaux de l'Union. Eu égard aux différentes décisions, la répartition de l'exercice des marges d'appréciation n'apparaît pas de manière évidente. L'analyse des arrêts laisse toutefois entrevoir que la marge d'appréciation des États membres est naturellement très large en amont du contrôle par la Cour⁹⁵⁸. Lors du contrôle de proportionnalité, la Cour fait soit le choix d'exercer elle-même le contrôle, soit celui d'indiquer le raisonnement à suivre, tout en laissant le soin à la juridiction de renvoi de l'exercer. Dans tous les cas cependant, la Cour accepte les interprétations nationales du droit fondamental à protéger à condition d'avoir vérifié que celui-ci soit aussi protégé par les droits fondamentaux de l'Union⁹⁵⁹.

285. Conclusion. La justification aux entraves à une liberté économique par les droits fondamentaux de l'Union leur confère un rôle de limite. Dans les règles de justification des entraves, ceux-ci peuvent s'apparenter à un motif d'ordre public prévu par les traités ou à un intérêt légitime dans le sens développé par la Cour. Le contrôle d'une telle limitation par les droits fondamentaux doit toutefois faire l'objet d'un contrôle de proportionnalité de la mesure nationale restrictive afin de vérifier que l'objectif de protection du droit fondamental est bien proportionné à la limitation de la liberté économique qu'il implique. Cette limitation doit être nécessaire et proportionnée. Des marges d'appréciation dans le contrôle de proportionnalité sont consenties par la Cour aux États membres à la condition que le droit fondamental invoqué pour limiter la liberté économique soit également protégé

⁹⁵⁵ CJCE, 14 fév. 2008, *Dynamic Medien*, prec., pts 48-52.

⁹⁵⁶ CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, prec., pts 73 et 78-84.

⁹⁵⁷ CJCE, GC, 11 déc. 2007, *International Transport Workers' Federation*, prec., pts 80, 83-85, 87 et 90.

⁹⁵⁸ CJCE, 14 oct. 2004, *Omega*, prec., pt 37 ; CJCE, GC, 11 déc. 2007, *International Transport Workers' Federation*, prec., pt 40 ; CJCE, 14 fév. 2008, *Dynamic Medien*, prec., pt 44 ; CJUE, 22 déc. 2010, *Sayn-Wittgenstein*, prec., pt 91 ; CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, prec., pt 73.

⁹⁵⁹ D. EHLERS, « (§7) Allgemeine Lehren der Grundfreiheiten », *op. cit.*, pt 115 ; J. KOKOTT, C. SOBOTTA, « The Charter of Fundamental Rights of the European Union after Lisbon », *op. cit.*, p. 9-10.

par le droit de l'Union. En superposant un droit fondamental protégé par l'Union à celui invoqué par les États membres, la justification apportée à l'entrave est ainsi élevée au niveau européen. Cette nature européenne se retrouve également dans la seconde fonction des droits fondamentaux face à une entrave aux libertés économiques : la limite aux limites.

§2- Les droits fondamentaux : soutiens aux libertés économiques

286. L'examen de la justification à une entrave au regard des droits fondamentaux de l'Union peut être qualifié de limite aux limites ou de contre-limite aux libertés économiques. Cette qualification fait référence à la théorie des « *Schranken-Schranke* » développée par la doctrine allemande⁹⁶⁰. Cet examen vise à limiter les entraves apportées aux libertés économiques par un contrôle de la conformité des justifications à l'entrave au regard des droits fondamentaux. Concrètement, cet examen intervient en dernier lieu. Les droits fondamentaux peuvent être mobilisés pour la première fois à cette étape seulement lorsque la justification de l'entrave à une liberté économique ne concerne pas leur protection. Ils endossent alors une nouvelle fonction : la protection des libertés économiques. Les contenus des protections garanties par le droit fondamental et la liberté économique deviennent parallèles, voire cumulatifs⁹⁶¹, et le droit et la liberté se renforcent au contact l'un de l'autre⁹⁶². En matière de développement du marché commun, cette fonction de contre-limite confère aux droits fondamentaux un effet favorable à l'intégration (*integrationsfreundlich*)⁹⁶³. Cette fonction s'exerce principalement par l'interprétation de la justification à la lumière des droits fondamentaux (A). Toutefois, une limitation renforcée a été imposée à plusieurs reprises par le biais de l'exigence de conformité de la justification aux droits fondamentaux (B). La question se pose de savoir si la simple exigence d'interprétation conforme a glissé vers un renforcement de l'exigence ou si le contrôle de conformité ne représente que quelques cas isolés.

⁹⁶⁰ Cf. *supra*, §270.

⁹⁶¹ T. VON DANWITZ, « (§6) Gerichtlicher Schutz der Grundrechte », in : A. HATJE, P.-C. MÜLLER-GRAFF, C. GRABENWARTER (éd.), *Enzyklopädie Europarecht*, vol. 2 : Europäischer Grundrechtsschutz, Baden-Baden, Nomos, 2014, pt 54.

⁹⁶² H.D. JARASS, « Zum Verhältnis von Grundrechtecharta und sonstigem Recht », *EuR*, 2013, n° 1, p. 31.

⁹⁶³ T. VON DANWITZ, « (§6) Gerichtlicher Schutz der Grundrechte », *op. cit.*, pt 54.

A) L'interprétation conforme aux droits fondamentaux de la justification

287. L'interprétation conforme aux droits fondamentaux de la justification à une entrave peut être qualifiée de limitation simple aux limites. Elle a été développée sous l'empire des principes généraux du droit de l'Union (1) et ce n'est que par la suite, sous l'impulsion des discussions relatives à la Charte, que cette fonction des droits fondamentaux de l'Union a été contestée (2).

1. Le développement sous l'empire des principes généraux

288. Prémisses. L'assimilation des droits fondamentaux à une contre-limites aux libertés économiques trouve son origine dans la décision *Rutili* rendue en 1975⁹⁶⁴. La Cour y développe longuement le raisonnement qui doit être suivi lorsque la limitation d'une liberté économique est en cause. Il s'agit d'établir l'existence d'une liberté économique, d'une restriction à celle-ci, ainsi que d'une éventuelle justification. En précisant le contenu de la justification par des exigences d'ordre public, la Cour évoque toutefois qu'un encadrement des pouvoirs des États membres est nécessaire afin de garantir les droits protégés par la CESDH. Ainsi, « les atteintes portées [par les États membres], en vertu des besoins de l'ordre et de la sécurité publics, aux droits garantis [par la CESDH] ne sauraient dépasser le cadre de ce qui est nécessaire à la sauvegarde de ces besoins “dans une société démocratique” »⁹⁶⁵. Cette restriction à la liberté des États membres opérée par les droits fondamentaux dans la détermination de la justification aux entraves laissait présager qu'une fois la protection des droits fondamentaux érigée en principe dans l'Union européenne, cette logique était appelée à gagner en ampleur.

289. Fonction de limite aux limites des droits fondamentaux. Cette interprétation s'est vérifiée dans la décision *ERT* rendue seize ans plus tard. À l'image de la décision *Rutili*, la Cour développe la démarche à adopter lorsqu'une mesure nationale limite une liberté économique. En l'espèce, elle constate que l'entreprise grecque ERT dispose d'un monopole des droits cédé par l'État en matière de radio et télévision. L'analyse du fonctionnement de ce monopole révèle qu'il est susceptible d'entraver la libre prestation de services en limitant l'accès des émissions des autres États membres à la télévision grecque⁹⁶⁶. Une telle entrave pourrait être justifiée par la nécessité du maintien de l'ordre

⁹⁶⁴ CJCE, 28 oct. 1975, *Rutili*, prec.

⁹⁶⁵ CJCE, 28 oct. 1975, *Rutili*, prec., pts 26-32.

⁹⁶⁶ CJCE, 18 juin 1991, *ERT*, prec., pt 22.

public, de la santé publique ou de la sécurité publique, mais l'analyse laisse apparaître que ce n'est pas le cas en l'espèce⁹⁶⁷. La limitation apportée à la libre prestation de service par le monopole tel qu'il est cédé à ERT n'est donc pas conforme au droit de l'Union.

À la toute fin de la décision, la Cour s'intéresse à l'argument des droits fondamentaux soulevé dans les questions préjudicielles. Elle explique qu'il doit en être tenu compte lorsque la mesure nationale en cause entre dans le champ d'application du droit de l'Union. Ceci est tout particulièrement le cas lorsqu'un État membre se prévaut de l'une des justifications prévues par le traité pour limiter l'exercice d'une liberté économique. Par conséquent, cette justification doit être interprétée à la lumière des droits fondamentaux de l'Union⁹⁶⁸.

On peut en conclure qu'une mesure relative à une prestation de service interne à un État membre et issue de ses compétences propres appartient uniquement au champ d'application du droit des États membres tant qu'elle n'entrave pas une liberté économique. C'est la restriction à l'une des libertés qui ouvre le champ d'application du droit de l'Union et conditionne l'interprétation conforme aux droits fondamentaux de la justification à cette entrave. Cette logique a été confirmée par différentes décisions⁹⁶⁹ avant d'être remise en cause à l'occasion de la rédaction de la Charte.

2. Les incertitudes provoquées par la lettre de la Charte

290. Contestation de la fonction de contre-limites des droits fondamentaux. La rédaction de la Charte des droits fondamentaux est venue interroger le bien-fondé de cette fonction de contre-limite des droits fondamentaux. La lettre de l'article 51§1 indique en effet que la Charte s'applique aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Pour une partie de la doctrine allemande, cette rédaction réputée restrictive vise à écarter du champ d'application des droits fondamentaux de l'Union les cas de limitation des libertés économiques⁹⁷⁰. En effet, les États membres ne mettent pas strictement en œuvre le droit de l'Union lorsqu'ils limitent une liberté économique dans le cadre de leurs compétences propres⁹⁷¹. Pourtant, les documents relatifs aux débats de la Convention de

⁹⁶⁷ CJCE, 18 juin 1991, *ERT*, préc., pts 24-26.

⁹⁶⁸ CJCE, 18 juin 1991, *ERT*, préc., pts 41-45.

⁹⁶⁹ CJCE, 4 oct. 1991, aff. C-159/90, *Society for the protection of unborn children Ireland c/ Grogan e.a.* ; CJCE, 8 avril 1992, aff. C-62/90, *Commission c/ Allemagne* ; CJCE, 26 juin 1997, *Familiapress*, préc. ; CJCE, 17 sept. 2002, *Baumbast*, préc. ; CJCE, 29 avril 2004, aff. C-482 et 493/01, *Orfanopoulos et Oliveri* ; CJCE, 27 avril 2006, aff. C-441/02, *Commission c/ Allemagne*.

⁹⁷⁰ Cf. *supra*, §103.

⁹⁷¹ H.-P. FOLZ, *op. cit.*, Art. 51 GR-Charta, pt 6 ; T. KINGREEN, *op. cit.*, Art. 51 GRCh, pt 20 ; C. LADENBURGER, in : P.J. TETTINGER, K. STERN (éd.), *Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta*, Munich, C.H. Beck, 2006, Art. 51, pt 23 ; H.-W. RENGELING, P. SZCEKALLA,

rédaction de la Charte ne laissent pas apparaître qu'une analyse approfondie de la jurisprudence de la Cour de justice et de son bien-fondé soit à l'origine des termes de mise en œuvre de l'article 51§1. La différence entre les arrêts *Wachauf* et *ERT*⁹⁷² ne semble pas avoir été débattue et la volonté de s'inscrire dans la ligne jurisprudentielle préexistante semble primer dans les différentes propositions, amendements, communications et contributions⁹⁷³. Cette impression est corroborée par les Explications relatives à la Charte rédigées par le Présidium et « destinées à éclairer les dispositions de la Charte à la lumière des discussions qui se sont tenues au sein de la Convention »⁹⁷⁴.

291. Confirmation de la fonction de contre-limites des droits fondamentaux. Après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, qui a donné à la Charte son caractère contraignant, la fonction de contre-limite des droits fondamentaux a été confirmée. D'une part, l'arrêt *Åkerberg Fransson* rendu en 2013 est venu corroborer la logique générale engagée par la décision *ERT* en matière de champ d'application des droits fondamentaux. Les droits fondamentaux s'appliquent toujours aux États membres « dans les situations régies par le droit de l'Union », c'est-à-dire dans le champ d'application du droit de l'Union. À titre de justification, la Cour renvoie notamment à l'arrêt *ERT*⁹⁷⁵. D'autre part, l'arrêt *Pfleger* a spécifiquement confirmé que la justification des entraves aux libertés économiques devait être interprétée à la lumière des droits fondamentaux contenus dans la Charte⁹⁷⁶. La Cour estime en effet que « lorsqu'un État membre invoque des raisons impérieuses d'intérêt général pour justifier une réglementation qui est de nature à entraver l'exercice de la libre prestation des services, cette justification, prévue par le droit de l'Union, doit être interprétée à la lumière des principes généraux du droit de l'Union et notamment des droits fondamentaux désormais garantis par la Charte »⁹⁷⁷. L'arrêt *ERT* est de nouveau cité à l'appui.

Grundrechte in der Europäischen Union, op. cit., §4, pt 295 ; D.H. SCHEUING, « Zur Grundrechtsbindung der EU-Mitgliedstaaten », *EuR*, 2005, n° 2, p. 187 ; F. WOLLENSCHLÄGER, « Anwendbarkeit der EU-Grundrechte im Rahmen einer Beschränkung von Grundfreiheiten », op. cit., p. 578.

⁹⁷² CJCE, 13 juill. 1989, aff. C-5/88, *Wachauf c/ Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft* et CJCE, 18 juin 1991, aff. C-260/89, *ERT c/ DEP*.

⁹⁷³ Voir notamment : Présentation du Secrétariat, CHARTE 4111/00, p. 2 ; Proposition du Présidium, CHARTE 4423/00, explications relatives à l'article 49 ; Contribution de l'Association des Femmes de l'Europe Méridionale, CHARTE 4314/00, CHARTE 4472/00, CHARTE 4486/00, observations relatives à l'article 49 ; Communication de la Commission, CHARTE 4477/00, p. 11 ; Explications relatives à la Charte du Présidium, CHARTE 4471/00 et suivants, explications relatives à l'article 50, puis 51. En ce sens : C. LADENBURGER, op. cit., Art. 51, pt 23.

⁹⁷⁴ CHARTE 4471/00, termes introductifs.

⁹⁷⁵ CJUE, GC, 26 févr. 2013, *Åkerberg Fransson*, prec., pt 19.

⁹⁷⁶ Cf. *supra*, §132.

⁹⁷⁷ CJUE, 30 avril 2014, aff. C-390/12, *Pfleger e.a.*, pt 35. En ce sens également : CJUE, 8 mai 2019, aff. C-230/18, *PI*, pts 62-64.

Une mesure nationale entravant une liberté économique appartient donc au champ d'application du droit de l'Union et la justification apportée à cette entrave doit être interprétée conformément aux droits fondamentaux de l'Union. Une incertitude demeure toutefois quant au degré de conformité de la justification à l'égard des droits fondamentaux.

B) La conformité de la justification aux droits fondamentaux

292. Accroissement de l'exigence de respect des droits fondamentaux. Aux premiers abords, la décision *Carpenter* semble être venue ajouter une exigence plus importante dans le contrôle de la justification. Elle semble avoir fait passer l'exigence *d'interprétation de la justification à la lumière des droits fondamentaux* à une exigence de *conformité de la justification aux droits fondamentaux*.

Pour cette raison entre autres, cette décision a été relativement mal accueillie par les doctrines allemandes et française⁹⁷⁸. De l'avis général, la Cour semble forcer les limites de la jurisprudence des contre-limites. En l'espèce, M^{me} Carpenter, de nationalité philippine, était menacée d'expulsion après être restée au Royaume-Uni au-delà du délai de six mois autorisé par sa qualité de visiteur. Afin de faire annuler la décision d'expulsion prise à son encontre, elle forme un recours devant les juridictions britanniques dans lequel elle fait valoir qu'elle s'est entre-temps mariée avec M. Carpenter, ressortissant britannique et dirigeant d'une entreprise de vente d'espace publicitaire. L'entreprise propose une prestation de service qui dépasse le cadre national, puisqu'elle travaille avec des annonceurs établis dans d'autres États membres. Pour les besoins de son travail, M. Carpenter est donc amené à voyager au sein de l'Union européenne. M^{me} Carpenter estime que son mari ne pourrait assurer le développement de son entreprise si elle était expulsée au motif qu'elle assure les charges de la maison en son absence, à savoir la gestion des enfants de son mari et les travaux ménagers. Elle serait donc indispensable à l'exercice par son mari de la libre prestation de service. La juridiction britannique a saisi la Cour de justice d'une question préjudicielle afin de déterminer si l'expulsion de M^{me} Carpenter était à ce titre conforme au droit de l'Union. Dans sa décision, la Cour a repris le raisonnement de M^{me} Carpenter à son compte pour en déduire que la séparation des époux constituerait une entrave à la liberté de prestation de service de son mari. Elle précise ensuite que pour respecter le droit de l'Union,

⁹⁷⁸ C. LADENBURGER, *op. cit.*, Art. 51, pt 37 ; M. LUBY, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. II-Circulation des personnes et des services », *JDI*, Avril 2003, n° 2, p. 593-596 ; S. PUTH, « Die unendliche Weite der Grundfreiheiten des EG-Vertrags », *EuR*, 2002, n° 6, p. 860-876 ; M. RUFFERT, « Schlüsselfragen der Europäischen Verfassung der Zukunft Grundrechte - Institutionen - Kompetenzen – Ratifizierung », *EuR*, 2004, n° 2, p. 170-171 ; D.H. SCHEUING, « Zur Grundrechtsbindung der EU-Mitgliedstaaten », *op. cit.*, p. 165-166.

cette entrave doit être justifiée par un motif d'intérêt général et être *conforme* aux droits fondamentaux garantis par le droit de l'Union. En l'espèce, tel n'est pas le cas. La mesure restrictive de la liberté économique en cause étant contraire au droit au respect de la vie familiale, elle n'est pas conforme au droit de l'Union⁹⁷⁹. M^{me} Carpenter est donc susceptible de retirer un droit de séjour de la libre prestation de service exercée par son mari et de l'exigence de conformité au droits fondamentaux de la mesure restrictive.

293. Critiques. Le raisonnement proposé par la Cour a été fortement critiqué au motif qu'il élargit considérablement le champ d'application des droits fondamentaux de l'Union et, par conséquent, celui du droit de l'Union⁹⁸⁰. La partie la plus étonnante du raisonnement nous paraît pourtant être celle relative à l'appréciation selon laquelle M. Carpenter ne pouvait exercer son droit à la libre prestation de service en l'absence de sa femme. L'extension à un tiers du droit tiré de la liberté de prestation de service d'un ressortissant européen semble en effet hasardeuse⁹⁸¹ tant le lien entre la présence d'une femme au foyer et l'exercice de la libre prestation de service apparaît distendu. Allan Rosas rappelle à ce titre que le citoyen européen exerçant sa liberté de circulation, en l'espèce M. Carpenter, ne peut faire entrer dans le droit de l'Union toutes les violations des droits fondamentaux, y compris celles subies par sa femme, dans la mesure où elle-même n'a pas exercé cette liberté. Seules les restrictions nationales à la libre circulation exercée sont susceptibles d'engendrer l'application des droits fondamentaux de l'Union⁹⁸². Pour en arriver à une telle conclusion, la Cour opte pour une démarche strictement finaliste. Elle considère que la finalité du potentiel droit de séjour doit être prise en compte afin de déterminer son effet sur l'effectivité de la libre prestation de service. Seul cet effet décidera de l'octroi ou non du droit de séjour. À ce titre, Dirk Ehlers remarque que la différence notoire entre les droits fondamentaux de l'Union et les libertés économiques se situe dans leurs propres finalités. Les secondes n'existent que pour la mise en place du marché intérieur européen et non pour garantir les droits et libertés individuels, comme c'est le cas des droits fondamentaux⁹⁸³. Ici, les libertés économiques sont mises au service des droits fondamentaux.

⁹⁷⁹ CJCE, 11 juill. 2002, aff. C-60/00, *Carpenter*, pts 28-30 et 39-46.

⁹⁸⁰ C. LADENBURGER, *op. cit.*, Art. 51, pt 37 ; M. LUBY, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes ... », *op. cit.*, p. 593-596 ; S. PUTH, « Die unendliche Weite der Grundfreiheiten des EG-Vertrags », *op. cit.*, p. 860-876 ; M. RUFFERT, « Schlüsselfragen der Europäischen Verfassung der Zukunft Grundrechte ... », *op. cit.*, p. 170-171 ; D.H. SCHEUING, « Zur Grundrechtsbindung der EU-Mitgliedstaaten », *op. cit.*, p. 165-166.

⁹⁸¹ CJCE, 11 juill. 2002, *Carpenter*, *prec.*, pts 34-39.

⁹⁸² A. ROSAS, « When is the EU Charter of fundamental Rights applicable at National Level ? », in : *Jurisprudencija, Mykolas Romeris University*, 2012, vol. 19, n° 4, p. 1278-1279.

⁹⁸³ D. EHLERS, « (§14) Allgemeine Lehren der Unionsgrundrechte », *op. cit.*, 3^{ème} éd., 2009, pt 13. Voir également : T. VON DANWITZ, « (§6) Gerichtlicher Schutz der Grundrechte », *op. cit.*, pt 54.

Une fois l'octroi du droit de séjour reconnu à un tiers et la libre prestation de service limitée mais justifiée, la mise en œuvre du contrôle au regard des droits fondamentaux apparaît cohérente. Pourtant, la Cour ne suit pas *stricto sensu* sa propre méthode de contrôle de justification à une entrave. Si elle estime que l'entrave peut être justifiée par le maintien de l'ordre public et de la sécurité publique, elle amorce l'étape de la justification par l'examen du respect du droit fondamental à la vie familiale⁹⁸⁴ et le poursuit par un rapide contrôle de proportionnalité entre le droit fondamental et l'intérêt général poursuivi⁹⁸⁵. Or, conformément à sa jurisprudence antérieure, un tel contrôle ne devrait apparaître que dans un troisième temps, après que la validité de la justification en tant que telle ait été vérifiée. Ce contrôle précipité rappelle le cas de figure des limites aux entraves dans lequel le contrôle des droits fondamentaux se confond avec le contrôle de la justification à la limite⁹⁸⁶. Dans l'arrêt *Carpenter*, la finalité des droits fondamentaux reste celle d'une limite aux limites, étant donné qu'ils ne servent pas à limiter une liberté économique mais bien à la garantir. Cette approche reste donc énigmatique.

Elle a pourtant été confirmée en 2014 par la décision *S. et G.* dans laquelle la Cour indique que la logique à l'œuvre dans l'une doit être transposée à l'autre⁹⁸⁷. Le cas est relativement proche de la décision *Carpenter*, bien que la liberté de circulation des personnes et non la liberté de prestation de service soit en cause. L'élément déterminant dans l'analyse de la limite et de sa justification est également la finalité du droit de séjour en tant que garantie de la liberté de circulation d'un citoyen de l'Union⁹⁸⁸.

294. Rôle des droits fondamentaux. Outre l'application des droits fondamentaux à une situation qui ne relève que partiellement du droit de l'Union, une évolution de fond quant au rôle des droits fondamentaux a également été attribuée à la décision *Carpenter*. La décision exige en effet une véritable conformité aux droits fondamentaux de l'Union de la justification résultant d'une entrave à une liberté économique⁹⁸⁹. Selon Lamprini Xenou, il s'agit d'un pas supplémentaire car la décision *ERT* ne visait qu'une interprétation de la justification à la lumière des droits fondamentaux⁹⁹⁰ et non une réelle conformité⁹⁹¹.

⁹⁸⁴ CJCE, 11 juill. 2002, *Carpenter*, prec., pts 41-42.

⁹⁸⁵ CJCE, 11 juill. 2002, *Carpenter*, prec., pts 43-44.

⁹⁸⁶ Cf. *supra*, §266.

⁹⁸⁷ CJUE, GC, 12 mars 2014, aff. C-457/12, *S. et G.*, pt 40.

⁹⁸⁸ CJUE, GC, 12 mars 2014, *S. et G.*, prec., pts 41-42.

⁹⁸⁹ CJCE, 11 juill. 2002, *Carpenter*, prec., pt 40.

⁹⁹⁰ CJCE, 18 juin 1991, *ERT*, prec., pt 43.

⁹⁹¹ L. XENOU, *Les principes généraux du droit de l'Union européenne et la jurisprudence administrative française*, op. cit., p. 117.

Selon Dirk Ehlers, les droits fondamentaux pourraient donc remplir deux fonctions distinctes quant à leur degré d'implication lorsqu'ils sont invoqués comme contres-limites. D'une part, ils incarneraient une limitation simple lorsqu'ils représenteraient une règle d'interprétation de la justification. D'autre part, ils se révéleraient être une contre-limite renforcée lorsque la conformité de la justification serait exigée avec eux⁹⁹². Allan Rosas distingue ces deux fonctions par le fait que l'une seulement ouvre la porte à une application de l'ensemble des dispositions de la Charte⁹⁹³, tandis que l'autre n'exige qu'une absence de violation manifeste. Sébastien Platon donne un exemple éclairant de cette seconde fonction : l'interprétation à la lumière des droits fondamentaux de l'Union se retrouve dans les cas où la Cour accepte d'interpréter le droit de l'Union alors que tous les éléments du litige sont internes. L'objectif poursuivi est d'aider la juridiction nationale à « faire bénéficier un justiciable des mêmes droits que ceux qu'un ressortissant d'un autre État membre tirerait du droit de l'Union européenne dans la même situation ». « Le fait que la Cour accepte de répondre à une question préjudicielle en interprétation à l'occasion d'un litige purement interne ne signifie pas que le droit de l'Union européenne soit applicable à ce litige : c'est même précisément parce que le droit de l'Union européenne ne peut s'y appliquer, et donc ne peut corriger la discrimination à rebours, que la Cour estime qu'il lui appartient de donner au juge national toute interprétation que ce dernier jugera utile afin de corriger la discrimination à rebours sur le fondement du principe d'égalité tel qu'il résulte du droit national »⁹⁹⁴.

La question se pose alors de déterminer si, en matière de contre-limites aux libertés économiques, il s'agit réellement de deux fonctions distinctes des droits fondamentaux. En ce cas, l'exigence posée dans l'arrêt *ERT* aurait été renforcée pour devenir une obligation de conformité aux droits fondamentaux. Sans pouvoir répondre de manière catégorique, un certain nombre d'indices apparaissent dans la jurisprudence. La notion de *conformité aux droits fondamentaux* apparaît déjà en 1991 dans la décision *Society for the Protection of Unborn Children Ireland*⁹⁹⁵, tout comme dans la décision *ERT*⁹⁹⁶. Elle se retrouve plus récemment dans l'arrêt *Pfleger*⁹⁹⁷, pris après confirmation de l'ensemble de la jurisprudence

⁹⁹² D. EHLERS, « (§7) Allgemeine Lehren der Grundfreiheiten », *op. cit.*, pt 123.

⁹⁹³ A. ROSAS, « When is the EU Charter of fundamental Rights applicable at National Level ? », *op. cit.*, p. 1278.

⁹⁹⁴ S. PLATON, « Le champ d'application des droits du citoyen européen après les arrêts Zambrano, McCarthy et Dereci », *RTD Eur.*, 2012, n° 1, p. 23.

⁹⁹⁵ CJCE, 4 oct. 1991, *Society for the protection of unborn children Ireland*, *prec.*, pt 31.

⁹⁹⁶ CJCE, 18 juin 1991, *ERT*, *prec.*, pt 43.

⁹⁹⁷ CJUE, 30 avril 2014, *Pfleger*, *prec.* Confirmé notamment par : CJUE, GC, 21 mai 2019, aff. C-235/17, *Commission c/ Hongrie (Usufruits sur terres agricoles)*, pts 64 et s.

antérieure à la Charte⁹⁹⁸. De ces observations ressort l'hypothèse selon laquelle la Cour ne ferait pas de différence entre les deux acceptions utilisées, c'est à dire entre la fonction de limite simple et de limite renforcée à la justification. Pour entraver une liberté économique, une véritable conformité de la mesure nationale aux droits fondamentaux de l'Union serait par conséquent exigée. Réciproquement, les situations d'entrave à une liberté économique appartiendraient au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union. Ceux-ci deviennent ainsi une puissante contre-limite aux entraves aux libertés économiques venant servir le maintien du marché commun.

295. Conclusion. À l'inverse de la fonction de limite dévolue aux droits fondamentaux de l'Union, la fonction de contre-limite aux libertés économiques vient renforcer ces dernières face au droit national. La restriction de la libre circulation par une mesure nationale ouvre donc le champ d'application du droit de l'Union et conditionne ainsi la prise en compte des droits fondamentaux à différents niveaux. L'objectif poursuivi par la Cour dans le développement du contrôle des mesures nationales entravant les libertés économiques est principalement celui de la protection de l'ordre juridique européen. En effet, la mesure nationale à l'origine du contrôle ne met pas en œuvre *stricto sensu* le droit de l'Union mais son appartenance aux champs d'application du droit de l'Union et des droits fondamentaux sert la finalité du droit de l'Union. Ce constat est plus marquant encore dans l'interprétation du champ d'application des droits fondamentaux de l'Union en relation avec le statut de citoyen européen.

Section 3. Les apports de la notion de citoyenneté européenne au contrôle des libertés économiques

296. La citoyenneté européenne est née du traité de Maastricht en 1992. Elle est aujourd'hui consacrée par les articles 20 à 24 du TFUE et émane directement de la possession par une personne de la nationalité d'un État membre. Selon les termes du traité, elle s'ajoute à la citoyenneté nationale. Un certain nombre de droits et devoirs découlent de la citoyenneté européenne, tels que les libertés de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres ou les droits de vote et d'éligibilité à certaines élections. Aux termes des principes qui régissent le fonctionnement de l'Union, et notamment du principe

⁹⁹⁸ CJUE, GC, 26 fév. 2013, *Åkerberg Fransson*, prec.

d'attribution des compétences⁹⁹⁹, la possession de la citoyenneté européenne ne peut ouvrir par son seul effet le champ d'application du droit de l'Union. Autrement dit, la qualité de citoyen de l'Union ne permet pas d'invoquer le droit de l'Union hors de son champ d'application. Il en va de même pour les droits fondamentaux de l'Union.

Pour autant, sur le modèle des entraves à une liberté économique, la Cour de justice a développé une jurisprudence très spécifique tirée de la liberté de circulation et de séjour des citoyens européens. Celle-ci s'intéresse aux entraves substantielles aux droits découlant de la citoyenneté de l'Union. L'application du droit de l'Union impliquant en règle générale celle des droits fondamentaux de l'Union, il semble que ceux-ci se trouvent opposables dans une autre constellation que celle de mise en œuvre ou de limitation directe des libertés économiques¹⁰⁰⁰. Cette jurisprudence concerne trois situations spécifiques relatives à la citoyenneté européenne, à savoir la perte de citoyenneté, la privation de la jouissance du droit de séjour sur le territoire européen et le droit de séjour dérivé des membres de la famille d'un citoyen sur le territoire européen. La justification de l'appartenance de ces situations au droit de l'Union peut être tirée de deux éléments (§1). Si la situation entre dans le cadre de ces deux éléments, les rôles que les droits fondamentaux sont appelés à jouer sont susceptibles de différer de leur champ d'application classique (§2).

§1- Les conditions essentielles à l'ouverture du champ d'application du droit de l'Union par le simple effet de la citoyenneté européenne

297. Les situations conduisant à l'application du droit de l'Union en dehors des cas de sa stricte mise en œuvre doivent répondre à un certain nombre de critères. Ceux exigés en présence d'une entrave aux libertés économiques ont été exposés précédemment. Deux éléments se distinguent néanmoins pour permettre l'ouverture du champ d'application du droit de l'Union par la seule qualité de citoyen de l'Union lorsqu'une atteinte est portée aux droits inhérents à cette qualité. D'une part, l'exigence d'un critère d'extranéité propre à la situation est largement assouplie (A). D'autre part, la situation doit présenter un risque de

⁹⁹⁹ Cf. *supra*, §69.

¹⁰⁰⁰ En ce sens, voir : J.-P. JACQUE, « La Cour de justice face à l'article 51 de la Charte des droits fondamentaux. Timidité ou perspectives d'ouverture », in : *Scrutinizing internal and external dimensions of European law. Liber amicorum Paul Demaret*, vol. 1, Bruxelles, PIE-Peter Lang, 2013, p. 219-220.

privation de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen européen (B).

A) Le recul du critère d'extranéité propre aux libertés économiques

298. Le critère d'extranéité est fondamental à l'ouverture du champ d'application du droit de l'Union en cas d'entrave à une liberté économique¹⁰⁰¹. Pourtant, le risque de violation des droits conférés par la citoyenneté européenne semble avoir réduit en deux points les exigences liées à ce critère. L'extranéité a d'un côté été abandonnée afin de protéger la jouissance des droits essentiels à cette citoyenneté (1) et d'un autre côté été assouplie afin de protéger l'effectivité des droits de circulation et de séjour, résultante de la citoyenneté, en ce qui concerne le droit de séjour dérivé des membres de la famille (2).

1. L'abandon en matière de droits essentiels à la citoyenneté

299. Fonction du critère d'extranéité. En cas d'entrave à une liberté économique, le critère d'extranéité implique qu'il y ait eu exercice de l'une des libertés, donc franchissement d'une frontière entre deux États membres par une personne, un service, un bien ou des capitaux¹⁰⁰². La Cour de justice a néanmoins renoncé à ce critère dans deux situations spécifiques afin de garantir les droits tirés de la citoyenneté européenne contre une entrave.

300. La perte de la citoyenneté. La Cour a renoncé au critère d'extranéité en cas de risque de perte de la citoyenneté européenne en 2010 dans la décision *Rottmann*¹⁰⁰³ à l'occasion d'une question préjudicielle posée à la Cour par la Cour administrative fédérale d'Allemagne. La question concernait le retrait rétroactif de la nationalité allemande à un ancien citoyen autrichien naturalisé depuis peu. Le retrait de la naturalisation allemande était motivé par la dissimulation à l'administration des poursuites pour escroquerie aggravée dont il faisait l'objet en Autriche. Or, il s'avère que par l'acquisition de la nationalité allemande, le requérant avait automatiquement perdu la nationalité autrichienne. Le problème résidait donc dans le fait que les questions relatives à l'acquisition et à la perte

¹⁰⁰¹ Cf. *supra*, §253. Voir également : S. PLATON, « Le champ d'application des droits du citoyen européen après les arrêts Zambrano, McCarthy et Dereci », *op. cit.*, p. 23.

¹⁰⁰² Par exemple : CJCE, 5 juin 1997, aff. C-64 et 65/96, *Land Nordrhein-Westfalen c/ Uecker et Jacquet c/ Land Nordrhein-Westfalen*, pt 23 : « la citoyenneté de l'Union, prévue à l'article 18 du traité CE [article 20 du TFUE], n'a pas pour objectif d'étendre le champ d'application matériel du traité également à des situations internes n'ayant aucun rattachement au droit communautaire ».

¹⁰⁰³ CJUE, GC, 2 mars 2010, aff. C-135/08, *Rottmann*.

de nationalité relevaient de la compétence exclusive des États membres, mais la perte de la nationalité allemande conduisait à rendre le requérant apatride et à lui faire perdre la citoyenneté européenne ainsi que les droits y afférents.

Eu égard aux lourdes conséquences et afin de s'assurer de la nécessité du retrait de la nationalité, la Cour de justice s'est estimée compétente et a enjoint la juridiction de renvoi à contrôler la situation au regard du droit de l'Union. S'il ressort de la décision que le citoyen a exercé sa liberté de circulation en se déplaçant de l'Autriche vers l'Allemagne, la Cour ne s'appuie à aucun moment sur cet élément d'extranéité pour estimer que le droit de l'Union doit s'appliquer à une telle situation¹⁰⁰⁴. Elle indique simplement que « le fait qu'une matière ressortit à la compétence des États membres n'empêche pas que, dans des situations relevant du droit de l'Union, les règles nationales concernées doivent respecter ce dernier »¹⁰⁰⁵. En l'espèce, la perte de la citoyenneté européenne du fait de l'application d'une mesure nationale a pour conséquence de faire entrer la situation dans le champ d'application du droit de l'Union¹⁰⁰⁶. Le risque de perte de la citoyenneté écarte donc bien le critère d'extranéité¹⁰⁰⁷.

301. La privation de la jouissance du droit de séjour. De même, le retrait du critère d'extranéité en cas d'entrave à la citoyenneté européenne a été décidé dans l'emblématique décision *Ruiz Zambrano*¹⁰⁰⁸. Il s'agissait en l'espèce de déterminer si les parents Zambrano, de nationalité colombienne, étaient susceptibles d'obtenir un droit de séjour dérivant du droit de leurs deux enfants, citoyens européens de nationalité belge et âgés de 7 et 5 ans à l'époque des faits, de séjourner sur le territoire de l'Union. En l'occurrence, les deux enfants Zambrano n'avaient jamais quitté la Belgique depuis leur naissance. Le litige ne comportait donc aucun caractère transfrontalier. Toutefois, les enfants ne pouvant vivre seuls du fait de leur jeune âge, le refus d'octroyer un droit de séjour à leurs parents aurait eu pour effet de leur faire quitter le territoire de l'Union.

De même que dans la décision *Rottmann* sur laquelle elle s'appuie, la Cour estime que « l'article 20 TFUE s'oppose à des mesures nationales ayant pour effet de priver les citoyens de l'Union de la jouissance [...] des droits conférés par leur statut de citoyen de

¹⁰⁰⁴ Contrairement aux conclusions de l'avocat général Pociès Maduro présentées le 30 septembre 2009, pt 11, sous CJUE, GC, 2 mars 2010, *Rottmann*, prec.

¹⁰⁰⁵ CJUE, GC, 2 mars 2010, *Rottmann*, prec., pt 41.

¹⁰⁰⁶ CJUE, GC, 2 mars 2010, *Rottmann*, prec., pts 42-46.

¹⁰⁰⁷ En ce sens : S. PLATON, « Le champ d'application des droits du citoyen européen après les arrêts *Zambrano*, *McCarthy* et *Dereci* », *op. cit.*, p. 23 ; L. XENOU, *Les principes généraux du droit de l'Union européenne et la jurisprudence administrative française*, *op. cit.*, p. 126-127.

¹⁰⁰⁸ CJUE, GC, 8 mars 2011, aff. C-34/09, *Ruiz Zambrano*.

l'Union »¹⁰⁰⁹. Au même titre que la perte de la citoyenneté, la privation de la jouissance de certains droits qui en découlent permet d'écarter l'exigence d'extranéité propre à l'application du droit de l'Union et de lui rattacher les cas d'entrave à l'exercice de la citoyenneté européenne¹⁰¹⁰. Il apparaît donc que « la situation d'un citoyen de l'Union qui [...] n'a pas fait usage du droit de libre circulation ne saurait, de ce seul fait, être assimilée à une situation purement interne »¹⁰¹¹. Cette solution a été confirmée au point que la Cour considère désormais « qu'il existe des situations très particulières dans lesquelles, en dépit du fait que le droit secondaire relatif au droit de séjour des ressortissants de pays tiers n'est pas applicable et que le citoyen de l'Union concerné n'a pas fait usage de sa liberté de circulation, un droit de séjour ne saurait, exceptionnellement, être refusé à un ressortissant d'un pays tiers, membre de la famille dudit citoyen [...] »¹⁰¹².

302. Fondement de l'absence d'extranéité. Cette jurisprudence très spécifique semble se fonder sur deux explications. D'une part, de manière identique au contrôle d'une entrave à une liberté économique, le droit de l'Union doit être applicable aux situations en apparence strictement nationales dès lors que celles-ci portent atteinte aux droits protégés par l'Union. L'effet utile¹⁰¹³ du droit de l'Union européenne devient ainsi prépondérant dans l'interprétation et l'application des conditions d'ouverture du champ d'application du droit de l'Union. D'autre part, cette manière de donner à la citoyenneté européenne une applicabilité directe quand son principe même est menacé s'apparente à la façon qu'a la Cour de justice d'aborder une entrave à une liberté économique. L'objectif est d'en préserver son essence. Sans aller jusqu'à apparenter la citoyenneté européenne à une cinquième liberté économique, celles-ci présentent dans leurs contrôles un certain nombre de similitudes. Toutefois, l'étendue de cet aspect de l'application du droit de l'Union propre à garantir la citoyenneté européenne se concentre sur des situations spécifiques et relativement exceptionnelles. À la perte de citoyenneté et la privation de la jouissance du

¹⁰⁰⁹ CJUE, GC, 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, *prec.*, pt 42.

¹⁰¹⁰ S. PLATON, « Le champ d'application des droits du citoyen européen après les arrêts *Zambrano*, *McCarthy* et *Dereci* », *op. cit.*, p. 23.

¹⁰¹¹ CJUE, 5 mai 2011, *aff. C-434/09, McCarthy*, pt 46 ; CJUE, GC, 15 nov. 2011, *aff. C-256/11, Dereci e.a.*, pt 61 ; CJUE, GC, 13 sept. 2016, *CS, prec.*, pt 23.

¹⁰¹² CJUE, 8 nov. 2012, *Iida*, *prec.*, pt 71 ; CJUE, 8 mai 2013, *aff. C-87/12, Ymeraga et Ymeraga-Tafarshiku*, pt 36 ; CJUE, 10 oct. 2013, *aff. C-86/12, Alokpa et Moudoulou*, pt 32 ; CJUE, GC, 13 sept. 2016, *Rendón Marín*, *prec.*, pt 74 ; CJUE, GC, 13 sept. 2016, *CS, prec.*, pt 29. Sur la question des « situations purement internes », voir : F. MARTUCCI, « Situations purement internes et libertés de circulation », in : É. DUBOUT, A. MAITROT DE LA MOTTE, *L'unité des libertés de circulation*, *op. cit.*, p. 43-104.

¹⁰¹³ CJUE, 8 nov. 2012, *Iida*, *prec.*, pt 71 ; CJUE, 8 mai 2013, *aff. C-87/12, Ymeraga et Ymeraga-Tafarshiku*, pt 36 ; CJUE, 10 oct. 2013, *aff. C-86/12, Alokpa et Moudoulou*, pt 32 ; CJUE, GC, 13 sept. 2016, *Rendón Marín*, *prec.*, pt 74 ; CJUE, GC, 13 sept. 2016, *CS, prec.*, pt 29.

droit de séjour s'ajoutent les situations relatives au droit de séjour dérivé pour les membres de la famille.

2. L'assouplissement en matière de droit de séjour dérivé

303. Problématique du droit de séjour dérivé des membres de la famille. Le critère d'extranéité dans l'octroi de droits de séjour dérivés aux membres de la famille d'un citoyen européen a également fait l'objet d'un assouplissement fondé sur la citoyenneté européenne. L'article 20§2 du TFUE énumère un certain nombre de droits garantis par la citoyenneté, dont les libertés de circulation et de séjour sur le territoire des autres États membres. Ceux-ci sont repris à l'article 21§1 du TFUE. Pour l'application de ces dispositions, la directive 2004/38/CE relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et séjourner librement sur le territoire des États membres a, entre autres, été adoptée¹⁰¹⁴. Elle « s'applique à tout citoyen de l'Union qui se rend ou séjourne dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité, ainsi qu'aux membres de sa famille [...] qui l'accompagnent ou le rejoignent »¹⁰¹⁵. Cette directive ne s'applique que pour un séjour des membres de la famille dans un État membre dont le citoyen européen ne possède pas la nationalité. Cette condition a déclenché principalement deux problématiques relatives aux membres de la famille citoyens d'un État tiers. D'une part, qu'advient-il de ces membres de la famille lorsque le citoyen européen choisit de rentrer dans son État membre d'origine dont il possède la nationalité ? D'autre part, le droit de séjour dérivé de ces mêmes membres de la famille disparaît-il lorsque le citoyen européen se rend dans un autre État membre duquel il possède également la nationalité ou lorsqu'il acquiert la nationalité de l'État membre d'accueil ? La Cour a estimé que s'arrêter à une stricte interprétation de la directive en matière d'extranéité serait susceptible de constituer une entrave à la liberté de circulation¹⁰¹⁶. Elle a donc proposé un raisonnement moins sévère fondé sur les droits garantis par la citoyenneté européenne.

304. Retour du citoyen dans son État membre d'origine. La directive prise en application du droit à la circulation et au séjour des citoyens prévoit les cas de départ de l'État membre d'origine vers un État membre d'accueil mais pas les cas de retour. Lorsque les membres de la famille sont eux aussi citoyens de l'Union, voire citoyens de l'État

¹⁰¹⁴ Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE.

¹⁰¹⁵ Directive 2004/38/CE, article 3§1.

¹⁰¹⁶ CJUE, GC, 12 mars 2014, aff. C-456/12, O., pt 45.

membre d'origine, le regroupement familial ne pose aucun problème au retour. En revanche, lorsque les membres de la famille sont issus d'un État tiers, la directive ne prévoit pas de droit de séjour dérivé à leur profit dans l'État membre d'origine du citoyen européen. Il n'y a plus de critère d'extranéité directe puisque le citoyen européen séjourne de nouveau dans l'État membre dont il a la nationalité. Face à cette difficulté, la Cour a développé une jurisprudence plus protectrice de ces situations à l'aide de la citoyenneté et des droits qu'elle engendre. Ainsi, si la directive ne prévoit que les cas de départ, « elle vise à faciliter l'exercice du droit fondamental et individuel de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres qui est conféré directement aux citoyens de l'Union par l'article 21, paragraphe 1, TFUE et [...] a notamment pour objet de renforcer ledit droit »¹⁰¹⁷. Or, il s'avère que ledit droit implique tant le droit de quitter son État membre d'origine pour un autre que d'y retourner. La Cour a donc estimé par analogie que la directive devait être interprétée de la même manière pour les situations de retour, même si l'installation concerne un citoyen européen dans son propre État membre¹⁰¹⁸.

Cette conclusion s'applique lorsqu'un citoyen de l'Union ayant exercé sa liberté de circulation et de séjour pour aller travailler pendant une période d'un an et demi dans un autre État membre, où sa fille de nationalité Suriname l'a rejoint, rentre dans son État membre d'origine. Le fait que celui-ci n'exerce aucun emploi à son retour dans l'État dont il possède la nationalité ne doit avoir aucune incidence sur le droit de séjour dérivé dont bénéficie sa fille¹⁰¹⁹. Ce raisonnement s'applique également à un couple homosexuel marié lorsque l'État membre dont l'un des partenaires possède la nationalité et dans lequel il souhaite venir se réinstaller avec son mari de nationalité d'un État tiers ne reconnaît pas le mariage homosexuel¹⁰²⁰. À l'inverse, lorsqu'un citoyen européen ayant exercé sa liberté de circulation et de séjour rentre dans l'État membre dont il possède la nationalité, sa femme ne peut plus bénéficier d'un droit de séjour dans l'État membre dans lequel ils ont séjourné ensemble, bien que la procédure d'éloignement à son encontre doive respecter les conditions posées par la directive¹⁰²¹.

Cette jurisprudence trouve ses limites dans le type de séjour effectué par le citoyen européen dans l'État membre d'accueil. Celui-ci doit être « effectif ». La Cour se réfère à

¹⁰¹⁷ CJUE, GC, 12 mars 2014, *O.*, *prec.*, pt 35.

¹⁰¹⁸ CJCE, GC, 11 déc. 2007, *aff. C-291/05, Eind*, pt 39 ; CJUE, GC, 12 mars 2014, *O.*, *prec.*, pt 50 ; CJUE, 27 juin 2018, *aff. C-230/17, Deha Altiner et Ravn*, pt 27.

¹⁰¹⁹ CJCE, GC, 11 déc. 2007, *Eind*, *prec.*, pt 45.

¹⁰²⁰ CJUE, GC, 5 juin 2018, *aff. C-673/16, Coman e.a.*

¹⁰²¹ CJUE, GC, 10 sept. 2019, *aff. C-94/18, Chenchooliah*.

ce titre aux article 6 et 7 de la directive qui distinguent les séjours de moins de trois mois de ceux de plus de trois mois. Si « le refus d'accorder, lors du retour de ce citoyen dans l'État membre dont il est originaire, un droit de séjour dérivé aux membres de la famille dudit citoyen, ressortissants d'un État tiers, ne dissuadera pas un tel citoyen d'exercer les droits [de court séjour] qu'il tire dudit article 6 », cela n'en va pas de même pour les séjours de plus de trois mois. Ces derniers témoignent en effet d'une réelle volonté d'installation qui donne au séjour son caractère effectif. Le respect du développement et de la consolidation de la vie de famille doit dès lors être garanti¹⁰²². C'est l'exercice de ce droit de séjour effectif qui donne lieu à une protection par le statut de citoyen et donc à un droit de séjour dérivé des membres de la famille. Par conséquent, l'accumulation de plusieurs séjours de courte durée ne sera considérée comme effective que si elle répond aux conditions énoncées par l'article 7§1 et 2 et par l'article 16 de la directive. À titre d'exemple, le cumul de week-ends et de vacances ne remplit pas les conditions exposées¹⁰²³. Par ailleurs, la qualité de « membre de la famille » doit être acquise avant la fin du séjour dans l'État membre d'accueil¹⁰²⁴, c'est-à-dire avant la fin de l'exercice effectif du séjour transfrontalier.

305. Binationnalité ou acquisition d'une seconde nationalité. La seconde problématique émanant du champ d'application de la directive concerne les citoyens européens disposant de la nationalité de deux États membres ou ayant acquis avec le temps la nationalité de l'État membre d'accueil dans lequel ils séjournent. Un citoyen qui exerce sa liberté de circulation pour aller s'installer dans un autre État membre et qui en acquiert par la suite la nationalité, tout en conservant celle de son pays d'origine, ne relève plus de la directive prise en application du droit à la circulation et au séjour des citoyens européens¹⁰²⁵. Il n'existe plus de situation transfrontalière en tant que telle étant donné qu'il séjourne dans l'État dont il a la nationalité. Par conséquent, les membres de sa famille citoyens d'un État tiers ne peuvent plus bénéficier d'un droit de séjour dérivé. Toutefois, la Cour juge qu'une telle situation irait à l'encontre de la logique d'intégration poursuivie par les droits de circulation et de séjour garantis par la citoyenneté européenne. Un citoyen qui exerce sa liberté de circulation pour s'installer dans un autre État membre et s'y intégrer durablement au point d'en demander la nationalité ne devrait pas être pénalisé pour être allé au bout de la logique poursuivie par les mesures d'application de ses droits. De l'exigence

¹⁰²² CJUE, GC, 12 mars 2014, *O.*, préc., pts 51-54.

¹⁰²³ CJUE, GC, 12 mars 2014, *O.*, préc., pt 59.

¹⁰²⁴ CJUE, GC, 12 mars 2014, *O.*, préc., pts 62-63.

¹⁰²⁵ CJUE, GC, 14 nov. 2017, aff. C-165/16, *Lounes*, pt 41.

de respect des droits découlant de la citoyenneté européenne résulte donc l'application par analogie de la directive relativement au droit de séjour dérivé des membres de la famille de nationalité d'un État tiers¹⁰²⁶.

L'assouplissement des conditions relatives au droit de séjour dérivé de la citoyenneté européenne résulte donc d'une adaptation de la règle de droit à une situation qui n'avait pas été envisagée par la directive. La notion de citoyenneté européenne a permis de faire découler de la directive prise en application des droits de circulation et de séjour des droits qu'elle ne contenait pas. L'enrichissement de la notion d'extranéité a permis de garantir les droits protégés par cette notion elle-même et de contourner l'existence d'une entrave à une liberté économique. Elle témoigne du lien existant entre ces notions, notamment par le biais des libertés de circulation et de séjour. Ce contournement par la citoyenneté doit toutefois n'être utilisé que dans un objectif spécifique et limité : celui de préserver la jouissance des droits découlant du statut de citoyen européen.

B) L'exigence de privation du caractère essentiel de la citoyenneté européenne

306. Caractère essentiel de la citoyenneté européenne. D'ordinaire, la citoyenneté européenne ne permet pas à elle seule de rendre le droit de l'Union applicable¹⁰²⁷. Un certain nombre de conditions évoquées précédemment, dont le critère d'extranéité, doivent être remplies. Toutefois, dans diverses hypothèses, la Cour a justifié l'application du droit de l'Union à des situations par le seul risque de privation des droits afférents à la citoyenneté. Une série de décisions jurisprudentielle a ouvert cette possibilité pour un nombre très restreint de droits qui découlent eux-mêmes de la citoyenneté. La liberté de circulation a ainsi été assimilée à la citoyenneté afin d'assurer un droit de séjour dérivé des membres de la famille d'un citoyen européen. Pour les autres situations, la Cour a jugé que la privation « de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par ce statut »¹⁰²⁸ était susceptible de rendre le droit de l'Union applicable. Cette formule semble viser

¹⁰²⁶ CJUE, GC, 14 nov. 2017, *Lounes*, prec., pts 56-62.

¹⁰²⁷ Par exemple : CJUE, GC, 15 nov. 2011, *Dereci*, prec., pt 60.

¹⁰²⁸ CJUE, GC, 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, prec., pt 42 ; CJUE, 5 mai 2011, *McCarthy*, prec., pt 47 ; CJUE, GC, 15 nov. 2011, *Dereci*, prec., pts 66-67 ; CJUE, 8 nov. 2012, *Iida*, prec., pt 71 ; CJUE, 8 mai 2013, *Ymeraga*, prec., pt 36 ; CJUE, 10 oct. 2013, *Alopa et Moudoulou*, prec., pt 32 ; CJUE, GC, 13 sept. 2016, *Rendón Marín*, prec., pt 72 ; CJUE, GC, 13 sept. 2016, *CS*, prec., pt 29 ; CJUE, GC, 10 mai 2017, aff. C-133/15, *Chavez-Vilchez e.a.*, pt 63.

uniquement le cœur de la citoyenneté¹⁰²⁹ et se réfère principalement à deux types de privations : la perte de la citoyenneté européenne et la privation de la jouissance du droit de séjour sur le territoire de l'Union.

307. Droit de séjour dérivé des membres de la famille. Afin de garantir à un citoyen européen un droit de séjour aux membres de sa famille citoyens d'États tiers lorsqu'il revient dans son pays d'origine, dans un pays dont il a la nationalité ou qu'il adopte la nationalité de l'État membre d'accueil, la Cour a choisi d'assimiler la liberté de circulation à l'une des composantes substantielles de la citoyenneté européenne. S'il ne s'agit pas en l'espèce d'une privation « de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par ce statut », cette liberté résulte directement de la citoyenne européenne et son interprétation ne peut en être dissociée¹⁰³⁰.

308. Perte de la citoyenneté européenne. L'un des premiers arrêts de la Cour relatif à l'application du droit de l'Union à une situation de privation « de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par [le] statut [de citoyen européen] » concerne la perte de citoyenneté européenne¹⁰³¹. Il s'agissait dans la décision *Rottmann* de déterminer en quoi la situation d'un requérant amené à perdre la nationalité de son État membre et à devenir apatride entraine dans le champ d'application du droit de l'Union. Selon la Cour, « le fait qu'une matière ressortit à la compétence des États membres n'empêche pas que, dans des situations relevant du droit de l'Union, les règles nationales concernées doivent respecter ce dernier »¹⁰³². C'est donc la perte pure et simple de la citoyenneté européenne qui est ici susceptible de faire entrer la situation pourtant réglementée par le droit national dans le champ d'application du droit de l'Union. On peut estimer sans difficultés que la perte du statut relève du cœur de la citoyenneté étant donné qu'elle fait *de facto* perdre « la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés » par elle.

309. Privation de la jouissance du droit de séjour sur le territoire de l'Union. Le second cas de figure susceptible de rendre le droit de l'Union applicable par une entrave à la citoyenneté européenne intéresse les libertés de circulation et de séjour au sein du territoire de l'Union. La situation de la décision *Ruiz Zambrano* concerne plus

¹⁰²⁹ H.D. JARASS, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union unter Einbeziehung der vom EuGH entwickelten Grundrechte und der Grundrechtsregelungen der Verträge : Kommentar*, 3^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2016, Art. 51, pt 25 : « Kernbereich ».

¹⁰³⁰ CJUE, GC, 12 mars 2014, *O.*, prec. ; CJUE, GC, 14 nov. 2017, *Lounes*, prec. ; CJUE, GC, 5 juin 2018, aff. C-673/16, *Coman e.a.* ; CJUE, 27 juin 2018, aff. C-230/17, *Deha Altiner et Ravn* ; CJUE, GC, 10 sept. 2019, aff. C-94/18, *Chenchoolia*.

¹⁰³¹ CJUE, GC, 2 mars 2010, *Rottmann*, prec., pt 38.

¹⁰³² CJUE, GC, 2 mars 2010, *Rottmann*, prec., pt 35. En ce sens également : CJUE, GC, 12 mars 2019, aff. C-221/17, *Tjebbes e.a.*, pts 30 et s.

particulièrement l'octroi d'un droit de séjour dérivé aux membres de la famille d'un citoyen de l'Union afin de lui garantir l'exercice de ces deux libertés, résultantes de la citoyenneté. Plus particulièrement, il s'agit de garantir à l'enfant mineur, citoyen européen, de pouvoir séjourner sur le territoire de l'Union alors même qu'il est dépendant pour vivre d'une personne adulte, elle-même citoyenne d'un État tiers. En pratique et jusqu'à présent, la personne adulte a toujours été l'un des parents ou les deux. Dans ce cas de figure, la Cour estime que l'expulsion du ou des parents serait susceptible de priver l'enfant de la jouissance effective des droits qu'il tire de son statut de citoyen européen. En effet, « il existe des situations très particulières dans lesquelles, en dépit du fait que le droit secondaire relatif au droit de séjour des ressortissants de pays tiers n'est pas applicable et que le citoyen de l'Union concerné n'a pas fait usage de sa liberté de circulation, un droit de séjour ne saurait, exceptionnellement, être refusé à un ressortissant d'un pays tiers, membre de la famille dudit citoyen, sous peine de méconnaître l'effet utile de la citoyenneté de l'Union dont il jouit, si, comme conséquence d'un tel refus, ce citoyen se voyait obligé, en fait, de quitter le territoire de l'Union pris dans son ensemble, *en le privant ainsi de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par ce statut* »¹⁰³³.

La notion de jouissance effective des droits reste toutefois vague. Afin de l'appréhender plus précisément, il a été expliqué à propos du droit de séjour d'un membre de la famille qu'elle « se réfère à des situations caractérisées par la circonstance que le citoyen de l'Union se voit obligé, en fait, de quitter le territoire non seulement de l'État membre dont il est ressortissant, mais également de l'Union pris dans son ensemble »¹⁰³⁴. L'élément clé de cette définition semble être l'utilisation des termes « en fait », qui implique une impossibilité matérielle de rester. Ceci est corroboré par le fait qu'un droit de séjour dérivé qui « pourrait paraître souhaitable » pour un citoyen européen ne suffit pas aux yeux de la Cour de justice pour caractériser une privation de jouissance effective¹⁰³⁵. Cette dernière situation n'implique pas, en effet, que si le droit de séjour n'était pas accordé, le citoyen européen se trouverait face à une impossibilité pratique de rester, comme c'est le cas concernant un enfant en bas âge. En effet, « le refus de permettre au parent, ressortissant [...] d'un État tiers, qui a effectivement la garde d'un citoyen de l'Union mineur, de

¹⁰³³ CJUE, GC, 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, prec., pt 44 ; CJUE, 5 mai 2011, *McCarthy*, prec., pt 47 ; CJUE, GC, 15 nov. 2011, *Dereci*, prec., pts 64-65 ; CJUE, 8 nov. 2012, *Iida*, prec., pt 71 ; CJUE, 8 mai 2013, *Ymeraga*, prec., pt 36 ; CJUE, 10 oct. 2013, *Alokpa et Moudoulou*, prec., pt 32 ; CJUE, GC, 13 sept. 2016, *Rendón Marín*, prec., pt 72 ; CJUE, GC, 13 sept. 2016, *CS*, prec., pt 29 ; CJUE, GC, 10 mai 2017, *Chavez-Vilchez*, prec., pt 63 (nous soulignons).

¹⁰³⁴ CJUE, GC, 15 nov. 2011, *Dereci*, prec., pts 66.

¹⁰³⁵ CJUE, GC, 15 nov. 2011, *Dereci*, prec., pt 68.

séjourner avec ce citoyen dans l'État membre d'accueil priverait de tout effet utile le droit de séjour de celui-ci, étant donné que la jouissance du droit de séjour par un enfant en bas âge implique nécessairement que cet enfant ait le droit d'être accompagné par la personne assurant effectivement sa garde et, dès lors, que cette personne soit en mesure de résider avec lui dans l'État membre d'accueil pendant ce séjour »¹⁰³⁶. Des raisons d'ordre économique ou d'unité familiale ne sont pas suffisantes pour caractériser l'impossibilité matérielle¹⁰³⁷. Il semblerait qu'en matière de droit de séjour dérivé, la minorité soit le seul cas de figure pour lequel le droit de l'Union puisse être directement applicable à une situation interne.

310. Critère de dépendance. Pour autant, les conditions d'application de cette jurisprudence ne sont pas encore évidentes. Il apparaît que l'impossibilité matérielle du citoyen européen de séjourner sur le territoire de l'Union soit plus étroitement liée avec la question de la garde de l'enfant et de la dépendance de celui-ci à un adulte qu'avec la question des liens biologiques ou juridiques¹⁰³⁸. Cet aspect se retrouve dans plusieurs arrêts¹⁰³⁹. Le critère de la garde effective de l'enfant est relativement simple à établir ; il implique de constater à qui la garde de l'enfant a été accordée, et/ou avec qui vit quotidiennement l'enfant, qui subvient à ses besoins¹⁰⁴⁰. Le critère de la dépendance effective a été explicité par la Cour dans l'arrêt *Chavez-Vilchez e.a.*¹⁰⁴¹. Il se compose de la charge légale, financière et affective, ces critères n'étant pas cumulatifs. Ainsi, « la circonstance que l'autre parent, citoyen de l'Union, est réellement capable de et prêt à assumer seul la charge quotidienne et effective de l'enfant constitue un élément pertinent, mais qui n'est pas à lui seul suffisant ». Dans l'analyse de ces trois critères, l'âge, le développement physique et émotionnel, le degré de relation affective de l'enfant avec le parent ressortissant d'un pays tiers, ainsi que le « risque que la séparation d'avec ce dernier engendrerait pour l'équilibre de cet enfant » doivent notamment pris en compte¹⁰⁴².

¹⁰³⁶ CJUE, 10 oct. 2013, *Alokpa et Moudoulou*, préc., pt 28.

¹⁰³⁷ CJUE, 10 oct. 2013, *Alokpa et Moudoulou*, préc., pt 68 ; CJUE, 8 mai 2013, *Ymeraga*, préc., pt 38 ; CJUE, 27 fév. 2020, aff. C-836/18, *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real*, pts 55 et s.

¹⁰³⁸ B. MOREL, « Le long chemin du droit de séjour des ressortissants extracommunautaires membres de la famille d'un citoyen de l'Union », *Rev. UE*, 2018, n° 616, p. 177. En ce sens, l'avis de la juridiction de renvoi dans CJUE, GC, 8 mai 2018, aff. C-82/16, *K.A. e.a.*, pt 31.

¹⁰³⁹ CJUE, GC, 15 nov. 2011, *Dereci*, préc., pt 22 ; CJUE, GC, 13 sept. 2016, *Rendón Marín*, préc., pts 21-23 ; CJUE, GC, 13 sept. 2016, *CS*, préc., pt 49 ; CJUE, GC, 10 mai 2017, *Chavez-Vilchez*, préc., pts 69-77 ; CJUE, GC, 8 mai 2018, *K.A.*, préc., pts 71-74 ; CJUE, 27 fév. 2020, *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real*, préc., pts 56 et s.

¹⁰⁴⁰ CJUE, 10 oct. 2013, *Alokpa et Moudoulou*, préc. ; CJUE, GC, 10 mai 2017, *Chavez-Vilchez*, préc., pts 20-28 et 43.

¹⁰⁴¹ CJUE, GC, 10 mai 2017, *Chavez-Vilchez*, préc., pts 68-69.

¹⁰⁴² CJUE, GC, 10 mai 2017, *Chavez-Vilchez*, préc., pt 71.

L'exigence d'un examen casuistique imposée par la Cour aux juridictions nationales implique que cette liste ne soit pas exhaustive ; d'autres éléments sont donc encore susceptibles de venir enrichir la notion de dépendance, voire de la préciser.

311. Champ d'application *ratione personae*. Jusqu'à présent, cette jurisprudence a toujours concerné le cas d'enfants mineurs, voire d' « enfants en bas âge »¹⁰⁴³. Il n'est cependant pas exclu de se demander si cette pratique n'aurait pas développé un droit spécifique aux citoyens mineurs de l'Union¹⁰⁴⁴ et auquel cas, s'il serait opportun de le reconnaître comme tel. À l'inverse, la jurisprudence pourrait également choisir de la développer et de l'appliquer à l'ensemble des cas de dépendances, juridiques comme économiques¹⁰⁴⁵. À ce titre, Sébastien Platon évoque les citoyens européens incapables, les ascendants ou conjoints à charge, voire même la charge d'un citoyen européen en l'absence de lien de parenté¹⁰⁴⁶. En l'état, cette jurisprudence des mineurs n'est pas exempte de conséquences. En ouvrant le champ d'application du droit de l'Union à des situations traditionnellement considérées comme purement interne, elle implique notamment l'ouverture du champ d'application des droits fondamentaux de l'Union.

§2- Les conséquences en matière de champ d'application des droits fondamentaux

312. La privation des droits essentiels garantis par la citoyenneté européenne entraîne dans une certaine mesure l'ouverture du champ d'application du droit de l'Union. Il s'agit de contrôler que la privation de ce statut fondamental est bien conforme au droit de l'Union. En conséquence, se pose la question du degré d'ouverture du champ d'application du droit de l'Union afin de déterminer s'il emporte l'application des droits fondamentaux à ces situations spécifiques (A). L'appartenance de ces situations au droit de l'Union pris dans son ensemble pourrait résulter d'une approche effective et utile du projet européen comme des droits fondamentaux (B).

¹⁰⁴³ CJUE, GC, 8 mai 2018, *K.A.*, prec., pt 65.

¹⁰⁴⁴ B. MOREL, « Le long chemin du droit de séjour des ressortissants extracommunautaires membres de la famille d'un citoyen de l'Union », *op. cit.*, p. 177.

¹⁰⁴⁵ La Cour ne l'a pas exclu de sa jurisprudence : CJUE, GC, 8 mai 2018, *K.A.*, prec., pt 65.

¹⁰⁴⁶ S. PLATON, « Le champ d'application des droits du citoyen européen après les arrêts Zambrano, McCarthy et Dereci », *op. cit.*, p. 23.

A) La fonction des droits fondamentaux dans la préservation des droits essentiels du citoyen européen

313. Problématique de l'application des droits fondamentaux aux contrôles. Les cas de privation des droits essentiels découlant de la citoyenneté européenne sont réputés pouvoir être contrôlés au regard du droit de l'Union. Pour autant, l'ouverture de l'ensemble du champ d'application du droit de l'Union dans la réalisation de ce contrôle reste incertaine. Plus spécifiquement, c'est l'application des droits fondamentaux que l'on interroge ici. Dans ces contrôles, la Cour de justice estime que « l'article 20 TFUE s'oppose à des mesures nationales 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 »¹⁰⁴⁷. Il se dégage de cette formulation un champ d'application restreint du droit de l'Union selon lequel seraient applicables seulement les droits européens découlant du cœur du statut de citoyen. Dans cette optique, il faudrait donc que les droits fondamentaux fassent partie du caractère essentiel de la citoyenneté pour qu'ils soient applicables. Lamprini Xenou estime ainsi que le simple statut de citoyen européen n'entraîne pas l'application immédiate de tous les droits fondamentaux de l'Union¹⁰⁴⁸. Il s'appuie à ce titre sur l'arrêt *Dereci* et la prise de position de l'avocat général Paolo Mengozzi y afférente. Ce dernier estime que les droits essentiels découlant du statut de citoyen européen « n'inclu[ent] pas le droit au respect de la vie familiale consacré à l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne » au motif que la violation du droit au respect de la vie familiale ne peut faire entrer dans le champ d'application du droit de l'Union une situation concernant un citoyen européen si celui-ci n'a pas exercé sa liberté de circulation ou n'est pas privé de la jouissance de l'essentiel des droits tirés de la citoyenneté européenne¹⁰⁴⁹.

314. Contrôle de la privation des droits essentiels du statut de citoyen européen. À notre sens, la question doit être envisagée de manière inverse. Il est en effet bien établi que la simple violation d'un droit fondamental dans une situation purement interne n'ouvre en aucun cas le champ d'application du droit de l'Union et des droits fondamentaux. *A contrario*, un doute subsiste quant à l'application des droits fondamentaux lorsqu'il y a privation des droits essentiels conférés par la citoyenneté et que, par conséquent, le champ d'application du droit de l'Union est partiellement ouvert. En ce sens, l'avocat général

¹⁰⁴⁷ CJUE, GC, 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, préc., pt 42.

¹⁰⁴⁸ L. XENOU, *Les principes généraux du droit de l'Union européenne et la jurisprudence administrative française*, op. cit., p. 130-131.

¹⁰⁴⁹ Prise de position de l'avocat général Paolo Mengozzi présentée le 29 septembre 2011, pts 37-39, sous CJUE, GC, 15 nov. 2011, *Dereci*, préc.

Francis G. Jacobs a estimé dans ses conclusions sur l'affaire *Konstantinidis* qu'un ressortissant communautaire qui exerçait sa liberté de circulation avait le droit d'être traité « selon un code commun de valeurs fondamentales » et d'invoquer à cet égard le statut de citoyen européen pour « s'opposer à toute violation de ses droits fondamentaux »¹⁰⁵⁰. Tout comme la logique des entraves aux libertés économiques a été étendue aux violations des droits essentiels résultant du statut de citoyen, la protection des droits fondamentaux qui découle de l'une doit pouvoir être garantie à l'autre. Cette analogie a été faite par la Cour dans l'arrêt *Lounes* par le biais de l'article 21§1 du TFUE. Celui-ci détaille les libertés de circulation et de séjour découlant du statut de citoyen européen. En visant l'arrêt *Metock*, relatif au droit de séjour des membres de la famille d'un citoyen de l'Union ayant exercé ses droits de circulation et de séjour prévu par la directive¹⁰⁵¹, la Cour estime que « les droits reconnus aux ressortissants des États membres par [l'article 21§1 du TFUE] incluent celui de mener une vie familiale normale »¹⁰⁵².

Les droits découlant de la citoyenneté ouvrent donc une garantie du droit au respect de la vie familiale protégé par l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux. Dès lors que cette garantie s'étend aussi à l'intérêt supérieur de l'enfant consacré à l'article 24 de la Charte¹⁰⁵³, il peut être établi que les droits fondamentaux de l'Union sont de manière générale applicables aux situations où la jouissance effective des droits essentiels découlant du statut de citoyen européen est en danger. Cette interprétation est corroborée par l'arrêt *Dereci*, dans lequel la Cour constate d'abord qu'il n'y a pas de privation de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen européen¹⁰⁵⁴. Elle poursuit en s'attachant à réexpliquer le champ d'application des droits fondamentaux. Ceux-ci ne sont applicables que lorsque la situation relève du droit de l'Union. En l'espèce, il revient aux juridictions nationales de déterminer si par un autre biais que celui de la citoyenneté, la situation en cause appartient au droit de l'Union. En cas de privation de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen, les droits fondamentaux pourraient être applicables.

315. Contrôle de la limitation d'un droit dérivé des droits essentiels du statut de citoyen européen. Les droits découlant du statut de citoyen européen peuvent être limités par des exigences nationales au même titre que les libertés économiques. Ce constat vaut

¹⁰⁵⁰ Conclusions de l'avocat général Francis G. Jacobs présentées le 9 décembre 1992, pt 46, sous CJCE, 30 mars 1993, aff. C-168/91, *Konstantinidis c/ Stadt Altensteig et Landratsamt Calw*.

¹⁰⁵¹ CJCE, GC, 25 juill. 2008, aff. C-127/08, *Metock e.a.*, pt 62.

¹⁰⁵² CJUE, GC, 14 nov. 2017, *Lounes*, prec., pt 52, confirmé pt 58.

¹⁰⁵³ CJUE, GC, 10 mai 2017, *Chavez-Vilchez*, prec., pt 70.

¹⁰⁵⁴ CJUE, GC, 15 nov. 2011, *Dereci*, prec., pts 66-68.

pour le statut de citoyen consacré à l'article 20 du TFUE¹⁰⁵⁵. De telles entraves peuvent être dues au maintien de l'ordre public, de la sécurité publique ou de la santé publique¹⁰⁵⁶. Elles doivent néanmoins impérativement faire l'objet d'un contrôle de proportionnalité. Ce contrôle renvoie lui aussi à celui préconisé par la Cour afin de vérifier la limitation d'une liberté économique et doit être entendu selon les règles du droit de l'Union. Les droits fondamentaux de l'Union doivent donc être pris en compte. Ce cas est illustré par la décision CS dans laquelle la Cour rappelle à deux reprises qu'il doit être tenu compte du droit au respect de la vie privée et familiale prévu par l'article 7 de la Charte¹⁰⁵⁷. La prise en compte des droits fondamentaux de l'Union dans le contrôle de proportionnalité d'une entrave aux droits dérivés des droits essentiels découlant du statut de citoyen européen porte donc à confirmer l'hypothèse précédente.

Le champ d'application du droit de l'Union ouvert lors de la privation de certains droits de citoyenneté comprend la protection des droits fondamentaux de l'Union. Cela n'empêche pas que la seule violation de ces droits fondamentaux dans une situation purement interne et sans rapport avec la citoyenneté européenne ne permette pas l'application du droit de l'Union. Si la logique poursuivie par cette jurisprudence est relativement difficile à appréhender dans tous ses critères, elle semble toutefois guidée par une approche orientée vers la finalité du projet européen.

B) L'effet utile de la préservation du statut de citoyen européen

316. Problématique de la différence de traitement. L'appartenance au champ d'application des droits fondamentaux de la situation de privation des droits essentiels découlant du statut de citoyen démontre une approche de la Cour orientée vers une certaine effectivité du droit européen. Assurément, de cette jurisprudence sur la liberté de circulation et de séjour découle une différence conséquente de traitement entre les citoyens européens qui ont fait usage d'une liberté économique, ou citoyens « nomades », et les citoyens « sédentaires ». Alors que les premiers bénéficient d'une protection accrue de leur droit à la vie privée et familiale prévu par la Charte, il n'en est rien du citoyen sédentaire dont la situation ne relève pas du droit de l'Union. Pour peu que l'État membre dont il a la nationalité dispose d'une législation plus restrictive que le droit de l'Union en la matière, il

¹⁰⁵⁵ CJUE, GC, 13 sept. 2016, CS, prec., pt 36.

¹⁰⁵⁶ CJCE, GC, 25 juill. 2008, *Metock*, prec., pt 74 ; CJUE, GC, 13 sept. 2016, CS, prec., pt 36.

¹⁰⁵⁷ CJUE, GC, 13 sept. 2016, CS, prec., pts 36 et 48.

est fortement désavantagé par rapport au citoyen nomade même si ce dernier a la même nationalité. On peut supposer que cette « discrimination inversée »¹⁰⁵⁸ est en partie à l'origine de la jurisprudence de la Cour sur les droits essentiels découlant de la citoyenneté, à savoir la perte de citoyenneté et la privation de la jouissance du droit au séjour¹⁰⁵⁹. Elle permet d'étendre légèrement la protection renforcée notamment du droit à la vie privée et familiale à des situations exceptionnelles concernant des citoyens sédentaires. La Cour fait primer la finalité ou le résultat de sa jurisprudence, à savoir une réduction de la discrimination, sur le strict respect du principe d'attribution des compétences.

317. Effet utile. Dans la formule consacrée par les décisions relatives à la privation des droits essentiels découlant du statut de citoyen européen, la Cour estime qu'« il existe des situations très particulières dans lesquelles [...] un droit de séjour ne saurait, exceptionnellement, être refusé à un ressortissant d'un pays tiers, membre de la famille dudit citoyen, sous peine de méconnaître l'effet utile de la citoyenneté de l'Union dont il jouit [...] »¹⁰⁶⁰. La volonté d'aboutir à un résultat utile est explicitement affirmée, au point que la Cour fait dépendre l'application du droit de l'Union du seul effet utile de la citoyenneté européenne. Elle fait ainsi prévaloir la protection des droits, et notamment des droits fondamentaux de l'Union. Dans l'arrêt *Zhu et Chen*, la Cour complète d'ailleurs cette formule en expliquant que « pour cette seule raison, il y a lieu de répondre que » le parent bénéficie d'un droit de séjour dérivé¹⁰⁶¹. La prépondérance de la règle de l'effet utile dans ces décisions n'étonne toutefois pas. Ainsi que l'explique Marc Blanquet, le juge international utilise l'effet utile pour faire prévaloir une interprétation d'une norme sur une autre. *A contrario*, la Cour de justice réfute toute interprétation qui affaiblirait ou limiterait l'effet utile d'une disposition¹⁰⁶². Il semble donc que cette règle ne soit pas utilisée aux mêmes étapes du raisonnement par les différents juges. Si elle intervient à la fin dans le raisonnement du juge international afin de distinguer deux interprétations, elle est utilisée par le juge de l'Union dès le début comme condition propre à écarter toute interprétation

¹⁰⁵⁸ K. GROENENDIJK, « Reverse Discrimination, Family Reunification and Union Citizens of Immigrant Origin », in : E. GUILD, C. J. GORTÁZAR ROTAECHE, D. KOSTAKOPOULOU (éd.), *The Reconceptualization of European Union Citizenship*, La Haye, Brill Nijhoff, 2014, p. 169-188 : « Reverse Discrimination ».

¹⁰⁵⁹ B. MOREL, « Le long chemin du droit de séjour des ressortissants extracommunautaires membres de la famille d'un citoyen de l'Union », *op. cit.*, p. 177.

¹⁰⁶⁰ CJCE, Ass. plén., 19 oct. 2004, aff. C-200/02, *Zhu et Chen*, pt 45 ; CJUE, GC, 15 nov. 2011, *Dereci*, prec., pt 67 ; CJUE, 8 nov. 2012, *Iida*, prec., pt 71 ; CJUE, 8 mai 2013, *Ymeraga*, prec., pt 36 ; CJUE, 10 oct. 2013, *Alokpa et Moudoulou*, prec., pt 32 ; CJUE, GC, 13 sept. 2016, *Rendón Marín*, prec., pt 72 ; CJUE, GC, 13 sept. 2016, *CS*, prec., pt 29 ; CJUE, GC, 10 mai 2017, *Chavez-Vilchez*, prec., pt 63 (nous soulignons).

¹⁰⁶¹ CJCE, Ass. plén., 19 oct. 2004, *Zhu et Chen*, prec., pt 46.

¹⁰⁶² M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, 11^{ème} éd., Paris, Sirey, 2018, p. 433.

qui ne s'y conformerait pas. La spécificité et l'ambition du projet européen sont évidemment plus propice à un tel raisonnement que la justice internationale.

318. Conséquences sur la non-discrimination. Ce raisonnement en marge du cœur du champ d'application du droit de l'Union est intéressant en ce qu'il semble pouvoir être transposé au principe de non-discrimination¹⁰⁶³. En effet, tout comme la citoyenneté européenne, celui-ci se distingue par un caractère très transversal qui s'adapte mal à une logique de répartition stricte des compétences. Le principe de non-discrimination est susceptible de créer des droits dans un nombre infini de domaines pour lesquels l'Union européenne ne dispose pas toujours d'une attribution de compétence. Associé à l'utilisation par la Cour de la règle de l'effet utile comme méthode d'interprétation, ce constat peut expliquer une certaine « dilatation » du champ d'application des droits fondamentaux de l'Union. Pour la Cour, l'application des droits fondamentaux se révèle en effet nécessaire à la poursuite des objectifs inscrits dans les traités. Autrement dit, la finalité du projet européen prend une importance supérieure à la simple sauvegarde du *statu quo* décrit par les traités au jour de leur signature. Cette volonté se traduit d'ailleurs par la tendance de la Cour à préférer une interprétation évolutive des traités afin de les moderniser en fonction des besoins nouveaux apparus depuis la rédaction¹⁰⁶⁴.

319. Conclusion. L'utilisation de l'effet utile comme condition de validité d'une interprétation d'une norme conduit à une protection plus exigeante des droits fondamentaux en général. Par conséquent, leur champ d'application est amené à comprendre également les situations exceptionnelles pour lesquelles une protection par le droit européen n'apparaît pas évidente mais se révèle nécessaire. Ces situations sont au nombre de trois et comprennent pour le citoyen européen les cas de perte de la citoyenneté, de privation de la jouissance du droit au séjour et le droit de séjour dérivé des membres de la famille. L'appartenance d'un événement à ces situations fait toutefois l'objet d'une interprétation restrictive au regard des conditions d'allègement du critère d'extranéité et de la privation de la jouissance effective des droits découlant de la citoyenneté. Ce cas d'application des droits fondamentaux de l'Union se rattache en de nombreux points à celui des entraves aux libertés économiques, que ce soit par son approche ou par le caractère transversal des libertés de circulation et de séjour.

¹⁰⁶³ S. PLATON, « Le champ d'application des droits du citoyen européen après les arrêts Zambrano, McCarthy et Dereci », *op. cit.*, p. 23.

¹⁰⁶⁴ M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 433. Cf. *supra*, §120.

Conclusion de Chapitre

320. Les droits fondamentaux de l'Union européenne s'appliquent à l'occasion du contrôle de l'entrave par une mesure nationale à une liberté économique. Ils ont pour rôle de justifier cette entrave (rôle de limite aux libertés économiques) ou de la limiter (rôle de contre-limite aux libertés économiques). Par extension, ils sont également utilisés par la Cour pour protéger les caractères essentiels de la citoyenneté européenne lorsque celle-ci ou l'exercice de celle-ci est menacé. Le contrôle des entraves répond à une méthode bien définie par la Cour qui se décompose en quatre étapes : le constat de l'exercice d'une liberté économique, l'existence d'une entrave à l'exercice de cette liberté économique, la justification à cette entrave et enfin la vérification de la conformité de cette justification avec le droit de l'Union. Ce contrôle de la Cour semble être guidé par un objectif de maintien du fonctionnement optimal du marché unique, et accessoirement du statut de citoyen européen. Sa réflexion est donc principalement orientée vers la finalité du droit de l'Union, c'est-à-dire vers l'effet pratique engendré par ses décisions. Celles-ci doivent être au service du marché unique et des logiques fondamentales tissées autour. Elles ne doivent en aucun cas laisser un quelconque affaiblissement juridique pénétrer ce fonctionnement. Cette logique de finalité infuse chacun des éléments du contrôle de l'entrave à une liberté économique ou au statut de citoyen. Elle insuffle donc également l'ouverture du champ d'application des droits fondamentaux de l'Union européenne lors d'une entrave à une liberté économique où à l'exercice de la citoyenneté.

Conclusion de Titre

321. L'objectif poursuivi par ce titre est de rendre compte de manière systématique du champ d'application des droits fondamentaux de l'Union afin, d'une part, de catégoriser le plus grand nombre de cas possible et, d'autre part, d'en ressortir un ou des critères de rattachement. Il résulte de la typologie que le champ d'application des droits fondamentaux de l'Union européenne comprend les mesures nationales d'application des règlements et décisions, les mesures nationales de transposition d'une partie des directives et les mesures nationales limitant les libertés économiques ou le cœur du statut de citoyen européen.

322. Les mesures nationales d'application des règlements et décisions avec ou sans marge d'appréciation appartiennent au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union en raison de l'effet direct des règlements. Ces derniers sont directement applicables dans les États membres qui deviennent alors, dans le cadre de leur application, de simples administrations décentralisées de l'Union. Le règlement ou la décision ainsi que la mesure nationale présentent donc un lien extrêmement fort qui se caractérise notamment par un objectif commun. Cet objectif a pour finalité la sauvegarde de l'Union par une intégration toujours plus poussée. À l'inverse, les mesures nationales de transposition des directives n'appartiennent pas de manière aussi évidente au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union. Pour justifier d'une telle appartenance, la mesure nationale et la directive doivent être reliées par un lien de rattachement suffisamment fort. En présence d'une marge d'appréciation, ce lien de rattachement s'apprécie également par l'existence d'un objectif commun poursuivi par les deux règles et par la nécessité pour garantir l'unité du droit de l'Union de l'appartenance de la mesure nationale de transposition au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union.

Ces deux indices se caractérisent par une approche téléologique de l'interprétation du champ d'application des droits fondamentaux de l'Union, dans la mesure où ils s'attachent à l'objectif poursuivi par la mesure nationale. L'effet sur l'ordre juridique de l'Union de l'appartenance de la mesure nationale au champ d'application des droits fondamentaux importe plus que d'autres liens de rattachement susceptibles de s'exprimer entre la mesure nationale et les règlements, décisions et directives de l'Union, tel que le lien opéré par le principe d'attribution. La finalité de la mesure nationale est donc érigée en critère d'interprétation par la Cour de justice.

323. Ce raisonnement se retrouve à l'identique dans le contrôle des entraves aux libertés économiques. La conséquence sur le droit de l'Union d'une exclusion du contrôle des entraves du champ d'application des droits fondamentaux est envisagée et jugée néfaste pour le projet européen. Par conséquent, au détriment des liens de rattachements matériels ou spécifiques aux cas d'espèces entre la mesure nationale et le droit de l'Union, la finalité de la norme est placée au cœur du contrôle des entraves à une liberté économique.

La jurisprudence relative à l'interprétation du champ d'application des droits fondamentaux de l'Union s'inscrit donc pleinement dans le cadre de l'intégration continue prévue par les traités. Au moyen de la finalité de la norme nationale pour le droit de l'Union, les contours du champ d'application des droits fondamentaux de l'Union suivent les besoins liés à la poursuite de ces objectifs.

Conclusion de Partie

324. Interprète officiel du droit de l'Union européenne, la Cour de justice est également l'interprète officiel de la Charte des droits fondamentaux et de son champ d'application. Cette compétence impose de se référer à sa jurisprudence pour définir le champ d'application des droits fondamentaux de l'Union. Depuis l'entrée en vigueur de la Charte, elle a ainsi confirmé que le champ d'application de la Charte correspondait à celui des principes généraux. Ce même champ d'application reprend peu ou prou celui du droit de l'Union. Il en ressort que, si la sémantique diffère, la substance des expressions « mise en œuvre du droit de l'Union », « champ d'application du droit de l'Union » ou encore « cadre du droit de l'Union » doit être comprise de manière identique. Le champ d'application est en effet guidé par l'accomplissement des objectifs fixés par les traités et par la garantie des principes directeurs qui en découlent plus que par les contraintes sémantiques des textes. De ce fait, les méthodes systématiques et téléologiques d'interprétation priment largement sur les autres et l'affiliation au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union se forme avant tout par la force du lien de rattachement existant entre la mesure nationale et le droit de l'Union.

325. À partir de ces éléments de définition, deux situations dans lesquelles les mesures prises par les États membres appartiennent au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union se dessinent : la mise en œuvre nationale d'un acte de droit de l'Union et la limitation d'une liberté économique par une mesure nationale. En matière de mise en œuvre des actes de droit de l'Union, les cas de figures se différencient selon l'acte en cause.

Les mesures nationales d'application des règlements et décisions appartiennent au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union, tout comme les décisions nationales d'exécution qui en découlent. Cette solution se justifie par la ténacité du lien entre la mesure nationale et le droit de l'Union dans ces situations, dans lesquelles les mesures nationales répondent strictement à la finalité poursuivie par le droit de l'Union.

326. De manière moins systématique, l'appartenance des mesures nationales de transposition des directives au champ d'application du droit de l'Union dépend du degré d'intensité existant entre la mesure nationale et la directive. Ainsi, les mesures de transposition des directives précises et inconditionnelles, qui accordent par définition une marge d'appréciation extrêmement réduite aux États membres, appartiennent au champ

d'application des droits fondamentaux de l'Union. Il en va de même pour les mesures de transposition des directives plus classiques qui disposent d'un lien réel avec la mesure nationale mais laissent aux États membres le choix de la forme et des moyens dans la transposition. Il en va de même encore pour les mesures de transposition des directives qui laisse une liberté restreinte aux États membres dans l'exercice de la marge d'appréciation. Ce caractère restreint peut se traduire par l'existence d'une option de transposition, la possibilité de réglementer plus strictement que ce que prévu par la directive ou encore la possibilité prévue par la directive de déroger d'une manière spécifique à la règle générale qu'elle prévoit. L'appartenance au champ d'application des droits fondamentaux de la mesure nationale de transposition est en revanche moins homogène concernant les directives laissant une liberté accrue dans l'exercice de la marge d'appréciation. En effet, les directives disposant d'une large marge d'appréciation peuvent avoir un lien étroit avec la mesure nationale lorsque leur but est précis et strict. Les mesures de transposition qui en résultent appartiendront alors au champ d'application des droits fondamentaux. *A contrario*, lorsque la large marge d'appréciation résulte d'une dérogation prévue par les traités, l'objet de la mesure nationale se révèle être différent de celui poursuivi par la directive. En conséquence, la mesure nationale ne sera pas réputée appartenir au champ d'application des droits fondamentaux. Cette hétérogénéité se retrouve également concernant les directives disposant d'une liberté accrue dans l'exercice de la marge d'appréciation, liberté résultant d'une harmonisation minimale. Lorsque la mesure nationale est prise uniquement sur le fondement d'une directive organisant une harmonisation minimale, elle entre dans le champ d'application des droits fondamentaux. Lorsque cette harmonisation minimale est prévue par les traités et qu'elle est simplement mise en place par une directive, le lien entre la mesure nationale et le traité est trop distendu pour qu'il y ait appartenance au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union.

Dans les cas où les mesures nationales de transposition dépassent à différents titres les exigences fixées par les directives, l'appartenance des mesures nationales au champ d'application des droits fondamentaux diffère selon les cas de figure. L'application des règles nationales de procédure à la mise en œuvre d'une directive fait entrer ces règles dans le champ d'application des droits fondamentaux pour les cas d'application concrète du droit de l'Union et non de manière générale. De même, l'interprétation extensive des directives avec un caractère transversal fait appartenir les situations nationales qui en résultent au champ d'application du droit de l'Union. Ces directives transversales concernent principalement les domaines de la non-discrimination et de la protection des données

personnelles. *A contrario*, l'application de règles résultant de directives à des situations purement nationales ou l'ajout de règles nationales aux mesures de transposition des directives ne font pas entrer les situations ou les règles nationales qui en résultent dans le champ d'application du droit de l'Union.

S'agissant des effets dans le temps des directives, les situations nationales qui entrent dans le champ d'application d'une directive avant ou après l'expiration du délai de transposition appartiennent au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union. Il en va ainsi qu'il existe ou non dans l'État membre une mesure nationale avant l'expiration du délai de transposition et qu'il y ait retard dans la transposition ou modification des mesures de transposition après l'expiration du délai de transposition. Les décisions prises en exécution de la mesure nationale de transposition suivent toujours le destin de la mesure nationale de transposition qu'elles exécutent.

327. En matière d'entrave à une liberté économique par une mesure nationale, les exigences relatives à l'ordre juridique mis en place par les traités ont conduit la Cour à estimer que les mesures nationales en cause appartenaient au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union. Ceux-ci sont applicables pour justifier l'entrave provoquée par une mesure nationale contre une liberté économique ou pour limiter l'entrave née d'une mesure nationale en renforçant la liberté économique.

Enfin, la Cour a reconnu que, dans des cas exceptionnels, des situations menaçant les caractères essentiels de la citoyenneté européenne pouvaient appartenir au champ d'application des droits fondamentaux. Ces situations rejoignent, pour une part, l'exercice de la liberté de circulation des personnes, dans la mesure où le droit de séjour dérivé des membres de la famille citoyens d'États tiers doit s'appliquer également en cas de retour dans l'État d'origine ou lorsque le citoyen européen prend la nationalité de l'état dans lequel il s'est rendu. Elles rejoignent, pour une autre part, l'existence même de la citoyenneté lorsqu'il existe un risque de perte pure et simple de la citoyenneté ou de privation de la jouissance du droit de séjour sur le territoire de l'Union.

328. L'interprétation du champ d'application des droits fondamentaux de l'Union par la Cour répond essentiellement à des exigences de finalité de la construction européenne, à l'image de la manière dont les traités ont formulé le projet. Pour déterminer si une situation appartient ou non au champ d'application des droits fondamentaux de l'Union, il est donc nécessaire de s'intéresser au lien qu'elle entretient avec le droit de l'Union ainsi qu'aux conséquences qu'une telle appartenance aurait sur l'ordre juridique de l'Union. Pour autant, cette méthode va au-delà du strict principe de répartition des compétences et se confronte

ainsi à l'interprétation du champ d'application des droits fondamentaux de l'Union des juridictions des États membres de l'Union. Dans le cadre de notre analyse, les interprétations des juridictions françaises et allemandes seront étudiées. De telles divergences se fondent sur le fait que les méthodes d'interprétation du champ d'application des droits fondamentaux diffèrent, mais également que la construction des droits fondamentaux au niveau de l'Union, qui a court depuis près de soixante ans, s'est appuyée sur des mécanismes de régulation permettant de trouver des points de compromis féconds entre ces divergences.

Seconde Partie

La prise en compte des interprétations nationales du champ d'application de la Charte

329. Interprète officiel du droit de l'Union au titre de l'article 267 du TFUE, la Cour de justice de l'Union européenne est seule compétente pour décider de l'interprétation du champ d'application de la Charte. Néanmoins, cette compétence, absolue en apparence, fait face à une double limite. D'une part, ce sont les juridictions nationales des États membres qui remplissent la fonction de « juge communautaire de droit commun »¹⁰⁶⁵. Ces juridictions endossent le double rôle de juge ordinaire de l'ordre juridique national et de juge ordinaire de l'ordre juridique de l'Union. Elles sont par conséquent liées par l'application tant du droit national que du droit européen. En cas de contrariété entre les deux, elles ont toutefois tendance à se sentir plus liées par le droit national. Ce dernier est mieux connu et maîtrisé et les décisions ne sont pas susceptibles de recours devant la Cour de justice de l'Union. Si les contrariétés entre droit national et droit de l'Union peuvent le plus souvent être contournées par des interprétations consensuelles, en cas d'impossibilité, le juge aura tendance à privilégier le respect du droit national. Ceci porte une première atteinte au respect de l'interprétation officielle du champ d'application des droits fondamentaux de l'Union donnée par la Cour de justice.

D'autre part, la question de la primauté du droit européen sur le droit national pose encore véritablement question. La Cour de justice juge en effet absolue la primauté du droit de l'Union sur l'ensemble du droit national¹⁰⁶⁶, ce à quoi beaucoup d'États membres ne

¹⁰⁶⁵ TPICE, 10 juill. 1990, aff. T-51/89, *Tetra Pak c/ Commission*, pt 42.

¹⁰⁶⁶ Cf. *supra*, §77.

consentent pas, notamment au regard du droit constitutionnel national¹⁰⁶⁷. Du point de vue de leur cadre interprétatif propre, les cours constitutionnelles ont pour fonction de garantir le respect de la norme suprême par toutes les règles de droit qui s'appliquent sur le territoire national¹⁰⁶⁸. Sauf à ce que les constitutions reconnaissent une primauté au droit de l'Union, ce dernier acquiert sa validité dans l'ordre juridique interne par le biais de la norme constitutionnelle et ne peut donc formellement primer sur elle. La Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne a ainsi reconnu la primauté du droit de l'Union sur le droit national dès 1971¹⁰⁶⁹, mais celle-ci n'est qu'une primauté d'application et implique un certain nombre de conditions. Le Conseil constitutionnel français a attendu 2004 pour mentionner la primauté du droit de l'Union sur le droit national¹⁰⁷⁰. Il n'y a certes jamais fait obstacle jusque-là, mais a toujours affirmé la nécessité de modifier la Constitution en cas d'adoption d'un traité européen contraire à des dispositions constitutionnelles.

330. Les cours constitutionnelles – et par extension l'ensemble des juridictions nationales – apportent donc des interprétations du droit de l'Union fonction de leur cadre de contrôle propre. Ces interprétations sont toutefois susceptibles d'entrer en confrontation avec le droit de l'Union tel qu'interprété par la Cour de justice. En effet, selon Édouard Dubout et Bélig Nabli, « L'organisation des normes en droit interne se trouve [...] profondément perturbée par la participation de l'État intégré à l'Union. Non seulement la frontière entre les normes internes et les normes européennes est altérée par une perméabilité accentuée, mais en outre l'ensemble de la structure normative du droit interne se trouve modifiée par l'intrusion du droit de l'Union en son sein »¹⁰⁷¹. Les résistances opposées par les juridictions ordinaires et les différences d'interprétations des cours suprêmes limitent ainsi la compétence de la Cour de justice en tant qu'interprète officiel du

¹⁰⁶⁷ Allemagne : l'article 23§1 LF indique que tout transfert de souveraineté vers l'Union se fait par le biais d'une loi, norme inférieure à la Loi fondamentale, et à condition de respecter la réserve de l'article 79§3 LF. Ceci a été confirmé par la Cour constitutionnelle fédérale : BVerfG, 29 mai 1974, décision n° 2 BvL 52/71, *Solange I*, BVerfGE 37, 271. Espagne : Tribunal constitucional (Espagne), 1^{er} juill. 1992, décl. n° 1/1992, part. II, pt 4. France : Cons. const., 19 nov. 2004, décision n° 2004-505 DC, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, cons. 5-13 ; CE Ass., 30 oct. 1998, req. n° 200286 et 200287, *Sarran, Levacher e.a.*, publié au Lebon p. 369. Italie : Corte costituzionale (Italie), 18 déc. 1973, décision n° 183/73, *Frontini e Pozzani*, pt 9. Pologne : l'article 8 al. 1 de la Constitution polonaise indique explicitement que « La Constitution est la norme suprême de la République de Pologne ».

¹⁰⁶⁸ M. FROMONT, « Les juges constitutionnels allemand et français, défenseurs de la souveraineté nationale face à la construction européenne », in : *La Constitution, l'Europe et le droit : liber amicorum discipulorumque. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2013, p. 593.

¹⁰⁶⁹ BVerfG, 9 juin 1971, décision n° 2 BvR 225/69, *Lütticke*, BVerfGE 31, 145.

¹⁰⁷⁰ Cons. const., 19 nov. 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, prec., cons. 9-13.

¹⁰⁷¹ É. DUBOUT, B. NABLI, *Droit français de l'intégration européenne*, Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2015, p. 111.

droit de l’Union. Cette situation rend nécessaire l’existence d’un espace de communication entre les ordres juridiques.

Afin de saisir de la façon la plus juste la réalité du champ d’application de la Charte, l’interprétation qui en est donnée par les différentes juridictions nationales se révèle précieuse. Par leurs approches distinctes du champ d’application des droits fondamentaux de l’Union, l’Allemagne et la France présentent un caractère instructif. La comparaison de ces approches, ainsi que leur mise en perspective avec celle poursuivie par la Cour de justice, révèlent des divergences dans l’interprétation du champ d’application des droits fondamentaux de l’Union (Titre 3). Ces divergences sont toutefois susceptibles de porter atteinte notamment aux principes d’unité et d’uniformité du droit de l’Union. Elles soulèvent par conséquent différentes questions, telles que la manière de composer avec ces divergences afin d’éviter tout conflit potentiellement destructeur du projet européen, la nécessité de supprimer les divergences d’interprétation ou la possibilité de les ordonner dans le but d’obtenir une interprétation qui prenne en compte les spécificités de chaque ordre juridique, tout en évitant de porter préjudice aux objectifs poursuivis par les traités européens (Titre 4).

Titre 3. Les interprétations du champ d'application de la Charte par les juridictions françaises et allemandes

331. La proximité des systèmes français et allemand est établie à bien des égards. Toutefois, les deux ordres juridiques reposent sur des constitutions qui leurs sont propres et diffèrent en de nombreux points, dont celui de la protection des droits fondamentaux¹⁰⁷². Les philosophies distinctes relatives aux droits fondamentaux nationaux influencent nécessairement la réception des droits fondamentaux de l'Union en France et en Allemagne. La Charte, dans sa réception et dans l'interprétation de son champ d'application par les juridictions nationales, s'expose en effet au traitement particulier qu'entretient chaque ordre juridique avec ses propres droits fondamentaux. De plus, la réception du droit de l'Union dans les ordres juridiques nationaux est prédéterminée par la manière dont les constitutions nationales ont organisé son intégration. Suivant ces deux éléments, la raison de mobiliser la Charte – autrement appelée le critère d'interprétation¹⁰⁷³ – sera propre à chacun des États membres. Il est fonction du rapport des États aux droits fondamentaux et au droit de l'Union. Les mécanismes constitutionnels nationaux vont ainsi exercer une influence déterminante sur la délimitation du champ d'application de la Charte au niveau national (Chapitre 5). La comparaison des différences concrètes qui en résultent avec la jurisprudence européenne nécessite d'ordonner les jurisprudences nationales selon la typologie pratique des cas d'application de la Charte dégagée de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union (Chapitre 6).

¹⁰⁷² Cf. *supra*, §21.

¹⁰⁷³ P. DEUMIER, « Le champ d'application de la Charte entre droit de l'Union européenne et droits fondamentaux », in : *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : mode d'emploi*, Colloque organisé au Conseil d'État le 20 novembre 2014 par l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation et la Société de législation comparée, paru dans : *Justice et Cassation*, 2015, n° 9, p. 392.

Chapitre 5. L'influence des constitutions nationales sur la détermination du champ d'application de la Charte

332. Les engagements internationaux occupent une place prédéfinie par les constitutions au sein des ordres juridiques français et allemand. Formellement, leur rang est donc inférieur à ces mêmes constitutions. Relevant à l'origine du droit international, le droit de l'Union s'en est peu à peu distingué jusqu'à devenir un ordre juridique à part entière. Distinct des ordres juridiques nationaux¹⁰⁷⁴ mais intégré à eux, le droit de l'Union s'est imposé en droit national par un traitement différent de celui réservé au droit international, jusqu'à être « constitutionnalisé » comme source de droit. Le terme « constitutionnalisation » a été utilisé par Jan Scheffler en 2007 pour traduire les modifications à l'œuvre au sein de la Constitution française vis-à-vis de la réception du droit de l'Union dans l'ordre juridique interne¹⁰⁷⁵. La définition qui en est donnée par le Vocabulaire juridique de Gérard Cornu, selon laquelle la constitutionnalisation est une « Action consistant à donner à une règle la nature constitutionnelle »¹⁰⁷⁶, corrobore cet emploi. La constitutionnalisation du droit de l'Union réside donc dans le fait de créer des clauses spécifiques d'ouverture au droit de l'Union au sein des ordres juridiques internes. L'appartenance du droit de l'Union à l'ordre juridique national ne passe ainsi plus – ou plus uniquement – par les clauses d'ouverture au droit international mais bénéficie de sa propre « porte d'entrée ». Sa place en droit interne dépendra des normes d'ouvertures respectives des constitutions française et allemande ainsi que des limites rencontrées au sein de ces mêmes constitutions (Section 1).

La constitutionnalisation du droit de l'Union a également profondément modifié les modes de contrôle du droit de l'Union par les juridictions nationales. Or, la détermination du champ d'application des droits fondamentaux de l'Union passe en premier lieu par l'interprétation fournie par ces mêmes juridictions. En raison du rôle des décisions des cours constitutionnelles pour l'ensemble des juridictions nationales et dans la

¹⁰⁷⁴ CJCE, 15 juill. 1964, aff. C-6/64, *Costa c/ E.N.E.L.*, p. 1158 : « le traité de la C.E.E. a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des États membres ».

¹⁰⁷⁵ J. SCHEFFLER, « Das französische Verfassungsverständnis angesichts der Anforderungen des EG/EU-Rechts », *ZaöRV*, 2007, vol. 67, p. 61 et s.

¹⁰⁷⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 13^{ème} éd., Paris, PUF, 2020, « constitutionnalisation », p. 248.

constitutionnalisation du droit de l'Union, l'analyse des jurisprudences constitutionnelles nationales se révèle fondamentale pour comprendre les interprétations nationales du champ d'application de la Charte (Section 2).

Section 1. La constitutionnalisation du droit de l'Union

333. La différenciation entre droit européen et droit international au sein des constitutions française et allemande résulte de deux facteurs principaux. Un facteur de cohérence d'une part ; les États membres se sont vu contraints de prendre en compte dans le droit constitutionnel national les nouvelles spécificités d'un ordre juridique européen propre, mais intégré, ce qui le distingue du droit international. Un facteur de sauvegarde des attributs propres à chaque État d'autre part : les États membres se sont en effet plus sérieusement interrogés à propos des principes essentiels sur lesquels reposent leurs ordres juridiques respectifs afin de poser des limites claires à l'intégration européenne continue et aux transferts de compétences qui en résultent.

Les adaptations d'ordre constitutionnel issues de ce double constat ont façonné la place du droit de l'Union au niveau national de telle sorte qu'elles exercent une influence notoire sur la manière dont le champ d'application du droit de l'Union est interprété par chacune des cours constitutionnelles nationales. Ces adaptations sont de deux natures : écrite, en ce qu'elles résultent de l'introduction dans les constitutions de mesures spécifiques au droit de l'Union (§1) et jurisprudentielle, par l'interprétation au regard du droit de l'Union des principes constitutionnels essentiels à chacun des ordres juridiques (§2).

§1- La constitutionnalisation écrite du droit de l'Union

334. Le phénomène de constitutionnalisation du droit de l'Union trouve son fondement dans les modes de réception du droit international qui régissaient auparavant son intégration en droit interne. La reconnaissance constitutionnelle de ce nouvel ordre juridique l'a toutefois fait s'en distinguer profondément (A). Selon les modes de réception du droit international en vigueur dans chaque État, les constitutionnalisations du droit de l'Union

ont pu donner des résultats très différents, tel que cela s'observe entre la France et l'Allemagne (B).

A) Les fondements de la constitutionnalisation du droit de l'Union

335. Réception du droit international. Au sein des deux ordres juridiques, la constitution représente la norme suprême¹⁰⁷⁷. Elle détermine par conséquent la nature juridique du droit international dans l'ordre interne en énonçant le type de source de droit qu'il constitue, les conditions de son applicabilité et sa place dans la hiérarchie des normes¹⁰⁷⁸. Au-delà de cette conception commune, les constitutions française et allemande se distinguent par leurs modes de réception du droit international dans l'ordre interne. Alors que la France embrasse une approche moniste, l'Allemagne se caractérise par un dualisme ouvert.

336. Monisme français. L'approche moniste choisie par la France conduit à donner à la Constitution française le rôle de norme d'ouverture du droit international dans l'ordre juridique interne. Conformément à la théorie moniste, le principe de l'unité régit les rapports entre le droit interne et le droit international : l'ordre juridique interne est ouvert au droit international, lui-même reçu sans transformation et de manière quasi-automatique¹⁰⁷⁹. Cette facilité d'intégration est certainement l'un des facteurs ayant conduit à ce qu'en matière de droits fondamentaux, le droit international joue en France un rôle plus important que dans d'autres états, dont l'Allemagne¹⁰⁸⁰. Plus spécifiquement, les prescriptions internationales de la Constitution française permettant l'intégration du droit international en droit interne se trouvent aux alinéas 14 et 15 du préambule de la Constitution de 1946, à l'article 55 et au titre XV de la Constitution de 1958. Selon l'article 55, le droit international a dans la hiérarchie des normes un rang supérieur aux lois mais inférieur à la Constitution.

¹⁰⁷⁷ Du point de vue des cours constitutionnelles. En France, en ce sens : Cons. const., 19 nov. 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, prec., cons. 7. En Allemagne, en ce sens : BVerfG, 14 oct. 2004, décision n° 2 BvR 1481/04, *EGMR Entscheidung*, BVerfGE 111, 307, §36.

¹⁰⁷⁸ L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN *et al.*, *Droit constitutionnel*, 22^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2019, p. 177.

¹⁰⁷⁹ *Ibid.*

¹⁰⁸⁰ D. CAPITANT, « Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union in der französischen Rechtsordnung », in : P.J. TETTINGER, K. STERN (éd.), *Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta*, Munich, C.H. Beck, 2006, pt 7.

337. Dualisme allemand. *A contrario*, l'approche dualiste qui commande en Allemagne vise à préserver l'équilibre issu de l'ordre constitutionnel existant¹⁰⁸¹. Le dualisme signifie que le droit interne et le droit international constituent deux ordres juridiques distincts et indépendants l'un de l'autre. Par conséquent, « un acte international ne produit des effets en droit interne qu'après y avoir fait l'objet d'une réception »¹⁰⁸². Si le droit constitutionnel allemand reconnaît une certaine ouverture envers la coopération et le droit international (*Völkerrechtsfreundlichkeit*), qui justifie le qualificatif de dualisme ouvert, les normes constitutionnelles prévoyant sa réception expriment néanmoins clairement que sa validité en droit interne dépend du respect des règles spécifiques mises en place et ne se fait pas de manière automatique¹⁰⁸³. Pour produire un quelconque effet, il doit tout d'abord devenir lui-même une règle de droit interne par le biais d'une loi fédérale classique (*Bundesgesetz*) qui tient lieu d'ordre d'exécution du traité (*Rechtsanwendungsbefehl*)¹⁰⁸⁴. Par conséquent, le droit international bénéficie du même rang que les lois en Allemagne. Outre l'article 59§2 LF qui organise la nationalisation du droit international, les articles 23, 24 et 25 LF autorisent l'insertion du droit international dans le droit interne.

Tant la Constitution française que la Loi fondamentale allemande disposent donc de règles d'intégration du droit international. D'abord appréhendé comme tel, le droit de l'Union est longtemps passé par cette « porte d'entrée » pour pénétrer les ordres juridiques nationaux. Sa montée en puissance a toutefois conduit à une constitutionnalisation du droit de l'Union en France et en Allemagne. Ce phénomène a eu lieu de manière concomitante dans les deux États à l'occasion de la procédure de ratification du traité de Maastricht en 1992. Il a toutefois produit des résultats assez différents. L'Allemagne s'est dotée d'une clause générale d'intégration relative à l'Union européenne (*Integrationsklausel*) à l'article 23 LF alors que la France a opté pour une norme d'intégration spécifique, et par conséquent ponctuelle, à l'article 88-1 C°.

¹⁰⁸¹ É. LAGRANGE, A.-M. THEVENOT-WERNER, « Allemagne », in : L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *La Charte des droits fondamentaux saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2017, p. 43 ; R. GEIGER, *Staatsrecht III. Bezüge des Grundgesetzes zum Völker und Europarecht*, 7^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2018, p. 15-16.

¹⁰⁸² S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 27^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2019-2020, « Dualisme », p. 419.

¹⁰⁸³ R. GEIGER, *Staatsrecht III, op. cit.*, p. 15-16.

¹⁰⁸⁴ Article 59§2 LF.

B) *La constitutionnalisation du droit de l'Union*

338. Caractère général de la constitutionnalisation du droit de l'Union en Allemagne. Le nouvel article 23 LF, entré en vigueur le 25 décembre 1992, a remplacé les dispositions relatives à la réunification des deux Allemagnes, devenues sans objet depuis 1990. Désormais dédié à la participation de l'Allemagne à l'Union européenne, cet article ne vise aucun traité européen, y compris la Charte. Ce caractère général, qui lui a donné le nom de norme générale d'intégration, semble dynamiser la participation de l'Allemagne à l'Union et la tourner délibérément vers la poursuite du projet européen¹⁰⁸⁵. Signe de son importance dans la Loi fondamentale révisée, l'article 23 a, parmi les objectifs poursuivis par l'État (*Staatsziele*) de protection de l'environnement, de protection des animaux ou encore d'État social, donné naissance à l'objectif d'intégration européenne (*Staatsziel der europäischen Integration*)¹⁰⁸⁶. Plus spécifiquement, cet objectif se réfère au paragraphe 1 de l'article 23 (sur huit au total) qui indique que « la République fédérale d'Allemagne concourt au développement de l'Union européenne »¹⁰⁸⁷.

339. Introduction d'exigences strictes relatives aux principes. Malgré ces signes d'ouvertures, la constitutionnalisation du droit de l'Union s'est accompagnée d'un certain nombre d'exigences envers l'Union européenne¹⁰⁸⁸. Le paragraphe 1 de l'article se poursuit avec, comme condition à la participation de l'Allemagne, celle pour l'Union d'être « attachée aux principes fédératifs, sociaux, d'État de droit et de démocratie ainsi qu'au principe de subsidiarité »¹⁰⁸⁹. Si ces principes ne sont pas étrangers à l'ordre juridique européen, les inscrire dans la Loi fondamentale implique de leur donner une interprétation « allemande », la Cour constitutionnelle fédérale étant le seul interprète officiel de la constitution. La soumission de l'Union à des exigences issues d'une interprétation propre à un seul État membre, avec des intérêts et une vision propre du projet européen, s'oppose ainsi à l'idée d'un ordre juridique européen autonome et déterminé par les principes d'unité ou encore d'autonomie. Contrairement à ce que la constitutionnalisation du droit de l'Union

¹⁰⁸⁵ M. WENDEL, « (§8) Verfassungsrecht – Völkerrecht – Europarecht », in : N. MARSCH, Y. VILAIN, M. WENDEL (éd.), *Französisches und Deutsches Verfassungsrecht*, Berlin, Springer, 2015, p. 391.

¹⁰⁸⁶ J. LIMBACH, *Das Bundesverfassungsgericht*, 2^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2010, p. 80.

¹⁰⁸⁷ Article 23§1 LF : « Zur Verwirklichung eines vereinten Europas wirkt die Bundesrepublik Deutschland bei der Entwicklung der Europäischen Union mit [...] ».

¹⁰⁸⁸ En ce sens : R. HOUBOUYAN-PEDERSEN, *La participation de l'Allemagne à l'Union européenne : coopération constitutionnelle et résistance juridictionnelle*, Thèse doctorat (non publiée), Université Panthéon-Sorbonne, 2003 ; T. GIEGERICH, « Zwischen Europafreundlichkeit und Europaskepsis – Kritischer Überblick über die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung zur europäischen Integration », *ZEuS*, 2016, n° 1, p. 3-47.

¹⁰⁸⁹ Article 23§1 LF : « [...] [die] Entwicklung der Europäischen Union [ist] die demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen und dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet [...] ».

par une clause générale d'intégration pouvait laisser penser, conditionner le respect du droit de l'Union par l'Allemagne au respect d'exigences interprétées par la Cour constitutionnelle fédérale crée un premier obstacle à l'ouverture de la Loi fondamentale envers l'Union européenne.

340. Introduction d'exigences strictes relatives aux droits fondamentaux. Une seconde condition à la participation de l'Allemagne trouve son fondement dans la suite du paragraphe 1 de l'article 23 LF. Celui-ci exige que l'Union « [garantisse] une protection des droits fondamentaux substantiellement comparable à celle de la présente Loi fondamentale » et que « L'article 79§2 et 3 [soit] applicable à l'institution de l'Union européenne ainsi qu'aux modifications de ses bases conventionnelles et aux autres textes comparables qui modifient ou complètent la présente Loi fondamentale dans son contenu ou rendent possibles de tels modifications ou compléments »¹⁰⁹⁰. Ces deux phrases conditionnent les transferts de droits de souveraineté vers l'Union. D'une part, il doit y avoir concordance « en substance »¹⁰⁹¹ de la protection des droits fondamentaux garantis par la Loi fondamentale et par l'Union. D'autre part, l'article 79§3 LF, autrement appelée clause d'éternité (*Ewigkeitsklausel*), rend impossible toute modification de la Loi fondamentale qui toucherait au cœur de l'ordre étatique, dont les articles 1 et 20 LF¹⁰⁹². Ces deux articles consacrent la protection des droits fondamentaux, sous l'égide de la dignité humaine, ainsi que la souveraineté du peuple allemand et l'ordre constitutionnel établi par la Loi fondamentale¹⁰⁹³. La référence à cette clause dans l'article 23§1 fonde le fait que la Loi fondamentale « constitue l'étalon de la protection des droits fondamentaux » pour le droit de l'Union et non l'inverse¹⁰⁹⁴.

Cette double condition de garantie des droits fondamentaux est par ailleurs bien connue de la Cour constitutionnelle fédérale qui s'applique à les faire respecter¹⁰⁹⁵. Pour Jutta Limbach, ancienne présidente de la Cour constitutionnelle, cela pourrait expliquer la

¹⁰⁹⁰ Article 23§1 LF : « [...] [die] Entwicklung der Europäischen Union [...] [gewährleistet] einen diesem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz [...]. Für die Begründung der Europäischen Union sowie für Änderungen ihrer vertraglichen Grundlagen und vergleichbare Regelungen, durch die dieses Grundgesetz seinem Inhalt nach geändert oder ergänzt wird oder solche Änderungen oder Ergänzungen ermöglicht werden, gilt Artikel 79 Abs. 2 und 3 ».

¹⁰⁹¹ É. LAGRANGE, A.-M. THEVENOT-WERNER, « Allemagne », *op. cit.*, p. 36.

¹⁰⁹² Pour une critique du caractère « statique » de la clause d'éternité, voir : C. FRANZIUS, « 70 Jahre Grundgesetz und Europa : Passt das zusammen ? », *EuR*, 2019, n° 4, p. 379.

¹⁰⁹³ Respectivement les articles 1§1 et 20§2 et 3 LF.

¹⁰⁹⁴ É. LAGRANGE, A.-M. THEVENOT-WERNER, « Allemagne », *op. cit.*, p. 37.

¹⁰⁹⁵ Une évolution relative à la protection des droits fondamentaux a toutefois été amorcée par la Cour constitutionnelle fédérale en novembre 2019 (BVerfG, 6 nov. 2019, décision n° 1 BvR 16/13, *Recht auf Vergessen I* ; BVerfG, 6 nov. 2019, décision n° 1 BvR 276/17, *Recht auf Vergessen II*). Cf. *infra*, §405.

relation problématique qu'elle entretient avec la Cour de justice de l'Union¹⁰⁹⁶. Cet article lui permet en effet de contrôler de manière très approfondie le respect de la Loi fondamentale par les traités européens. Tel que formulé par Evelyne Lagrange et Anne-Marie Thévenot-Werner, la Cour constitutionnelle fédérale estime que le respect par l'Union d'une protection équivalente des droits fondamentaux « conditionne en retour la primauté d'application du droit dérivé de l'Union dans l'ordre juridique allemand ». Si la protection des droits fondamentaux assurée par l'Union venait à défaillir, « le droit de l'Union serait déclaré inapplicable dans cette mesure ». Si la protection des droits fondamentaux par l'Union est au contraire garantie, ce dernier prévaut sur toute norme d'origine interne¹⁰⁹⁷. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle rend ainsi « très difficile l'adaptation de la Constitution aux nécessités d'un renforcement constant de l'Union européenne ». Sous des apparences d'ouverture et de caractère général, la constitutionnalisation du droit de l'Union en Allemagne se révèle extrêmement circonscrite et « manifeste une évidente méfiance envers des transferts de compétences trop importants »¹⁰⁹⁸.

341. Caractère restrictif de la constitutionnalisation du droit de l'Union en France. Au même moment, après plus de 30 années de participation à la Communauté européenne, la France a également modifié sa Constitution¹⁰⁹⁹. À la suite du référendum tenu le 20 septembre 1992, elle s'est dotée d'un nouveau titre, devenu titre XV « De l'Union européenne », comprenant l'article 88-1. Contrairement à l'exemple allemand, cet article est relativement court et le titre XV a été modifié à plusieurs reprises pour ratifier les traités successifs. Il a trouvé sa forme actuelle suite à la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. La modification de l'article 88-1 s'est accompagnée de l'ajout des articles 88-2 à 88-7 relatifs au mandat d'arrêt européen, à l'ouverture des élections municipales aux citoyens européens résidant en France et à la participation des Assemblées à l'Union. Aucune référence à la Charte ou à son champ d'application n'a été faite au sein de ces articles ou dans le reste de la Constitution, qui ne contient aucune référence à des textes internationaux de protection des droits fondamentaux¹¹⁰⁰. À la différence de l'Allemagne,

¹⁰⁹⁶ J. LIMBACH, *Das Bundesverfassungsgericht*, op. cit., p. 80.

¹⁰⁹⁷ É. LAGRANGE, A.-M. THEVENOT-WERNER, « Allemagne », op. cit., p. 43.

¹⁰⁹⁸ M. FROMONT, « Les juges constitutionnels allemand et français ... », op. cit., p. 595.

¹⁰⁹⁹ Sur le droit de l'Union dans la Constitution avant la révision constitutionnelle de 1992, voir : T. DE BERRANGER, *Constitutions nationales et construction communautaire. Essai d'approche comparative sur certains aspects constitutionnels nationaux de l'intégration européenne*, Paris, LGDJ, 1995.

¹¹⁰⁰ Seul éventuellement l'article 53-2 C° fait référence au traité instituant la Cour pénale internationale pour en permettre la ratification.

la référence peut néanmoins apparaître « par ricochet », dès lors que l'article 88-1 C° vise expressément les traités européens, qui renvoient eux-mêmes à la Charte par le biais de l'article 6§1 TUE¹¹⁰¹.

342. Absence de conditionnalité de l'engagement européen. L'ajout d'un titre spécifique à l'Union européenne a permis de reconnaître « la spécificité des engagements européens de la France par rapport à ses engagements internationaux »¹¹⁰² et de les privilégier face au droit international classique¹¹⁰³. Le Conseil constitutionnel a abondé en ce sens à l'occasion de sa décision relative à la conformité du traité établissant une Constitution pour l'Europe rendue en 2004. Il s'est appuyé sur l'article 88-1 C° pour estimer que la primauté du droit de l'Union était protégée par la Constitution¹¹⁰⁴. Ce fondement a été privilégié aux §14 et 15 du préambule de la Constitution de 1946, pourtant plus généraux¹¹⁰⁵. Si la ratification du traité constitutionnel a depuis été abandonnée et remplacée par le traité de Lisbonne, sans que l'article 88-1 C° ne soit réutilisé pour fonder une exigence de respect de l'ensemble du droit de l'Union, il semble toujours envisageable que cet article reste le fondement constitutionnel de l'engagement européen au même titre que l'article 23 LF. Il prévoit en effet que « La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 ». Il contient par conséquent une déclaration de principe qui consacre la reconnaissance du processus de construction européenne et « fait [...] bénéficier d'une présomption de régularité constitutionnelle toutes les décisions futures prises dans le cadre des traités, ou résultant de ceux-ci »¹¹⁰⁶.

343. Limite perméable aux transferts de compétences. Néanmoins, contrairement à l'article 23 LF, l'article 88-1 C° n'entérine pas d'autorisation de transfert de compétences proprement dite. Partant, le Conseil constitutionnel s'est attaché à déterminer la limite aux transferts possibles sans révision constitutionnelle. Dans sa décision du 9 avril 1992, il estime que les transferts de compétences ne peuvent « [porter] atteinte aux conditions

¹¹⁰¹ É. DUBOUT, P. SIMON, L. XENOU, « France », in : L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *La Charte des droits fondamentaux saisie par les juges en Europe*, op. cit., p. 327.

¹¹⁰² J. RIDOT, F. PICOD, in : F. LUCHAIRE, G. CONAC, X. PRETOT (dir.), *La Constitution de la République française : analyses et commentaires*, 3^{ème} éd., Paris, Economica, 2008, Art. 88-1, p. 1869.

¹¹⁰³ L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN et al., *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 178.

¹¹⁰⁴ Cons. const., 19 nov. 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, prec., cons. 13.

¹¹⁰⁵ J. RIDOT, F. PICOD, op. cit., Art. 88-1, p. 1873.

¹¹⁰⁶ G. CARCASSONNE, M. GUILLAUME (éd.), *La Constitution*, 15^{ème} éd., Paris, Points, 2019, Art. 88-1, p. 395.

essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ». Ainsi, un transfert de compétences tel que la mise en œuvre de la politique monétaire et de change unique prévue par le TUE priverait de manière effective la France de ses compétences dans l'un des domaines appartenant aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » et se révèle par conséquent impossible sans révision de la Constitution¹¹⁰⁷. À cette limite s'ajoutent deux éléments : l'interdiction d'une clause contraire à une disposition explicite de la Constitution et la remise en cause des droits et libertés garantis par la Constitution¹¹⁰⁸. Par ailleurs, l'article 88-1 C° qualifie les transferts de compétences « d'exercice en commun des compétences ». Cette formulation implique que les compétences appartiennent toujours aux États, même s'ils ont renoncé à les exercer seuls pour une durée indéfinie. La perspective d'une Union européenne sous la forme de fédération est donc aujourd'hui rendue impossible par la formulation de cet article¹¹⁰⁹.

344. Influence des différences de constitutionnalisation française et allemande sur l'interprétation du droit de l'Union. Contrairement à l'article 23 LF, la formulation de l'article 88-1 C° est courte, spécifique et implique des révisions constitutionnelles régulières¹¹¹⁰. Néanmoins, la simplicité de cet article, et par là le peu de limite qu'il instaure, offre également une « grande souplesse d'utilisation »¹¹¹¹ et d'interprétation qui rendent cette clause ponctuelle beaucoup plus adaptable au développement de l'Union que la clause générale mais drastiquement encadrée de la Loi fondamentale allemande¹¹¹². Ainsi, selon Constance Grewe, « bien que plus généreuses au départ, les clauses générales peuvent se fermer progressivement alors que les clauses ponctuelles peuvent évoluer vers l'ouverture. Les situations allemande et française l'illustrent ».

Par sa capacité à ouvrir ou à fermer la porte à d'éventuelles évolutions ou interprétations, le mode de constitutionnalisation du droit de l'Union apparaît déterminant dans la réception du droit de l'Union dans les ordres juridiques internes. La réception à laquelle le droit de l'Union sera sujet ou encore les types de contrôle auxquels il pourra être soumis auront une influence décisive sur son interprétation et, par conséquent, sur

¹¹⁰⁷ Cons. const., 9 avril 1992, décision n° 92-308 DC, *Traité sur l'Union européenne*, cons. 9-15 et 40-45. Également : Cons. const., 31 déc. 1997, décision n° 97-394 DC, *Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, les Traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes*, cons. 1-8 et 21-30.

¹¹⁰⁸ M. FROMONT, « Les juges constitutionnels allemand et français ... », *op. cit.*, p. 600.

¹¹⁰⁹ G. CARCASSONNE, M. GUILLAUME (éd.), *op. cit.*, Art. 88-1, p. 395 ; J. RIDOT, F. PICOD, *op. cit.*, Art. 88-1, p. 1869.

¹¹¹⁰ M. WENDEL, « (§8) Verfassungsrecht – Völkerrecht – Europarecht », *op. cit.*, p. 391.

¹¹¹¹ J. RIDOT, F. PICOD, *op. cit.*, Art. 88-1, p. 1870.

¹¹¹² En ce sens : J. HECKER, « Die europäische Integration vor dem Bundesverfassungsgericht und dem Conseil constitutionnel », *AöR*, 1998, vol. 123, p. 577-605.

l'interprétation du champ d'application de la Charte. À partir de la constitutionnalisation se jouent en effet d'autres mécanismes susceptibles d'exercer une influence sur la réception de la Charte, dont celui de l'interprétation des principes constitutionnels.

§2- La constitutionnalisation jurisprudentielle du droit de l'Union

345. Dans le cadre de leur jurisprudence respective, les cours constitutionnelles française et allemande ont été amenées à interpréter d'une manière spécifique certains des principes fondateurs de leurs ordres juridiques. Avec pour objectif de poser des limites à l'intégration européenne, l'interprétation de ces principes en fonction du droit de l'Union a servi de rempart. Partie intégrante de l'identité constitutionnelle française et allemande¹¹¹³, l'interprétation de ces principes a donné lieu à une constitutionnalisation « jurisprudentielle » du droit de l'Union.

En France, le Conseil constitutionnel a toujours privilégié le recours au principe de souveraineté afin de contenir l'intégration européenne¹¹¹⁴ (A). En Allemagne, l'article 23§1 LF renferme plusieurs principes fondateurs, dans la mesure où le constituant a exigé de l'Union européenne le respect des règles inhérentes à son ordre juridique. La Cour constitutionnelle fédérale a pourtant choisi de privilégier le principe démocratique comme limite au droit de l'Union¹¹¹⁵ (B).

A) Le principe de souveraineté français

346. Bien qu'il ne soit pas déclaré intangible par la Constitution, le principe de souveraineté est mentionné par elle à de nombreuses reprises (1). Cette abondance textuelle et l'importance structurelle qui en découle justifient sans doute le choix du Conseil constitutionnel de s'en saisir comme limite à l'intégration européenne (2).

¹¹¹³ Cf. *infra*, §378. et 390.

L'identité constitutionnelle contribue à limiter l'intégration européenne en se fondant sur des principes intangibles inhérents aux ordres juridiques nationaux. En ce sens : J.-P. DEROSIER, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éd., 2015, p. 351.

¹¹¹⁴ Seul l'article 89 al. 5 de la Constitution française consacre l'intangibilité d'un principe. Il s'agit du principe relatif à la forme républicaine de la France.

¹¹¹⁵ Les manifestations des autres principes cités par l'article 23§1 LF, à savoir les principes fédératif, sociaux et d'État de droit, ont jusqu'à présent toujours été jugées compatibles avec l'intégration européenne. Sur l'État de droit plus particulièrement, voir : C.D. CLASSEN, in : H. von MANGOLDT, F. KLEIN, C. STARCK (éd.), *Das Bonner Grundgesetz*, vol. 2, 7^{ème} éd., C.H. Beck, Munich, 2018, Art. 23, pts 32 et s.

1. Définition du principe

347. Principe de souveraineté dans les constitutions. La Constitution française fait référence au principe de souveraineté à l’alinéa 1 du Préambule, dans le Titre premier (« De la souveraineté »), aux articles 3 al. 1 et 4 al. 1 C° ou encore à l’article 3 de la DDHC. Cette pléthore de renvois contraste vigoureusement avec la Loi fondamentale, qui n’y fait référence qu’à deux reprises et uniquement pour autoriser des transferts de droits de souveraineté de la République fédérale d’Allemagne au profit de l’Union ou d’institutions internationales¹¹¹⁶. S’il est possible de trouver trace de ce principe dans la Loi fondamentale par le biais de l’article 20§2, qui énonce que « Tout pouvoir d’État émane du peuple »¹¹¹⁷, la Cour constitutionnelle fédérale a, contrairement au Conseil constitutionnel, attendu un certain temps avant de l’évoquer à l’égard du droit de l’Union¹¹¹⁸.

348. Signification en France. Parmi la pluralité d’acceptions associées à la souveraineté¹¹¹⁹, aucune n’a précisément été consacrée en droit positif en France. Le Conseil constitutionnel n’en a pas donné de définition et semble s’attacher à en faire respecter les attributs au cas par cas¹¹²⁰. Michel Troper propose d’en retenir quatre qui, de manière combinée, nous semblent correspondre à la situation française¹¹²¹. En premier, la souveraineté peut être « la qualité d’un être qui n’a pas de supérieur », c’est-à-dire « la qualité d’un État, qui n’est soumis à aucune puissance extérieure ou intérieure »¹¹²². Une seconde définition envisage la souveraineté comme « l’ensemble des pouvoirs ou des compétences que peut exercer [un] État », aussi appelé « puissance d’État », et qui implique la production de normes. En troisième, la souveraineté s’apparente à la détention de « la totalité de la puissance d’État » qui, en raison de la hiérarchie des normes, représente en réalité « l’ensemble du pouvoir constituant et du pouvoir législatif ». Enfin la question de sa titularité amène à définir la souveraineté comme appartenant au peuple, tel que cela est consacré à l’article 3 al. 1 C° et indirectement à l’article 3 DDHC, et permet de l’associer

¹¹¹⁶ Articles 23 et 24 LF.

¹¹¹⁷ J.-P. DEROSIER, *Les limites constitutionnelles à l’intégration européenne*, op. cit., p. 179.

¹¹¹⁸ Cf. *infra*, §358.

¹¹¹⁹ J.-P. DEROSIER, *Les limites constitutionnelles à l’intégration européenne*, op. cit., p. 172-181.

¹¹²⁰ Par ex. : Cons. const., 6 nov. 1962, décision n° 62-20 DC, *Loi relative à l’élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962*, cons. 2 ; Cons. const., 9 avril 1992, *Traité sur l’Union européenne*, prec., cons. 13 ; Cons. const., 2 sept. 1992, décision n° 92-312 DC, *Traité sur l’Union européenne*.

¹¹²¹ M. TROPER, « Question n° 5 : Comment la Constitution de 1968 définit la souveraineté nationale ? », in : *La Constitution en 20 questions*, mis en ligne par le Conseil constitutionnel à l’occasion des 50 ans de la Constitution.

¹¹²² De là découle la distinction entre souveraineté interne et souveraineté externe.

au caractère démocratique qui l'accompagne en France¹¹²³. La souveraineté apparaît ainsi comme la « compétence de la compétence »¹¹²⁴. Cette approche globale peut expliquer la position du Conseil constitutionnel dans sa décision du 30 décembre 1976, dans laquelle il distingue limitation de souveraineté et transfert de souveraineté¹¹²⁵. À la différence de la limitation, qui a cours avec le droit de l'Union, le transfert se révèle impossible au regard du texte même de la Constitution.

Le Conseil constitutionnel s'est appuyé à plusieurs reprises sur les attributs de ce principe afin de contrôler la constitutionnalité du droit primaire de l'Union.

2. La limitation du droit de l'Union par le principe de souveraineté

349. Conditions essentielles d'exercice de la souveraineté. Malgré l'absence de définition claire du principe de souveraineté, le Conseil constitutionnel y a eu recours à plusieurs reprises pour exprimer des réserves de constitutionnalité avant la ratification de traités européens. Ce principe s'est peu à peu imposé jusqu'à devenir l'étalon de la constitutionnalité des engagements européens et très certainement un élément central de l'identité constitutionnelle¹¹²⁶. Lors de chacune – ou presque – des saisines du Conseil à ces occasions, le contrôle de constitutionnalité a été effectué à l'aune du « respect des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté » par les engagements européens. Si le Conseil est toujours resté « vague et général »¹¹²⁷ quant à cette expression, Dominique Rousseau estime que cela est probablement lié à la volonté de laisser au constituant une large marge de manœuvre¹¹²⁸. En effet, lorsqu'un traité européen est déclaré inconstitutionnel pour non-respect des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, le constituant se trouve dans l'obligation de modifier la Constitution avant

¹¹²³ M.-A. COHENDET, *Droit constitutionnel*, 4^{ème} éd., Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éd., 2019, p. 72-77.

¹¹²⁴ J.-P. DEROSIER, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne*, *op. cit.*, p. 182 et s.

¹¹²⁵ Cons. const., 30 déc. 1976, décision n° 76-71 DC, *Décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct*, cons. 2.

¹¹²⁶ En ce sens : CONSEIL CONSTITUTIONNEL, « La souveraineté nationale », consulté le 4 janv. 2020, www.conseil-constitutionnel.fr ; D. ROUSSEAU, « L'identité constitutionnelle, bouclier de l'identité nationale ou branche de l'étoile européenne ? », in : L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2011, p. 89 et s. ; A. VIDAL-NAQUET, « Comment se forge l'identité constitutionnelle ? Le rôle du législateur et du juge », in : *L'identité constitutionnelle (Journée d'étude)*, Novembre 2013, publié dans : *RGDIP*, 2014, n° 3, p. 517 et s.

¹¹²⁷ D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN, J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, 11^{ème} éd., Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éd., 2016, p. 432.

¹¹²⁸ *Ibid.*

ratification du traité. Le Conseil estime vraisemblablement que l’influence du constituant dans son choix ne relève pas de sa compétence.

350. Limitation du droit de l’Union. Le Conseil constitutionnel a contrôlé à plusieurs reprises la conformité de nouvelles règles européennes avec les « conditions essentielles d’exercice de la souveraineté nationale ». Le remplacement des contributions financières des États membres par la mise en place de ressources propres pour les Communauté européenne en 1970 a ainsi été jugé conforme au motif que cette décision ne présentait que « le caractère d’une mesure d’application »¹¹²⁹.

L’élection des membres de l’Assemblée des Communautés au suffrage universel direct a également été jugée conforme au principe de souveraineté en 1976. Le Conseil a estimé que la souveraineté ne peut être que nationale, le processus de vote procédant de l’article 3 C° ne peut servir qu’à élire des représentants dans le cadre des institutions de la République, qui eux seuls participent à l’exercice de la souveraineté. Dès lors, une Assemblée « qui n’appartient pas à l’ordre institutionnel de la République française [...] ne participe pas à l’exercice de la souveraineté nationale »¹¹³⁰. Cette approche a été reprise en 1992 à l’occasion du second contrôle relatif à l’élection du Parlement européen¹¹³¹.

A contrario, l’octroi du droit de vote et d’éligibilité des citoyens européens aux élections locales a été jugé contraire au principe de souveraineté et a nécessité une révision constitutionnelle avant la ratification du traité de Maastricht. L’ouverture du droit de vote à des non-nationaux pour des élections participant à l’exercice de la souveraineté nationale portait atteinte à l’article 3 C°¹¹³².

Enfin, dans la mesure où le vote à l’unanimité permet de préserver un droit de veto aux États membres¹¹³³, plusieurs transferts de compétences avec passage du vote de l’unanimité à la majorité au Conseil des Communautés européennes ont été déclarés non conforme au principe de souveraineté¹¹³⁴.

¹¹²⁹ Cons. const., 19 juin 1970, décision n° 70-39 DC, *Traité signé à Luxembourg le 22 avril 1970 portant modification de certaines dispositions budgétaires des traités instituant les communautés européennes et du traité instituant un conseil unique et une commission unique des Communautés européennes* e.a., cons. 2 et 5-9.

¹¹³⁰ Cons. const., 30 déc. 1976, *Décision du Conseil des communautés européennes*, prec., cons. 4, 6, 7.

¹¹³¹ Cons. const., 9 avril 1992, *Traité sur l’Union européenne*, prec., cons. 34 et 35.

¹¹³² Article 3 al. 4 C° : « Sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques ».

¹¹³³ D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN, J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 432.

¹¹³⁴ Cons. const., 9 avril 1992, *Traité sur l’Union européenne*, prec., cons. 48-50 ; Cons. const., 31 déc. 1997, *Traité d’Amsterdam modifiant le Traité sur l’Union européenne*, prec., cons. 21-30 ; Cons. const., 19 nov. 2004, *Traité établissant une Constitution pour l’Europe*, prec., cons. 27-34 ; Cons. const., 20 déc. 2007, décision n° 2007-560 DC, *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l’Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, cons. 18-25. En ce sens également : Cons. const., 9 avril 1992, *Traité sur l’Union*

351. Charte des droits fondamentaux. En 2004 (puis en 2007 pour autoriser la ratification du traité de Lisbonne), le champ d'application de la Charte a également été contrôlé au regard du principe de souveraineté. Le Conseil constitutionnel a estimé que ni la Charte ni son champ d'application n'affectaient « les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » au point de nécessiter une révision de la Constitution¹¹³⁵. Dominique Rousseau explique cette formulation par le fait que le Conseil constitutionnel voit dans l'adoption de la Charte une atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale car tous les droits inscrits dans la Charte n'ont pas valeur constitutionnelle en France. Le législateur se verra donc obligé d'élaborer les lois qui se situent dans le champ d'application du droit de l'Union en respectant d'autres droits que ceux consacrés par la Constitution nationale. Néanmoins, cette atteinte n'appellerait pas de révision de la Constitution étant donné que, selon les explications relatives à la Charte, les principes ne sont pas entièrement contraignants et l'ensemble du texte doit être interprété en harmonie avec les traditions constitutionnelles des États membres et avec la CESDH¹¹³⁶.

352. Conséquences du contrôle des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Ces contrôles témoignent d'une nouvelle perspective donnée au principe de souveraineté. Cette perspective est tournée vers les problématiques européenne. En France, la constitutionnalisation du droit de l'Union passe donc, outre par le cadre écrit, par des interprétations spécifiques au droit de l'Union du principe de souveraineté. Néanmoins, la limite posée par ce principe n'est pas absolue en ce que la Constitution peut être révisée avant toute ratification d'un traité. De telles décisions du Conseil constitutionnel ne condamnent donc pas l'évolution de l'Union mais visent à mettre en conformité de manière préventive la norme suprême nationale avec le droit de l'Union. Il en va un peu différemment en Allemagne au regard du principe fondamental sur lequel repose la limitation ainsi qu'au regard des conséquences des limitations opposées.

B) Le principe de démocratie allemand

353. Le principe de démocratie est mentionné à plusieurs reprises dans la Loi fondamentale. Il fait partie des règles intangibles prévues par l'article 79§3 LF par le biais

européenne, prec., cons. 43-45 ; Cons. const., 9 août 2012, décision n° 2012-653 DC, *Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire*, cons. 16 et 30 ; Cons. const., 31 juill. 2017, décision n° 2017-749 DC, *Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*, pts 29 et 73.

¹¹³⁵ Cons. const., 19 nov. 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, prec., cons. 15 et 22. Confirmé par : Cons. const., 20 déc. 2007, *Traité de Lisbonne*, prec., cons. 12.

¹¹³⁶ D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN, J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 434.

du renvoi à l’article 20 LF. La Cour constitutionnelle fédérale a développé une véritable définition du principe à partir de ce dernier article (1). En conséquence, il est susceptible de constituer le fondement d’un contrôle de la constitutionnalité du droit primaire européen (2).

1. Définition du principe

354. Principe de démocratie dans les Constitutions. Sous la forme française, le principe de souveraineté n’existe pas en Allemagne. Un modèle comparable peut néanmoins être trouvé dans le principe de démocratie. L’article 20 LF prévoit en son paragraphe 1 que l’Allemagne est « un État fédéral démocratique » et en son paragraphe 2 que « Tout pouvoir d’État émane du peuple. Le peuple l’exerce au moyen d’élections et de votations et par des organes spéciaux investis des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire ». Le paragraphe 1 pose en quelque sorte le principe démocratique, cependant que le paragraphe 2 le concrétise¹¹³⁷. Rappelé à l’article 23§1 LF sur l’Union européenne, ce principe témoigne de la volonté d’arrimer en quelques sortes les valeurs de l’Union européenne sur le même ensemble de valeurs que la Loi fondamentale¹¹³⁸.

Si le principe démocratique est également consacré en France par les articles 1 al. 1 et 4 al. 1 et 3 C°, il n’apparaît pas dans les articles de la Constitution consacrés à l’Union et le Conseil constitutionnel ne s’en est pas saisi de manière à limiter l’intégration européenne. Au niveau européen, le principe de démocratie est également garanti puisqu’il est une condition d’adhésion à l’Union européenne et qu’il apparaît à plusieurs reprises dans les traités européens¹¹³⁹. Ceux-ci spécifient que l’Union est fondée « sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, [...] ». Ces valeurs sont communes aux États membres »¹¹⁴⁰.

355. Signification en Allemagne. Le principe de démocratie bénéficie d’un grand nombre de définitions¹¹⁴¹. En Allemagne, il constitue un principe de la structure étatique (*Staatsstrukturprinzip*) et se caractérise par son appartenance à la clause d’éternité¹¹⁴². De cette catégorisation résultent, selon Karl-Peter Sommermann, des éléments précis de

¹¹³⁷ J.-P. DEROSIER, *Les limites constitutionnelles à l’intégration européenne*, op. cit., p. 242.

¹¹³⁸ É. LAGRANGE, A.-M. THEVENOT-WERNER, « Allemagne », op. cit., p. 38.

¹¹³⁹ Articles 2, 9 à 12, 21, 49 al. 1 du TUE, ainsi que les §2, 4 et 7 du préambule du TUE.

¹¹⁴⁰ Article 2 du TUE (nous soulignons).

¹¹⁴¹ K.-P. SOMMERMAN, in : H. von MANGOLDT, F. KLEIN, C. STARCK (éd.), *Das Bonner Grundgesetz*, op. cit., Art. 20, pt 81.

¹¹⁴² Article 79§3 LF : « Toute modification de la présente Loi fondamentale qui toucherait à l’organisation de la Fédération en Länder, au principe de la participation des Länder à la législation ou aux principes énoncés aux articles 1 et 20, est interdite ».

définition¹¹⁴³. Premièrement, le principe de démocratie repose sur l'idée de la libre autodétermination de tous (« *freier Selbstbestimmung aller* »)¹¹⁴⁴, qui implique que si une décision n'est pas prise directement par le peuple, les organes de l'État doivent nécessairement tirer leur légitimation directement ou indirectement d'un acte de volonté du peuple, résultant d'une « chaîne de légitimation » (« *Legitimationskette* »)¹¹⁴⁵. De là découle l'exigence d'organiser des élections libres régulièrement, auxquelles les citoyens doivent pouvoir participer de manière égale en droit en tant que membres à part entière du peuple¹¹⁴⁶. Le troisième élément du principe de démocratie exige de rendre possible la libre formation de l'opinion du peuple (« *freie Meinungsbildung des Volkes* »)¹¹⁴⁷ notamment par l'information. À cet égard, les droits fondamentaux relatifs aux communications et protégés par la Loi fondamentale sont d'une importance particulière. Quatrièmement, la formation de la volonté suppose une certaine concentration de forces politiques, c'est-à-dire un système multipartite (« *Mehrparteiensystem* »). Enfin, les décisions doivent être prises en fonction de la règle de la majorité, tout en respectant l'égalité des droits politiques des citoyens. L'ouverture du processus politique à l'éventualité que la minorité puisse devenir la majorité de demain (« *Minderheiten zu Mehrheiten werden können* »)¹¹⁴⁸ doit également être protégée « car, par définition même, la majorité suppose l'existence d'une minorité ; et par suite, le droit de la majorité suppose le droit d'une minorité à l'existence »¹¹⁴⁹. À partir de cette définition, la Cour constitutionnelle a développé un contrôle de constitutionnalité du droit de l'Union.

2. La limitation du droit de l'Union par le principe de démocratie en Allemagne

356. Lien entre principe de démocratie et droit de l'Union. En raison de l'interprétation donnée par la Cour constitutionnelle fédérale, la garantie du principe démocratique par la Loi fondamentale allemande se révèle très contraignante. Le jeu de construction de l'identité constitutionnelle au moyen des articles 79§3 et 20 LF implique que toute limitation du principe démocratique ne doit pas dépasser la limite fixée. Si le droit

¹¹⁴³ K.-P. SOMMERMAN, *op. cit.*, Art. 20, pts 81-86.

¹¹⁴⁴ BVerfG, 2 mars 1977, décision n° 2 BvE 1/76, *Öffentlichkeitsarbeit*, BVerfGE 44, 125, §52.

¹¹⁴⁵ BVerfG, 15 fév. 1978, décisions n° 2 BvR 134/76, 268/76, *Gemeindeparlament*, BVerfGE 47, 253, §65.

¹¹⁴⁶ BVerfG, 2 mars 1977, *Öffentlichkeitsarbeit*, *prec.*, §52.

¹¹⁴⁷ BVerfG, 17 nov. 1994, décision n° 2 BvB 1/93, *Parteienbegriff I*, BVerfGE 91, 262, §24.

¹¹⁴⁸ BVerfG, 2 mars 1977, *Öffentlichkeitsarbeit*, *prec.*, §58.

¹¹⁴⁹ H. Kelsen, *La démocratie. Sa nature – Sa valeur*, traduction de la 2^{ème} éd. C. Eisenmann, Paris, Sirey, 1932 (rééd. Dalloz 2004), p. 63.

de l’Union venait à interpréter ce principe d’une manière à la dépasser, une limite constitutionnelle à l’intégration européenne lui serait opposée, dès lors que l’article 23§1 LF impose au droit de l’Union le respect du principe démocratique tel qu’il est saisi par le droit allemand. L’interprétation du principe de démocratie par la Cour constitutionnelle fédérale est ainsi susceptible de contenir le développement du droit de l’Union.

357. Interprétation européenne du principe de démocratie. Ce principe fait l’objet d’une interprétation européenne dans la mesure où l’interprétation procède spécifiquement des problématiques soulevées par l’irruption du droit européen en Allemagne. À l’occasion de l’adoption des nouveaux traités en droit interne, la Cour constitutionnelle fédérale a ainsi précisé le contour des limites posées par le principe de démocratie au regard de la combinaison des articles 79§3, 20 et 23§1 LF.

Dans une série d’arrêts, la Cour constitutionnelle fédérale a clairement formulé qu’une limitation trop importante des compétences du *Bundestag*, le Parlement fédéral en Allemagne, par un transfert aux institutions européennes irait à l’encontre de la limite formée par le principe démocratique dans le cadre de l’identité constitutionnelle. Le *Bundestag* doit nécessairement « conserver des compétences et des pouvoirs d’une importance substantielle »¹¹⁵⁰ afin de rester « maître de ses décisions » (*Herr seiner Entschlüsse*)¹¹⁵¹ et de préserver la compétence de la compétence (*Kompetenz-Kompetenz*)¹¹⁵². En 2009, la Cour constitutionnelle s’est plus précisément intéressée à la manière dont sont réparties et exercées les compétences entre l’Union et les États membres afin de préserver « une balance équilibrée »¹¹⁵³. Elle s’intéresse en l’espèce à la préservation du principe de démocratie en droit interne et au respect d’un certain niveau de garantie par les moyens mis en place au sein de l’Union. Elle reconnaît ainsi qu’« au sein d’une communauté d’États, la légitimation démocratique ne peut être réalisée selon les mêmes formes qu’au sein d’un ordre étatique »¹¹⁵⁴ et interprète le principe de démocratie d’une manière spécifique au droit de l’Union.

¹¹⁵⁰ BVerfG, 12 oct. 1993, décisions n° 2 BvR 2134/92, 2159/92, *Maastricht*, BVerfGE 89, 155, considérations principales (*Leitsätze*) et §63. En ce sens également : BVerfG, 30 juin 2009, décision n° 2 BvE 2/08, *Lissabon*, BVerfGE 123, 267 ; BVerfG, 18 mars 2014, décision n° 2 BvR 1390/12, *Europäischer Stabilitätsmechanismus*, BVerfGE 135, 317.

¹¹⁵¹ BVerfG, 18 mars 2014, *Europäischer Stabilitätsmechanismus*, prec., §164.

¹¹⁵² BVerfG, 12 oct. 1993, *Maastricht*, prec.

¹¹⁵³ BVerfG, 30 juin 2009, *Lissabon*, prec., §351.

¹¹⁵⁴ BVerfG, 12 oct. 1993, *Maastricht*, prec. ; BVerfG, 30 juin 2009, *Lissabon*, prec.

De même qu'en France, l'octroi du droit de vote aux citoyens européens aux élections locales a fait l'objet d'un contrôle de conformité au principe de démocratie par la Cour constitutionnelle fédérale. Celle-ci a jugé l'octroi inconstitutionnel au regard de l'intangibilité de l'article 20§2 LF dans sa référence au peuple allemand¹¹⁵⁵ et exigé une révision d'un autre article de la Loi fondamentale afin de pouvoir ratifier le traité de Maastricht.

358. Influences réciproques des approches française et allemande. En Allemagne, la particularité de la limite constitutionnelle formée par le principe de démocratie est son caractère absolu. En effet, aucune révision constitutionnelle de l'essence du principe de démocratie tel que garanti par les articles 79§3 et 20 LF n'est envisageable. *A contrario* en France, le principe de souveraineté ne fait pas l'objet d'une intangibilité absolue. Les conséquences de cette limitation à l'intégration européenne pourraient donc nettement diverger.

Cependant, malgré la différence de principe entre la France et l'Allemagne et les conséquences qu'une limitation pourrait emporter, on observe que les motifs de limites constitutionnelles sont assez proches. Les conséquences de la mise en place d'une citoyenneté européenne, notamment du droit de vote, aussi bien que la perte de pouvoir sur un certain nombre de compétences (perte de pouvoir du *Bundestag* en Allemagne, perte de la souveraineté française avec la règle de l'unanimité, politique financière et monétaire) ont fait l'objet de décisions des cours constitutionnelles. Cette corrélation des intérêts peut même aller jusqu'à l'influence réciproque. En matière de droit de vote des citoyens européens, le Conseil constitutionnel français a adopté deux ans après la Cour constitutionnelle fédérale une solution proche de la solution allemande en dissociant la notion de peuple. À l'inverse, la Cour constitutionnelle fédérale a plus récemment opéré un glissement du principe de démocratie vers le principe de souveraineté¹¹⁵⁶ alors même que ce principe n'apparaît pas dans la Loi fondamentale. Dans sa décision *Lissabon* de 2009, la notion de souveraineté (*Souveränität*) ou la « qualité d'État souverain » (*souveränen Staatlichkeit*) est ainsi utilisée jusqu'à 33 fois, au détriment des « droits souverains » (*Hoheitsrechte*) auxquels la Cour fait habituellement référence¹¹⁵⁷. Par ce glissement, elle expose sa propre définition du principe de souveraineté, qu'elle rattache à l'essence du

¹¹⁵⁵ BVerfG, 31 oct. 1990, décisions n° 2 BvF 2/89, 6/89, *Ausländerwahlrecht I*, BVerfGE 83, 37, considérations principales (*Leitsätze*) n° 2-4, §52-55.

¹¹⁵⁶ BVerfG, 30 juin 2009, *Lissabon*, prec.

¹¹⁵⁷ M. FROMONT, « Les juges constitutionnels allemand et français ... », *op. cit.*, p. 601.

principe de démocratie tel qu’il est garanti par la Loi fondamentale. Les deux ont en commun de garantir les conditions existentielles de la légitimation démocratique¹¹⁵⁸.

359. Conclusion. Sous couvert d’approches différentes, les positions des cours constitutionnelles française et allemande se révèlent en réalité assez proche. Elles le sont par le contenu des principes de souveraineté et de démocratie, par les sujets susceptibles de rencontrer une limite constitutionnelle à l’intégration européenne et par l’appartenance de ces principes limitatifs du droit de l’Union à l’identité constitutionnelles de la France et de l’Allemagne¹¹⁵⁹. La constitutionnalisation écrite du droit de l’Union semble donc diverger par les méthodes d’intégration choisies alors que la constitutionnalisation jurisprudentielle du droit de l’Union converge peu à peu. Les divergences de constitutionnalisation écrites influencent de manière primordiale l’interprétation du champ d’application des droits fondamentaux de l’Union par les cours constitutionnelles. Pour Michel Fromont « Cela tient à ce que les dispositions constitutionnelles susceptibles de s’appliquer à la construction européenne ne sont pas identiques et aussi à ce que les juges constitutionnels français et allemand statuent dans l’exercice de compétences sensiblement différentes »¹¹⁶⁰. Toutefois, les signes de convergence affichés par la constitutionnalisation jurisprudentielle du droit de l’Union témoignent d’un rapprochement des interprétations sur le fonds et des limitations apportées au droit de l’Union.

Section 2. Les conséquences de la constitutionnalisation du droit de l’Union sur les contrôles par les cours constitutionnelles

360. Les modes écrit et jurisprudentiel de constitutionnalisation du droit de l’Union déterminent inévitablement la manière dont les cours constitutionnelles abordent la question du droit de l’Union vis-à-vis de l’ordre juridique interne. Entre droit de l’Union et droit constitutionnel, les contrôles peuvent être de nature conventionnelle et

¹¹⁵⁸ M. WENDEL, « (§8) Verfassungsrecht – Völkerrecht – Europarecht », *op. cit.*, p. 400.

¹¹⁵⁹ Sur la proximité des identités constitutionnelles en France et en Allemagne comme rempart au droit de l’Union, voir : X. VOLMERANGE, « L’Union européenne en tant que révélateur de l’identité constitutionnelle en France et en Allemagne », in : D. CAPITANT, K.-P. SOMMERMAN, Y. VILAIN (dir.), *Actualité du droit public comparé en France et en Allemagne*, Actes des séminaires franco-allemands de droit public comparé 2006-2007, Paris, Société de législation comparée, 2009, p. 27-37.

¹¹⁶⁰ M. FROMONT, « Les juges constitutionnels allemand et français ... », *op. cit.*, p. 594.

constitutionnelle. Ces deux alternatives se distinguent par la norme de référence du contrôle : un texte conventionnel, en l'espèce le droit de l'Union, pour le contrôle de conventionnalité et la constitution elle-même pour le contrôle de constitutionnalité. De manière générale, les cours constitutionnelles évoluent dans le cadre d'un ordre juridique précis au sommet duquel se trouve la constitution. Compte-tenu de leur fonction de gardienne de la norme suprême par l'ensemble des règles inférieures au titre de la hiérarchie des normes, elles sont seules compétentes pour contrôler la constitutionnalité des normes. Réciproquement, il s'agit de leur seule compétence¹¹⁶¹. Le contrôle qu'elles exercent ne peut donc se faire qu'au regard de la Constitution et non directement au regard du droit de l'Union. Le contrôle du droit interne par rapport à ce dernier est donc impossible et les possibilités de contribuer à l'interprétation du champ d'application de la Charte sont, théoriquement, pratiquement inexistantes (§1). Cet obstacle a conduit les cours constitutionnelles à développer des techniques spécifiques de contrôles du droit de l'Union (§2). Plus ou moins efficaces sur la question du champ d'application de la Charte, ils permettent néanmoins de poser les fondements du contrôle du droit de l'Union au sein des deux ordres juridiques français et allemand.

§1- Le difficile contrôle de constitutionnalité du droit de l'Union

361. L'une difficulté du rapport existant entre le droit de l'Union et les droits constitutionnels français et allemand tient à la complexité des contrôles. Les actes de droit de l'Union susceptibles de faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité sont d'une part les traités, autrement qualifiés de droit primaire (A) et d'autre part le droit secondaire, qui comprend notamment les règlements et directives, auxquels s'ajoutent les mesures nationales de mise en œuvre du droit secondaire (B). Néanmoins, les possibilités de contrôles de constitutionnalité de ces normes se révèlent limitées.

¹¹⁶¹ S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, op. cit., « Cour constitutionnelle », p. 306.

A) *Les contrôles de constitutionnalité limités du droit primaire*

362. Distinction entre contrôle *a priori* et *a posteriori* en France. La distinction entre contrôle de constitutionnalité *a priori* et *a posteriori* est fondamentale en droit français. L’article 54 C° prévoit en effet que, si le Conseil constitutionnel déclare « qu’un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l’autorisation de ratifier ou d’approuver l’engagement international en cause ne peut intervenir qu’après la révision de la Constitution ». La saisine ne peut être effectuée qu’*a priori*, c’est-à-dire avant que l’engagement ne lie l’État de manière définitive. La Constitution ne contient d’ailleurs aucune autre disposition ouvrant droit à un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* de ces mêmes engagements. La saisine *a priori* du juge est toutefois limitée « aux acteurs majeurs de la vie politique »¹¹⁶². Cela exclu de fait toute possibilité de saisine de la part des juridictions ou des justiciables¹¹⁶³. De plus, ce contrôle se limite exclusivement à la Constitution, c’est-à-dire, selon Louis Favoreu, que « les normes de référence du contrôle sont exclusivement des normes de constitutionnalité » et « les normes de référence utilisées sont dans leur intégralité toutes les normes de constitutionnalité ». « Rien que les normes constitutionnelles mais toutes les normes constitutionnelles » en somme¹¹⁶⁴. L’avantage de ce contrôle antérieur à la ratification est qu’il permet d’éviter toute discordance entre les traités et la Constitution, à la condition que les titulaires de ce droit saisissent le juge dès qu’un doute subsiste. Cette procédure de droit commun des engagements internationaux s’applique également aux traités européens.

363. Contrôle de la loi d’exécution du traité en Allemagne. La situation se présente autrement en Allemagne, où il n’existe pas de contrôle *a priori*. Aux termes de l’article 59§2 LF, le dualisme allemand exige, en effet, l’adoption d’une loi fédérale d’approbation tenant lieu d’ordre d’exécution du traité (*Rechtsanwendungsbefehl*)¹¹⁶⁵. Celle-ci doit précéder tout traitement national de l’engagement international. Une fois intégrés à l’ordre juridique interne par le truchement de cette loi, les traités bénéficient du même rang hiérarchique que les lois fédérales. Par conséquent, le contrôle de constitutionnalité des traités est rendu possible uniquement *a posteriori* étant donné que la

¹¹⁶² M. FROMONT, « Les juges constitutionnels allemand et français ... », *op. cit.*, p. 596 : ces acteurs sont le Président de la République, son Premier ministre, le président de l’une des deux Assemblées, soixante députés ou soixante sénateurs

¹¹⁶³ *Ibid.*

¹¹⁶⁴ L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN *et al.*, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 197 et s.

¹¹⁶⁵ Cf. *supra*, §337.

Cour constitutionnelle fédérale n'est autorisée à contrôler que des actes de puissance publique allemande (*Akt der öffentlichen Gewalt*) par rapport à la Loi fondamentale. Sous cette condition, le contrôle par la Cour constitutionnelle peut être déclenché par trois moyens. Au titre de l'article 93§1 n°2 LF, le Gouvernement fédéral, le Gouvernement d'un Land ou un quart des membres du *Bundestag* peuvent saisir la Cour d'une demande de contrôle abstrait de la loi d'approbation du traité (*abstrakte Normenkontrolle*). L'article 100§2 LF autorise une juridiction ayant un doute sérieux sur la constitutionnalité d'une disposition d'un traité à déposer une demande de contrôle concret de la loi d'approbation du traité en cause (*konkrete Normenkontrolle*). Enfin, l'article 93§1 n°4a LF organise la possibilité d'un recours individuel par toute personne s'estimant lésée dans ses droits fondamentaux par la loi d'approbation du traité.

Ce fonctionnement est toutefois susceptible de poser des problèmes difficilement solubles à l'État allemand. En cas de non-conformité entre la Loi fondamentale et les traités ratifiés, il pourrait se voir obligé d'effectuer un choix entre la violation de la Loi fondamentale et la violation de ses engagements internationaux. Pour prévenir une telle situation, la Cour constitutionnelle fédérale a choisi d'assouplir la stricte règle du contrôle *a posteriori*. Elle a estimé être en mesure d'exercer un contrôle de constitutionnalité de la loi d'exécution du traité après seulement que les deux chambres se soient prononcées, mais avant signature par le président de la République Fédérale. Si le juge constitutionnel devait conclure à une inconstitutionnalité, le Président pourrait ainsi s'abstenir de signer la loi afin qu'elle n'entre pas en vigueur et que le traité ne soit pas ratifié¹¹⁶⁶. Cette solution de contrôle *in extremis* avant ratification a été additionnée par une seconde technique de la Cour pour éviter les problèmes de non-conformité entre la Constitution et un traité ratifié : la déclaration de conformité assortie de réserves d'interprétations. La Cour subordonne ainsi la constitutionnalité de l'engagement international à l'interprétation conforme à la Loi fondamentale fédérale qu'elle en donne¹¹⁶⁷.

364. Comparaison des limites aux deux contrôles. Cette pratique contraste vivement avec celle du Conseil constitutionnel qui n'hésite pas à déclarer inconstitutionnel un engagement international et à conditionner sa ratification à une révision constitutionnelle. Elle pose toutefois question au regard du droit de l'Union, étant donné que les réserves

¹¹⁶⁶ BVerfG, 30 juill. 1952, décision n° 1 BvF 1/52, *Deutschlandvertrag*, BVerfGE 1, 396.

¹¹⁶⁷ En ce sens, voir : M. FROMONT, « L'influence du droit constitutionnel allemand sur le droit constitutionnel français », in : P. COSSALTER, C. WITZ, *60 ans d'influences juridiques réciproques franco-allemandes*, Jubilé des 60 ans du Centre Juridique Franco-Allemand de l'Université de la Sarre, Paris, Société de législation comparée, 2016, p. 156 et s.

d’interprétation permettent au juge constitutionnel allemand d’interpréter unilatéralement un traité multilatéral et de le faire avant même la Cour de justice de l’Union européenne, interprète officielle des traités¹¹⁶⁸. Cette dernière ainsi que les 26 autres États membres se verront donc liés par les réserves d’interprétation introduites par la seule Cour constitutionnelle fédérale. Si des réserves d’interprétation s’imposaient, la Charte est ainsi susceptible d’être interprétée unilatéralement par la Cour constitutionnelle fédérale¹¹⁶⁹.

Les contrôles de constitutionnalité français et allemand du droit primaire européen diffèrent donc grandement mais convergent autour du caractère limité des contrôles possibles : un seul contrôle *a priori* est envisageable en France, tandis que les traités et la Charte ne peuvent être déclarés inconstitutionnels en Allemagne. Si le contrôle de constitutionnalité du droit primaire européen s’avère complexe, ces difficultés sont toutefois plus importantes encore concernant le contrôle du droit secondaire de l’Union. Ces difficultés influencent la détermination du champ d’application de la Charte.

B) Les contrôles de constitutionnalité du droit secondaire et de ses actes nationaux de mise en œuvre

365. Problématique de l’acte de puissance publique. En Allemagne, le raisonnement relatif au contrôle du droit primaire s’applique au droit secondaire avec plus de force encore. La condition nécessaire au contrôle de constitutionnalité par la Cour constitutionnelle fédérale relative à l’acte de puissance publique comme objet du contrôle pose problème face au droit secondaire de l’Union. Par nature, celui-ci ne constitue pas un acte de puissance publique, mais n’a pas non plus vocation à être intégré dans l’ordre juridique interne par une loi d’acceptation. En effet, le droit secondaire est directement applicable dans l’ordre juridique interne en vertu du principe de primauté d’application du droit de l’Union¹¹⁷⁰. Il n’est donc pas susceptible d’être contrôlé par la Cour constitutionnelle au regard de la Loi fondamentale.

Jusqu’à récemment, cette solution s’étendait aux actes nationaux déterminés par le droit de l’Union au motif qu’un contrôle de ces actes revenait à contrôler directement le

¹¹⁶⁸ M. FROMONT, « Les juges constitutionnels allemand et français ... », *op. cit.*, p. 599.

¹¹⁶⁹ Ce que la Cour constitutionnel n’a pas fait dans sa décision relative au traité de Lisbonne, où elle s’est contentée de vérifier que la protection des droits fondamentaux, et notamment de la dignité humaine, telle que garantie par la Charte ne pouvait bénéficier d’une protection insuffisante par le truchement des articles 23§1, 79§3 et 1§1 LF : BVerfG, 30 juin 2009, *Lissabon*, *prec.*

¹¹⁷⁰ CJCE, 15 juill. 1964, *Costa c/ E.N.E.L.*, *prec.* Reconnu également par le juge constitutionnel allemand : BVerfG, 9 juin 1971, *Lütticke*, *prec.*

droit secondaire alors qu'il ne constitue pas un acte de puissance publique¹¹⁷¹. Ce raisonnement a toutefois été remis en cause dans les décisions *Recht auf Vergessen I* et *II* en date du 6 novembre 2019. La Cour constitutionnelle fédérale estime en définitive que l'article 23 LF ouvre l'ordre juridique allemand à l'Union européenne et reconnaît les normes de droit de l'Union comme directement effectives en droit interne. Par conséquent, les actes nationaux de mise en œuvre du droit de l'Union sont susceptibles d'être contrôlés par la Cour constitutionnelle fédérale¹¹⁷².

366. Impossibilité de contrôle *a priori* comme *a posteriori* en France. Sur des fondements différents, la situation se révèle assez proche en France. En effet, le droit secondaire ne peut être qualifié d'engagement international et relever de l'article 55 C°, étant donné qu'il est constitué de normes « unilatéral[es] et non conventionnel[les] ». S'il est pris sur le fondement de véritables engagements internationaux, il constitue pourtant une « catégorie juridique distincte des traités en question » selon Louis Favoreu¹¹⁷³.

Le droit secondaire n'étant pas un engagement international, il bénéficie des règles de constitutionnalisation du droit de l'Union. Sur le fondement des traités, ces dernières autorisent son insertion automatique en droit interne par sa seule publication au JOUE selon le principe de l'immédiateté normative et lui donnent vocation à y occuper rang de primauté¹¹⁷⁴. Toutefois, le droit secondaire appartenant à un autre ordre juridique que l'ordre national, il ne peut faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité¹¹⁷⁵. À l'inverse, les mesures nationales de mise en œuvre du droit secondaire peuvent théoriquement faire l'objet d'un tel contrôle. Le Conseil constitutionnel refuse néanmoins de l'exercer concrètement dès lors que l'acte « se borne à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises » de la norme de droit secondaire¹¹⁷⁶.

¹¹⁷¹ C. DEGENHART, *Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht*, 35^{ème} éd., Heidelberg, C.F. Müller, 2019, p. 101.

¹¹⁷² BVerfG, 6 nov. 2019, *Recht auf Vergessen I*, prec., §45 ; BVerfG, 6 nov. 2019, *Recht auf Vergessen II*, prec., §53 et s.

¹¹⁷³ L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN et al., *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 180.

¹¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 182 et 185-186.

¹¹⁷⁵ Selon l'article 54 C°, le Conseil constitutionnel peut, sur saisine des autorités compétentes, contrôler uniquement la constitutionnalité des engagements internationaux. Le droit secondaire de l'Union n'en fait pas partie. Confirmé par le Conseil constitutionnel notamment dans : Cons. const., 19 juin 1970, *Traité signé à Luxembourg le 22 avril 1970*, prec. ; Cons. const., 30 déc. 1977, décision n° 77-89 DC, *Loi de finances pour 1978*, cons. 6 ; Cons. const., 10 juin 2004, décision n° 2004-496 DC, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, cons. 5-9 ; Cons. const., 1^{er} juill. 2004, décision n° 2004-497 DC, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, cons. 18-19.

¹¹⁷⁶ Notamment : Cons. const., 19 juin 1970, *Traité signé à Luxembourg le 22 avril 1970*, prec. ; Cons. const., 30 déc. 1977, *Loi de finances pour 1978*, prec., cons. 6 ; Cons. const., 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, prec., cons. 5-9 ; Cons. const., 1^{er} juill. 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, prec., cons. 18-19.

À la suite des difficultés auxquelles les deux juges constitutionnels ont fait face pour pénétrer le droit de l’Union par leur contrôle et organiser l’intégration européenne concrètement dans les ordres juridiques nationaux, la Cour constitutionnelle fédérale et le Conseil constitutionnel ont développé une jurisprudence spécifique au droit de l’Union en la matière.

§2- Le développement de contrôles spécifiques

367. Compte tenu des difficultés à contrôler la constitutionnalité du droit de l’Union dans chacun des deux États, les juges constitutionnels ont adapté leur jurisprudence. La prise en compte du droit de l’Union leur permet de prendre part et d’exercer une influence parfois non négligeable sur l’intégration européenne. Les jurisprudences qui en résultent se concentrent sur les mesures nationales de mise en œuvre du droit de l’Union mais se trouvent être assez différentes entre la France (A) et l’Allemagne (B). Cette différence s’explique par le fondement de ces jurisprudences, qui se rapporte à la constitutionnalisation écrite du droit de l’Union, ainsi que par les compétences propres des cours.

A) Le contrôle du droit de l’Union par le Conseil constitutionnel

368. Compte tenu des capacités limitées de contrôle de constitutionnalité ou de conventionnalité du droit de l’Union par le Conseil constitutionnel, le seul contrôle envisageable est celui des lois nationales de mise en œuvre du droit secondaire de l’Union. En effet, ces mesures sont directement prises par le législateur national et relèvent de l’exigence de transposition des directives. De cette exigence, le Conseil constitutionnel a tiré un contrôle de constitutionnalité (1) qu’il a étendu à différents cas (2). C’est dans ce cadre que le concept d’identité constitutionnel a fait son apparition (3) et qu’il est susceptible de fournir des informations sur l’interprétation du champ d’application de la Charte par le Conseil constitutionnel (4).

1. L’exigence constitutionnelle de transposition des directives

369. Origine de l’exigence de transposition des directives. Originellement, seules les dispositions non précises et inconditionnelles des lois de transposition des directives pouvaient faire l’objet d’un contrôle de constitutionnalité. Les caractéristiques intrinsèques des dispositions précises et inconditionnelles conduisent en effet à ce que la mesure

nationale de transposition ne soit qu'une copie de la directive européenne. Un contrôle classique de constitutionnalité de cette mesure nationale reviendrait donc à effectuer un contrôle de constitutionnalité de la directive¹¹⁷⁷, ce en quoi le juge constitutionnel n'est pas compétent¹¹⁷⁸. Le Conseil ne peut donc exercer de contrôle de constitutionnalité d'une loi si celle-ci a pour objet de transposer les dispositions inconditionnelles et précises d'une directive.

Dans ces conditions, la constitutionnalisation du droit de l'Union par la réforme relative à l'article 88-1 C° a été saisie par le juge constitutionnel comme une opportunité afin de faire évoluer son contrôle. Dans une décision du 10 juin 2004, le Conseil constitutionnel a inauguré une jurisprudence fondée sur l'article 88-1 C° relative à la transposition des directives. Elle envisage cet article comme le fondement d'une exigence constitutionnelle de transposition des directives européennes¹¹⁷⁹. Cette décision fait figure d'exception à la jurisprudence *IVG*¹¹⁸⁰, dans la mesure où elle repose sur un contrôle de la loi nationale au regard d'une directive européenne. Elle s'explique toutefois par la référence explicite aux traités européens opérée par la Constitution¹¹⁸¹.

370. Fondement du contrôle. De cette exigence constitutionnelle, le Conseil a tiré un contrôle propre aux spécificités de l'article 88-1 C°. Corrélativement, ce contrôle est propre au droit de l'Union. Il donne compétence au Conseil pour examiner avant leur promulgation le respect de l'exigence de transposition des directives par les lois qui « se bornent à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises » des directives qu'elles ont pour objet de transposer¹¹⁸². Ce contrôle est toutefois assorti de deux limites.

371. Limite de l'identité constitutionnelle. D'une part, l'obligation constitutionnelle de transposition des directives disparaît si la loi en cause viole « une disposition expresse contraire de la Constitution »¹¹⁸³. Cette limite au contrôle de l'article 88-1 C° s'est

¹¹⁷⁷ Notamment : Cons. const., 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, prec., cons. 7 et 9 ; Cons. const., 29 juill. 2004, décision n° 2004-498 DC, *Loi relative à la bioéthique*, cons. 4-7 ; Cons. const., 12 juin 2018, décision n° 2018-765 DC, *Loi relative à la protection des données personnelles*, pt 3.

¹¹⁷⁸ Cf. *supra*, §366.

¹¹⁷⁹ Cons. const., 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, prec., cons. 7. Pour une analyse du contrôle, voir : B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé », *RFDA*, 2004, n° 4, p. 651-661.

¹¹⁸⁰ Cons. const., 15 janv. 1975, décision n° 74-54 DC, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*.

¹¹⁸¹ Contrairement à la majorité des traités ratifiés par la France qui n'y apparaissent pas expressément. V. CONSTANTINESCO, S. PIERRE-CAPS, *Droit constitutionnel*, 7^{ème} éd., Paris, PUF, 2016, p. 440 ; L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN *et al.*, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 196-197.

¹¹⁸² Cons. const., 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, prec., cons. 9.

¹¹⁸³ Cons. const., 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, prec., cons. 7 ; Cons. const., 1^{er} juill. 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, prec., cons. 18 ; Cons. const., 29 juill. 2004, *Loi relative à la bioéthique*, prec., cons. 4 ; Cons. const., 29 juill. 2004, décision n° 2004-499 DC, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements*

rapidement transformée en une référence à l'identité constitutionnelle. Elle serait formée lorsque cette même loi irait « à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti »¹¹⁸⁴. Elle n'a toutefois jamais été contrôlée positivement par le Conseil constitutionnel.

372. Limite de l'incompatibilité manifeste. D'autre part, le contrôle se limite au caractère manifeste de l'incompatibilité de la loi de transposition avec les dispositions précises et inconditionnelles de la directive qu'elle a pour objet de transposer, ainsi qu'avec l'objectif général poursuivi par la directive¹¹⁸⁵. L'obligation imposée au Conseil par l'article 61§1 C° de statuer dans un délai d'un mois empêche en effet ce dernier d'effectuer un contrôle substantiel du respect de la directive par la loi et de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle en cas de doute. « [Il] ne saurait en conséquence déclarer non conforme à l'article 88-1 de la Constitution qu'une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer ». En passant d'un « contrôle normal » à un « contrôle restreint »¹¹⁸⁶, il renvoie aux juridictions judiciaires et administratives la responsabilité d'un contrôle approfondi et d'une éventuelle question préjudicielle à la Cour de justice¹¹⁸⁷.

373. Spécificités du contrôle. Cette double limite a pour conséquence l'impossibilité pour le Conseil d'exercer un contrôle sur le fond de la constitutionnalité des dispositions inconditionnelles et précises des lois de transposition des directives. Ces dispositions bénéficient d'une sorte d'immunité contentieuse qui ne peut être brisée que si l'identité constitutionnelle de la France est atteinte. La loi ne sera ainsi déclarée inconstitutionnelle que pour ce motif et si elle ne transpose pas correctement la directive européenne¹¹⁸⁸.

374. Originalité de la démarche du Conseil constitutionnel. Outre la question de son opportunité, l'interprétation audacieuse de l'article 88-1 C°¹¹⁸⁹ et son absence de

de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, cons. 7.

¹¹⁸⁴ Cons. const., 27 juill. 2006, décision n° 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, cons. 19. Confirmé notamment par : Cons. const., 30 nov. 2006, décision n° 2006-543 DC, *Loi relative au secteur de l'énergie*, cons. 6 ; Cons. const., 19 juin 2008, décision n° 2008-564 DC, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, cons. 44 ; Cons. const., 26 juill. 2018, décision n° 2018-768 DC, *Loi relative à la protection du secret des affaires*, pt 3.

¹¹⁸⁵ Cons. const., 27 juill. 2006, *Loi relative au droit d'auteur*, prec., cons. 20 et 30. Confirmé notamment par : Cons. const., 30 nov. 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, prec., cons. 7 et 9 ; Cons. const., 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, prec., cons. 45 ; Cons. const., 26 juill. 2018, *Loi relative à la protection du secret des affaires*, prec., pt 3.

¹¹⁸⁶ L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN et al., *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 196.

¹¹⁸⁷ Cons. const., 27 juill. 2006, *Loi relative au droit d'auteur*, prec., cons. 20.

¹¹⁸⁸ L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN et al., *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 205-207.

¹¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 206.

justification explicite¹¹⁹⁰ ont eu de quoi surprendre. En effet, cet article fonde la participation de la France à l'Union et prévoit uniquement que « La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 ». Louis Favoreu s'est ainsi étonné qu'à lui seul, cet article déclaratif établisse une discrimination entre deux types de normes pourtant en apparence identiques. En dépit de sa simple valeur constitutionnelle, il établit une distinction entre deux normes également constitutionnelles : les lois de transposition de directives précises et inconditionnelles et les lois de transposition de directives avec une marge d'appréciation. Cette discrimination a pour conséquence que la première bénéficie par le biais de la directive d'une couverture neutralisant quasiment tout contrôle de constitutionnalité. Ce n'est pas le cas de la seconde qui vise pourtant également à transposer une directive¹¹⁹¹. Par ailleurs, Michel Fromont ne s'estime pas convaincu par la seconde limite tenant à un contrôle simplement manifeste de l'incompatibilité entre loi de transposition et directive. Il estime que l'existence d'une procédure d'urgence devant la Cour de justice, utilisée notamment par la Cour de cassation en 2010¹¹⁹², devrait permettre au Conseil constitutionnel de ne pas écarter toute question préjudicielle à la Cour de justice dans le cadre du contrôle de l'article 88-1 C° malgré le délai d'un mois imposé pour rendre une décision¹¹⁹³. Au contraire, Nicole Belloubet estime que cette démarche vise à réduire au maximum les cas d'opposition possibles entre la Constitution et la Charte¹¹⁹⁴.

2. L'extension du contrôle

375. Contrôle des dispositions avec marge d'appréciation au profit des États membres. Lors des contrôles du respect de l'article 88-1 C°, le Conseil constitutionnel s'attache à distinguer trois types de lois. Il différencie les lois qui transposent des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive, les lois qui transposent des dispositions d'une directive prévoyant une marge d'appréciation au profit des États membres et les lois qui n'ont pas directement pour objet de transposer une directive. En

¹¹⁹⁰ M. FROMONT, « Les juges constitutionnels allemand et français ... », *op. cit.*, p. 609.

¹¹⁹¹ L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN *et al.*, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 195-196.

¹¹⁹² CJUE, GC, 22 juin 2010, aff. C-188 et 189/10, *Melki et Abdeli*.

¹¹⁹³ M. FROMONT, « Les juges constitutionnels allemand et français ... », *op. cit.*, p. 608, note de bas de page n° 36.

¹¹⁹⁴ N. BELLOUBET, « Articulations de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne avec les normes constitutionnelles », in : *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : mode d'emploi*, *op. cit.*, p. 420.

présence des premières, il procède au contrôle de l'article 88-1 C° et exclut le reste de la Constitution. En présence des troisièmes, il effectue un véritable contrôle du respect de l'ensemble de la Constitution à l'exception de l'article 88-1 C°¹¹⁹⁵. En présence des secondes, enfin, le Conseil constitutionnel opère un contrôle plus global. Au motif que, sous la forme d'une marge d'appréciation, les dispositions laissent aux États membres un espace pour atteindre l'objectif fixé par la directive, les lois qui en résultent sont tenues de respecter la Constitution et de faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. En revanche, ces mêmes lois ayant pour objet la transposition d'une directive, il a étendu à ces types de lois le contrôle de l'exigence de transposition des directives de l'article 88-1 C°¹¹⁹⁶. La première limite relative à l'identité constitutionnelle est toutefois exclue de ce dernier contrôle, étant donné que la loi fait également l'objet d'un véritable contrôle de constitutionnalité qui ne se limite pas aux « règle[s] ou [principes] inhérent[s] à l'identité constitutionnelle de la France ».

Cette différence avec le contrôle des lois de transposition des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive trouve son fondement dans l'incompétence du juge constitutionnel à contrôler directement le droit de l'Union. Or, s'il devait contrôler la constitutionnalité des lois issues de directives précises et inconditionnelles, cela reviendrait à contrôler directement la directive. Sébastien Platon rappelle toutefois que la solution choisie par le Conseil constitutionnel n'écarte pas tout risque de contrôle d'une directive. En effet, dans le cas où toutes les options de transpositions laissées par la directive aux États membres se révéleraient inconstitutionnelles, la sanction de la loi équivaldrait à une sanction de la directive, étant donné que cette dernière ne pourrait être applicable faute de conformité à la Constitution¹¹⁹⁷.

376. Extensions du contrôle à la question prioritaire de constitutionnalité. Cette solution a été confirmée et étendue au contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Ce dernier

¹¹⁹⁵ Cons. const., 12 mai 2010, décision n° 2010-605 DC, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, cons. 20 : « Considérant qu'en l'espèce, la loi déferée n'a pas pour objet de transposer une directive ; que, dès lors, le grief tiré de la méconnaissance de l'article 88-1 de la Constitution doit être écarté ». Également : Cons. const., 9 juin 2011, décision n° 2011-631 DC, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, cons. 84 ; Cons. const., 4 août 2016, décision n° 2016-737 DC, *Loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages*, pt 36.

¹¹⁹⁶ Notamment : Cons. const., 1^{er} juill. 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, prec., cons. 18-20 ; Cons. const., 30 nov. 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, prec., cons. 3-9 ; Cons. const., 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, prec., cons. 42-47 ; Cons. const., 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration*, prec., cons. 42-56 ; Cons. const., 21 janv. 2016, décision n° 2015-727 DC, *Loi de modernisation de notre système de santé*, cons. 4-7 ; Cons. const., 26 juill. 2018, *Loi relative à la protection du secret des affaires*, prec., pts 2-3, 9 et 12-15.

¹¹⁹⁷ S. PLATON, « Le contrôle de constitutionnalité des actes nationaux d'application du droit de l'Union européenne », in : *La Constitution, l'Europe et le droit : liber amicorum discipulorumque. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet*, op. cit., p. 901.

a été rendu possible en 2008 par le biais de la question prioritaire de constitutionnalité (ci-après, QPC). Le Conseil constitutionnel a toutefois rapidement jugé que le respect de l'exigence de transposition des directives de l'article 88-1 C° ne pouvait être invoqué pour fonder une QPC. Conformément à l'article 61-1 C°, cette procédure est conditionnée par le fait « qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit ». Or, l'article 88-1 C° « ne relève pas des “droits et libertés que la Constitution garantit” »¹¹⁹⁸. Pour être invoqué dans le cadre de la QPC, le contrôle de l'article 88-1 C° ne doit donc être qu'une conséquence du non-respect par la loi d'un droit ou d'une liberté garantie par la Constitution. Cela peut être le cas lorsque la loi en cause résulte de la transposition d'une directive.

Si les dispositions de la directive transposée sont précises et inconditionnelles, le Conseil constitutionnel a accepté de procéder au contrôle de l'article 88-1 C°. Celui-ci n'est toutefois assorti que de sa première limite relative au respect de l'identité constitutionnelle, étant donné que la contrainte temporelle d'un mois disparaît dans le cadre de l'article 61-1 C°. De la seconde limite, seule la référence à une saisine de la Cour de justice pour question préjudicielle perdure¹¹⁹⁹. Elle apparaît d'autant plus importante que le facteur temps ayant été écarté, le Conseil constitutionnel est susceptible de saisir lui-même la Cour de justice, ce qu'il a fait en 2013¹²⁰⁰.

Si les dispositions de la directive transposée laissent au contraire une marge d'appréciation aux États membres, le Conseil constitutionnel a maintenu le cumul du contrôle de constitutionnalité et de l'article 88-1 C°. Toutefois, étant donné que la première limite relative à l'identité constitutionnelle tombe dans le cas des dispositions non précises et inconditionnelles et que la limite du contrôle manifeste n'a plus lieu d'être dans le cadre du contrôle *a posteriori*, le Conseil se contente de contrôler l'exigence de transposition des directives et de rappeler que la Cour de justice doit pouvoir se prononcer. Le contrôle de l'article 88-1 C° se trouve donc vidé de ses limites mais l'exigence de transposition perdure¹²⁰¹.

377. Extension du contrôle aux règlements. De la même manière que pour les directives, l'exigence constitutionnelle de « respect d'un règlement de l'Union

¹¹⁹⁸ Cons. const., 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence*, prec., cons. 19.

¹¹⁹⁹ Cons. const., 17 déc. 2010, décision n° 2010-79 QPC, *M. Kamel D.*, cons. 3 et 4.

¹²⁰⁰ Cons. const., 4 avril 2013, décision n° 2013-314 QPC, *M. Jeremy F.*

¹²⁰¹ M. GUILLAUME, « Le Conseil constitutionnel, garant des droits fondamentaux », in : R. TINIÈRE, C. VIAL (dir.), *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : entre évolution et permanence*, Actes du colloque annuel de la CEDECE, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 393.

européenne » existe « lorsqu'une loi a pour objet d'y adapter le droit interne »¹²⁰². Cette exigence remonte à deux décisions du 30 décembre 1977, selon lesquelles « l'article 189, alinéa 2, du traité du 25 mars 1957 dispose que les règlements arrêtés par le Conseil et la Commission des communautés européennes sont obligatoires dans tous leurs éléments et sont directement applicables dans les États membres ; qu'il suit de là que la force obligatoire qui s'attache aux dispositions qu'ils comportent n'est pas subordonnée à une intervention des autorités des États membres et, notamment, du Parlement français ; que l'intervention de ces autorités est limitée à l'adoption des modalités d'application laissées à leur initiative par les règlements communautaires »¹²⁰³. Le Conseil constitutionnel a adapté sa jurisprudence afin de faire directement découler cette exigence de l'article 88-1 C° au même titre que les directives. La formule propre au contrôle de l'article 88-1 a ainsi été transformée afin d'ajouter au cas de la transposition des directives le cas de « l'adaptation du droit interne à un règlement »¹²⁰⁴.

La teneur du contrôle des lois d'application de règlements se rapproche de celui adapté pour les lois de transpositions des dispositions des directives laissant une marge d'appréciation au profit des États membres. Le Conseil constitutionnel ne semble pas avoir abordé la question des dispositions précises et inconditionnelles pour les règlements. Cela tient vraisemblablement à la nature de ceux-ci, suffisamment précis pour être directement applicables dans l'ordre juridique interne des États. On peut supposer que l'absence d'obligation à la charge de l'État de transposer le règlement lui permet de disposer d'un espace de liberté pour adapter le droit national, raison pour laquelle le Conseil constitutionnel n'apparenterait pas les lois d'adaptation du droit interne à un règlement aux lois de transposition de dispositions précises et inconditionnelles des directives. Par conséquent, le contrôle effectué énonce toujours les deux limites mais s'apparente à un contrôle de constitutionnalité plus général prenant en compte l'exigence de l'article 88-1 C° relative aux règlements. Cette hypothèse a été confirmée par une décision de 2018, dans laquelle le Conseil constitutionnel constate que le législateur a reproduit les termes du règlement européen dans la loi mais que cette formulation est pour autant inconstitutionnelle au regard de l'article 34 C°. Alors que le législateur s'est contenté de recopier une disposition du règlement, ce qui pourrait s'apparenter à une disposition précise

¹²⁰² Cons. const., 26 juill. 2018, *Loi relative à la protection du secret des affaires*, prec., pt 2.

¹²⁰³ Cons. const., 30 déc. 1977, décision n° 77-90 DC, *Dernière loi de finances rectificative pour 1977 et, notamment, son article 6*, cons. 3 ; Cons. const., 30 déc. 1977, *Loi de finances pour 1978*, prec., cons. 6.

¹²⁰⁴ Cons. const., 12 juin 2018, *Loi relative à la protection des données personnelles*, prec., pts 3 et 4 ; Cons. const., 26 juill. 2018, *Loi relative à la protection du secret des affaires*, prec., pts 3 et 4.

et inconditionnelle dans le cas d'une directive, le Conseil n'a pas hésité à contrôler tant la constitutionnalité de cette loi que l'exigence de l'article 88-1 C^o¹²⁰⁵.

3. Le contenu de l'identité constitutionnelle

378. Contenu de l'identité constitutionnelle. Le contrôle de l'article 88-1 C^o développé par le Conseil constitutionnel prend appui sur les « règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France ». Pour autant, le Conseil constitutionnel n'a jamais expliqué la signification de cette expression. En 2005, Pierre Mazeaud, alors président du Conseil constitutionnel, avait suggéré que « ce qui est inhérent à notre identité constitutionnelle » se détermine par le « double sens du terme inhérent : crucial et distinctif. Autrement dit : l'essentiel de la République ». À partir de ces propos, des indices doivent être trouvés afin de déterminer concrètement les contours de l'identité constitutionnelle.

Ainsi, le fait que cette notion ne soit utilisée par le Conseil constitutionnel qu'en présence du droit de l'Union laisse présager que l'identité constitutionnelle représente très certainement une notion du droit français de l'Union européenne¹²⁰⁶. De plus, l'application de cette formule par le Conseil suggère que l'identité constitutionnelle se formerait en négatif du droit de l'Union. Elle ne serait formée que des seuls éléments de la Constitution propres à l'ordre juridique français, c'est-à-dire aux seuls éléments qui ne sont pas garantis par le droit primaire européen¹²⁰⁷. En ce sens, le Conseil constitutionnel a refusé de contrôler la constitutionnalité d'une loi de transposition d'une directive précise et inconditionnelle avec l'article 11 DDHC au motif que la liberté d'expression qu'il garantit « est également protégée en tant que principe général du droit communautaire sur le fondement de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »¹²⁰⁸. Étant donné que le contrôle de constitutionnalité des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive ne peut être exercé qu'en cas de

¹²⁰⁵ Cons. const., 12 juin 2018, *Loi relative à la protection des données personnelles*, prec., pts 2-4 et 44-46. Ce constat a également été fait par Sébastien Platon dans une décision de 2011 : S. PLATON, « Le contrôle de constitutionnalité des actes nationaux d'application du droit de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 902, relativement à la décision : Cons. const., 11 fév. 2011, décision n° 2010-102 QPC, *M. Pierre L.*

¹²⁰⁶ En ce sens, François-Xavier Millet a considéré dans sa thèse que l'identité constitutionnelle, « strictement utilisée lors de l'analyse des rapports entre normes européennes et normes nationales » était susceptible de constituer une norme de convergence entre les ordres juridiques, qui pourrait constituer une réponse au conflit institutionnel entre ordres juridiques nationaux et droit de l'Union : F.-X. MILLET, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2013, p. 353 e.a.

¹²⁰⁷ En ce sens, notamment : Commentaire de la décision du Cons. const., 29 juill. 2004, *Loi relative à la bioéthique*, prec., publié dans : *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004, n° 17, p. 17-19 ; N. BELLOUBET, « Articulations de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne avec les normes constitutionnelles », *op. cit.*, p. 420 ; M. GUYOMAR, « Le contrôle de constitutionnalité d'un règlement transposant une directive communautaire – Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 8 février 2007, Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres », *RFDA*, 2007, n° 2, p. 387.

¹²⁰⁸ Cons. const., 29 juill. 2004, *Loi relative à la bioéthique*, prec., cons. 4-8.

violation de l'identité constitutionnelle de la France, l'article 11 DDHC n'appartient vraisemblablement pas à l'identité constitutionnelle. Ceci a été confirmé récemment pour l'article 11 de la Charte relatif à la liberté d'expression et d'information¹²⁰⁹.

On peut déduire de cette esquisse de définition de l'identité constitutionnelle que les droits fondamentaux de la Charte n'y appartiennent pas au motif qu'ils sont garantis par le droit de l'Union. Louis Favoreu rappelle toutefois que cette réserve « laisse planer beaucoup d'incertitude quant [à son] caractère opératoire [...] ; d'autant qu'elle n'a, jusqu'à présent, jamais été utilisée positivement pas le Conseil constitutionnel ». Il se demande ainsi si elle représente plutôt une « menace fantôme », un « obstacle purement fictif » ou une « porte de sortie » en cas de conflit¹²¹⁰. L'évolution de la jurisprudence et l'analyse des rapports entre droit national et droit de l'Union laisserait penser que la dernière proposition soit la plus pertinente, sans n'apporter toutefois aucune confirmation.

4. Conséquences de ce contrôle sur l'interprétation du champ d'application de la Charte

379. Influence sur le champ d'application de la Charte. Dans sa jurisprudence en générale, comme dans le contrôle spécifique au droit de l'Union de l'article 88-1 C°, le Conseil constitutionnel ne fait que très rarement référence à la Charte et encore moins à son champ d'application. Il maintient une certaine distance avec ce texte, estimant certainement que l'intégrer explicitement à son contrôle reviendrait à effectuer un contrôle de conventionnalité, ce pour quoi il s'estime incompétent. La lecture des Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel révèle toutefois une autre facette : si la Charte est peu citée par le juge, elle n'en est pas moins utilisée par lui¹²¹¹. Ce constat se vérifie par l'évolution du Conseil constitutionnel depuis quelques années. Nicole Belloubet, alors membre du Conseil constitutionnel, évoquait déjà en 2014 qu'une progression vers des références plus explicites au droit de l'Union était certainement en cours au sein de l'institution¹²¹². Cette progression s'est accentuée à partir de 2016 avec la modernisation du mode de rédaction des décisions du Conseil, censées être plus explicites et mieux motivées¹²¹³. Elle se révèle

¹²⁰⁹ Cons. const., 26 juill. 2018, *Loi relative à la protection du secret des affaires*, prec., pts 2-4 et 10-11.

¹²¹⁰ L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN *et al.*, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 209.

¹²¹¹ É. DUBOUT, P. SIMON, L. XENOU, « France », op. cit., p. 342-343.

¹²¹² N. BELLOUBET, « Articulations de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne avec les normes constitutionnelles », op. cit., p. 413.

¹²¹³ D'après le communiqué du Président du Conseil constitutionnel du 10 mai 2016, disponible sous : www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communiqu%C3%A9/communiqu%C3%A9-du-pr%C3%A9sident-du-10-mai-2016 et le commentaire autorisé des décisions suivantes : Cons. const., 10 mai 2016, décisions n° 2016-539 QPC, *Mme Ève G.* et n° 2016-540 QPC, *Société civile Groupement foncier rural Namin et Co*, disponible sur le site du Conseil constitutionnel

fructueuse concernant la Charte étant donné qu'en 2018, le Conseil s'est explicitement référé à un droit fondamental de la Charte dans le cadre du contrôle de l'article 88-1 C^o¹²¹⁴.

380. Champ d'application de la Charte et mode de contrôle. Le contrôle du droit de l'Union par le Conseil constitutionnel ne se prête pas tellement à une interprétation approfondie du champ d'application de la Charte. Il se fonde uniquement sur la question de savoir si le Conseil constitutionnel est compétent pour contrôler la constitutionnalité d'une mesure nationale provenant du droit de l'Union. Or, la limite entre la compétence et l'incompétence du Conseil ne recoupe vraisemblablement pas celle du champ d'application de la Charte. En particulier, elle exclue *de facto* les décisions d'exécution des mesures nationales de mise en œuvre du droit de l'Union étant donné que la compétence de contrôle du juge constitutionnel se limite à la constitutionnalité des lois. Cela n'a toutefois pas empêché de poser quelques jalons.

381. Critère du caractère précis et inconditionnel des mesures. La distinction entre dispositions précises et inconditionnelles et dispositions avec marge d'appréciation, si elle recoupe celle consacrée par la Cour de justice de l'Union, est strictement fondée sur la compétence de contrôle du Conseil constitutionnel. Pour le juge constitutionnel en effet, le fait de contrôler une mesure de transposition du droit de l'Union au regard de la Constitution n'exclut pas pour autant sa dimension européenne. Cette dernière n'est simplement pas prise en compte dans le cadre de ce contrôle.

Le paradigme sur lequel se fonde le Conseil constitutionnel concernant les mesures nationales découlant du droit de l'Union repose donc sur sa compétence de contrôle et non sur les limites du champ d'application du droit de l'Union. Le seul élément concret relatif au champ d'application de la Charte qui peut être dégagé serait la distinction entre les dispositions précises et inconditionnelles et les dispositions avec marge d'appréciation, qui se retrouve dans l'ensemble de la jurisprudence relative à la Charte.

382. Critère de l'objectif de transposition des directives. Un autre élément apparu dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel permet de poser des jalons à l'interprétation du champ d'application de la Charte. Il s'agit de l'objectif poursuivi par une mesure nationale de transposer une directive. Ce critère semble destiné à distinguer les

¹²¹⁴ Cons. const., 26 juill. 2018, *Loi relative à la protection du secret des affaires*, prec., pt 10. Sur le décloisonnement qu'opère peu à peu le Conseil constitutionnel vis-à-vis du droit de l'Union, voir : G. CANIVET, « L'incontournable question de l'application du droit européen par le juge constitutionnel français » [en ligne], in : *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : Quels outils ? Quels défis ?*, Colloque organisé par l'Académie de droit européen à Trèves les 18 et 19 juin 2015, disponible sous : www.conseil-constitutionnel.fr/

mesures nationales pouvant être contrôlées au regard de l'article 88-1 C° des mesures nationales qui ne résultent pas d'un acte européen et ne répondent donc pas à l'exigence de mise en œuvre du droit de l'Union¹²¹⁵. La question se pose de savoir si les limites du champ d'application de l'article 88-1 C° peuvent, au sens du Conseil constitutionnel, recouper les limites du champ d'application de la Charte. Aucune indication n'a été donnée par la jurisprudence en ce sens mais une telle assimilation paraît plausible pour distinguer le droit de l'Union du droit purement national.

Dans cette hypothèse, la question du fondement du critère de l'objectif de transposition des directives reste toutefois en suspens. En effet, le Conseil constitutionnel a parfois déclaré que la mesure nationale en cause n'avait pas pour objectif de transposer une directive alors même que la loi dans laquelle s'inscrivait cette disposition était officiellement envisagée comme la transposition de cette même directive¹²¹⁶. Par conséquent, soit le critère de l'objectif de transposition d'une directive est fondé sur des éléments qu'il semble difficile d'identifier, soit le Conseil constitutionnel, sous l'apparence d'un manque d'intérêt majeur pour la question, exerce en réalité un contrôle beaucoup plus précis qu'il n'y paraît. Cette dernière hypothèse trouve une illustration dans une décision du 29 décembre 2015, dans laquelle le juge constitutionnel a distingué deux dispositions quasi identiques d'une même loi. Il a estimé que l'une, relative aux « distributions de dividendes transfrontalières réalisées avec des États membres de l'Union européenne », procédait de la transposition de dispositions précises et inconditionnelles d'une directive, tandis que l'autre, relative aux « distributions de dividendes par des sociétés établies en France à des sociétés établies en France et les distributions de dividendes transfrontalières réalisées avec des États non membres de l'Union européenne », ne résultait aucunement du droit de l'Union¹²¹⁷. La précision de cette distinction pourrait laisser entendre que, malgré les apparences, le Conseil constitutionnel exerce un contrôle du champ d'application du droit de l'Union bien plus précis qu'il ne le laisse entendre.

¹²¹⁵ Cons. const., 27 juill. 2006, *Loi relative au droit d'auteur*, prec., cons. 16 et s. ; Cons. const., 30 nov. 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, prec., cons. 3 et s. ; Cons. const., 28 mai 2014, décision n° 2014-694 DC, *Loi relative à l'interdiction de la mise en culture des variétés de maïs génétiquement modifié*, cons. 4 ; Cons. const., 26 juill. 2018, *Loi relative à la protection du secret des affaires*, prec., pt 2.

¹²¹⁶ Cons. const., 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration*, prec., cons. 84 : la loi en cause est inscrite dans Eur-Lex comme la transposition de la directive 2008/115/CE.

¹²¹⁷ Cons. const., 29 déc. 2015, décision n° 2015-726 DC, *Loi de finances rectificative pour 2015*, cons. 7 et 8. Sur cette décision : CONSEIL CONSTITUTIONNEL, « La transposition des directives communautaires et le contrôle de constitutionnalité », publication *À la Une*, mars 2016, disponible sous : www.conseil-constitutionnel.fr

383. Absence d'éléments contraignants à l'égard des juridictions ordinaires.

Malgré la précision de certains contrôles et la question toujours en suspens de l'assimilation des champs d'application de l'article 88-1 C° et de la Charte, l'interprétation par le Conseil constitutionnel du champ d'application de la Charte reste assez floue. Elle laisse par conséquent une liberté quasi entière aux juridictions ordinaires¹²¹⁸. Seule la distinction entre dispositions avec marge d'appréciation et dispositions précises et inconditionnelles apparaît susceptible de constituer un postulat contraignant. Ce positionnement tranche avec celui adopté par la Cour constitutionnelle fédérale allemande.

B) Les contrôles du droit de l'Union par la Cour constitutionnelle fédérale

384. Les contrôles de constitutionnalité exercés par la Cour constitutionnelle fédérale à l'égard du droit de l'Union se sont cristallisés autour de l'article 23§1 LF qui constitutionnalise le droit de l'Union en Allemagne. Sur ce fondement, la Cour constitutionnelle a longtemps subordonné la primauté d'application reconnue au droit de l'Union¹²¹⁹ à trois exigences : la garantie des droits fondamentaux par l'Union doit être au moins égale au standard minimum garanti par la Loi fondamentale, le droit de l'Union ne peut aller à l'encontre de l'identité constitutionnelle de l'Allemagne et les institutions de l'Union ne peuvent excéder les pouvoirs limités qui leurs ont été conférés. D'autres types de contrôles assurent également une application indirecte à la Charte. L'irrespect de l'une des trois exigences précitées fait céder la primauté d'application du droit de l'Union sur le droit national. Par le biais du contrôle de ces trois exigences, le juge constitutionnel avait développé une possibilité d'application indirecte de la Charte dans la mesure où il ne pouvait la contrôler directement (1). Cette dernière barrière a toutefois été reconsidérée pour autoriser un contrôle direct de l'application de la Charte (2).

Le refus de la Cour constitutionnelle fédérale d'exercer un contrôle de conventionnalité se révèle ainsi bien moins absolu qu'en France. Le contrôle indirect est apparu nécessaire lorsque le respect de l'une des trois exigences était contesté par un requérant. En effet, Jean-Philippe Derosier constate que « pour savoir si le niveau de protection est effectivement

¹²¹⁸ Sur les « faibles potentialités de conflits entre la Cour de justice et le Conseil constitutionnel » au regard de la jurisprudence actuelle du Conseil constitutionnel, voir : C. DE ARANJO, *Justice constitutionnelle et justices européennes des droits de l'homme. Étude comparée France-Allemagne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 285 et s.

¹²¹⁹ BVerfG, 9 juin 1971, Lütticke, prec.

[toujours] efficace, le contrôle doit être exercé, mais de façon implicite ou dissimulée »¹²²⁰. Les trois exigences de l’article 23§1 LF se sont donc muées en trois contrôles distincts¹²²¹.

1. Les contrôles indirects

a) Le contrôle du respect du standard minimum de protection des droits fondamentaux prévu par la Loi fondamentale

385. Apparition du contrôle dans la décision *Solange I*. Depuis son apparition dans la célèbre décision *Solange I*¹²²², le contrôle du standard minimum de protection des droits fondamentaux a fait l’objet d’évolutions. Dans cette première décision, le tribunal administratif de Francfort-sur-le-Main émettait des doutes sur la conformité d’un règlement européen avec la Loi fondamentale allemande. Une question préjudicielle a été posée à la Cour de justice au sujet du respect par ce texte du droit de la CEE. Après une réponse positive de la Cour de justice, le tribunal administratif a saisi la Cour constitutionnelle fédérale afin de s’assurer de la conformité du règlement avec la Loi fondamentale. À cette occasion, la Cour constitutionnelle a développé un raisonnement relatif au standard minimum de protection des droits fondamentaux. Elle estime ne pas être compétente pour contrôler la conformité d’un règlement européen avec la Loi fondamentale, dans la mesure où les deux normes appartiennent à deux ordres juridiques distincts et autonomes, dotés chacun d’une Cour chargée de leur interprétation¹²²³. Toutefois, l’intégration de l’ordre juridique européen au sein de l’ordre juridique national par l’article 23 LF ne se fait pas sous la forme d’un blanc-seing. Elle est encadrée par l’exigence de respect de l’identité constitutionnelle qui innerve l’ensemble de la Loi fondamentale et exige notamment un seuil minimal de protection des droits fondamentaux. Toute norme issue de l’ordre juridique de l’Union doit donc respecter ce seuil minimal pour être applicable au niveau national¹²²⁴. Par conséquent, « aussi longtemps que le processus d’intégration des Communautés européennes ne sera pas suffisamment avancé pour que le droit communautaire se dote d’un catalogue des droits fondamentaux adopté par le Parlement

¹²²⁰ J.-P. DEROSIER, *Les limites constitutionnelles à l’intégration européenne*, op. cit., p. 387.

¹²²¹ M. LUDWIGS, P. SIKORA, « Der Vorrang des Unionsrechts unter Kontrollvorbehalt des BVerfG », *EWS*, 2016, n° 3, p. 123-129 ; A. SCHWERTDFEGER, « Europäisches Unionsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – Grundrechts-, ultra-vires- und Identitätskontrolle im gewaltenteiligen Mehrebenensystem », *EuR*, 2015, n° 3, p. 291-298.

Ces contrôles sont parfois assimilés les uns aux autres. En ce sens : É. LAGRANGE, A.-M. THEVENOT-WERNER, « Allemagne », op. cit., p. 43.

¹²²² BVerfG, 29 mai 1974, *Solange I*, prec.

¹²²³ BVerfG, 29 mai 1974, *Solange I*, prec., §40-42, 49 et 53.

¹²²⁴ BVerfG, 29 mai 1974, *Solange I*, prec., §43.

qui concorde avec celui de la Loi fondamentale, les saisines de la Cour constitutionnelle par un tribunal de la République fédérale dans le cadre d'une procédure de contrôle de la constitutionnalité sont, après saisine de la Cour de justice conformément à l'article 177 du traité, recevables et requises lorsque le tribunal tient une disposition du droit de l'Union dans l'interprétation qu'en a donné la Cour de justice pour inapplicable, alors même qu'elle est indispensable à la solution du litige, et ceci au motif qu'elle porte atteinte à un droit fondamental de la Loi fondamentale »¹²²⁵. Exceptionnellement, la Cour constitutionnelle fédérale allemande s'est estimée compétente pour contrôler la conformité des actes de droit européen au regard des droits fondamentaux de la Loi fondamentale et écarter leur application par les autorités judiciaires et administratives en Allemagne le cas échéant.

386. Évolution du contrôle dans la décision *Solange II*. Les douze années suivantes, pendant lesquelles la Cour de justice a porté une attention particulière au développement de principes généraux du droit communautaire¹²²⁶, ont convaincues la Cour constitutionnelle fédérale de revenir sur cet état de fait dans la décision *Solange II*¹²²⁷ rendue en 1986. Après une série de décisions des juges administratifs nationaux et de la Cour de justice saisie sur question préjudicielle, la requérante a saisi la Cour constitutionnelle fédérale d'un recours constitutionnel sur le fondement de la décision *Solange I*. Elle estime que différents règlements européens relatifs aux règles d'importation n'étaient pas conformes aux droits fondamentaux de la Loi fondamentale. En se fondant sur la récente évolution de la jurisprudence de l'Union, la Cour constitutionnelle a fait évoluer sa jurisprudence.

Elle reconnaît ainsi que « s'est développé entre-temps devant les juridictions des Communautés européennes un certain degré de protection des droits fondamentaux, tenus pour fondamentalement équivalents aux standards des droits fondamentaux de la Loi fondamentale tant dans leur conception, que dans leur contenu ou leur fonctionnement »¹²²⁸. Partant, « aussi longtemps que les Communautés européennes, et notamment la

¹²²⁵ BVerfG, 29 mai 1974, *Solange I*, préc., §56 : « Solange der Integrationsprozeß der Gemeinschaft nicht so weit fortgeschritten ist, daß das Gemeinschaftsrecht auch einen von einem Parlament beschlossenen und in Geltung stehenden formulierten Katalog von Grundrechten enthält, der dem Grundrechtskatalog des Grundgesetzes adäquat ist, ist nach Einholung der in Art. 177 des Vertrags geforderten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs die Vorlage eines Gerichts der Bundesrepublik Deutschland an das Bundesverfassungsgericht im Normenkontrollverfahren zulässig und geboten, wenn das Gericht die für es entscheidungserhebliche Vorschrift des Gemeinschaftsrechts in der vom Europäischen Gerichtshof gegebenen Auslegung für unanwendbar hält, weil und soweit sie mit einem der Grundrechte des Grundgesetzes kollidiert ».

¹²²⁶ Cf. *infra*, §519.

¹²²⁷ BVerfG, 22 oct. 1986, décision n° 2 BvR 197/83, *Solange II*, BVerfGE 73, 339.

¹²²⁸ BVerfG, 22 oct. 1986, *Solange II*, préc., §107 : Es « ist mittlerweile im Hoheitsbereich der Europäischen Gemeinschaften ein Maß an Grundrechtsschutz erwachsen, das nach Konzeption, Inhalt und Wirkungsweise dem Grundrechtsstandard des Grundgesetzes im wesentlichen gleichzuachten ist ».

jurisprudence de la Cour de justice des Communautés, garantissent de manière générale une protection effective des droits fondamentaux contre les pouvoirs de souveraineté des Communautés, que cette protection est fondamentalement équivalente à la protection impérative et inaliénable des droits fondamentaux telle que garantie par la Loi fondamentale, et qui assure de manière générale la substance même des droits fondamentaux, la Cour constitutionnelle fédérale n’exercera plus sa juridiction sur l’applicabilité du droit communautaire dérivé et ne contrôlera plus ce droit à l’aune des droits fondamentaux de la Loi fondamentale »¹²²⁹. La Cour constitutionnelle suspend ainsi l’exercice du contrôle du respect du standard minimum de protection des droits fondamentaux prévu par la Loi fondamentale. Les exigences étant désormais remplies, il n’y a plus lieu de se livrer à ce contrôle exceptionnel.

387. Renforcement des conditions du contrôle dans la décision *Bananenmarkt*. La suspension du contrôle *Solange I* a été confirmée en 2000 dans la décision *Bananenmarkt*¹²³⁰ et la réactivation du contrôle exceptionnel conditionnée à la preuve plus contraignante d’un abaissement général du standard de protection des droits fondamentaux par l’Union européenne¹²³¹. L’exigence d’un abaissement général du standard signifie que la protection ne doit pas simplement avoir baissé à une occasion mais à plusieurs reprises. Elle écarte donc toute reprise du contrôle au regard des droits fondamentaux nationaux sur des allégations uniquement ponctuelles¹²³². Celui-ci ne pourrait être réactivé qu’en cas de divergence chronique entre la Charte et la Loi fondamentale¹²³³. Bien que le requérant doive apporter la preuve de cette baisse, la Cour constitutionnelle fédérale est obligée d’analyser elle-même la protection des droits fondamentaux par l’Union et d’apporter ainsi une part d’interprétation à la jurisprudence de la Cour de justice. Sous couvert de contrôle national, elle exerce donc nécessairement un contrôle de conventionnalité.

388. Impératif d’équivalence des droits fondamentaux. L’article 23§1 LF adopté après les décisions *Solange*, mais avant la décision *Bananenmarkt*, énonce que la protection

¹²²⁹ BVerfG, 22 oct. 1986, *Solange II*, prec., §132 : « *Solange die Europäischen Gemeinschaften, insbesondere die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Gemeinschaften einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleisten, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im wesentlichen gleichzuachten ist, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt, wird das Bundesverfassungsgericht seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht, das als Rechtsgrundlage für ein Verhalten deutscher Gerichte und Behörden im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland in Anspruch genommen wird, nicht mehr ausüben und dieses Recht mithin nicht mehr am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes überprüfen* ».

¹²³⁰ BVerfG, 7 juin 2000, décision n° 2 BvL 1/97, *Bananenmarkt*, BVerfGE 102, 147.

¹²³¹ BVerfG, 7 juin 2000, *Bananenmarkt*, prec., considération principale (*Leitsatz*) n° 1 et §54.

¹²³² É. LAGRANGE, A.-M. THEVENOT-WERNER, « Allemagne », *op. cit.*, p. 43.

¹²³³ *Ibid.*

des droits fondamentaux par l'Union doit être « substantiellement comparable » (« *im wesentlichen vergleichbaren* ») à celle de la Loi fondamentale. Suivant la formulation choisie, la protection des droits fondamentaux de l'Union ne doit pas forcément être identique à celle de la Loi fondamentale pour être suffisante mais peut être simplement comparable (« *Vergleichbarkeit* »). Selon Claus Dieter Classen, la comparabilité vaut pour tous les aspects de la protection des droits fondamentaux, c'est-à-dire tant pour la portée personnelle et matérielle de leur protection que pour son contenu ou son efficacité juridique (notamment la possibilité de limitation dont la garantie de proportionnalité des atteintes). Dès la décision *Solange II*, la Cour constitutionnelle avait en effet jugé que la garantie de la substance du droit n'était pas directement recherchée tant que le système de protection était dans l'ensemble suffisant pour garantir les droits fondamentaux. Elle ne prend ainsi en compte qu'une « perspective générale purement orientée vers le résultat final », à savoir le niveau du standard de protection¹²³⁴.

389. Opportunité du contrôle du standard des droits fondamentaux sous l'égide de la Charte. Depuis l'entrée en vigueur de la Charte, ce contrôle fondé sur une baisse générale du standard de protection des droits fondamentaux a de toute évidence perdu en opportunité. La Cour constitutionnelle a apprécié à plusieurs reprises la comparabilité des principes généraux du droit de l'Union et du catalogue de la Loi fondamentale du point de vue du niveau de protection garanti¹²³⁵. Or, la protection offerte par les principes généraux s'est encore renforcée depuis l'entrée en vigueur d'un catalogue écrit. Sauf cas exceptionnel, ce contrôle n'est donc plus tellement appelé à être appliqué depuis 2009, contrairement au contrôle de l'identité constitutionnelle. Celui-ci permet un contrôle de la garantie de certains droits fondamentaux, mais jouit d'un allègement des éléments de preuves à apporter. Ceci a conduit plusieurs auteurs à penser que le contrôle de l'identité constitutionnelle avait remplacé le contrôle du standard minimum de protection des droits fondamentaux¹²³⁶.

b) Le contrôle du respect de l'identité constitutionnelle

390. Notion d'identité constitutionnelle. Contrairement au concept français relativement hermétique d'identité constitutionnelle, le concept au sens où l'entend la Cour

¹²³⁴ C. D. CLASSEN, *op. cit.*, Art. 23, pt 43 ; J. LIMBACH, *Das Bundesverfassungsgericht, op. cit.*, p. 82.

¹²³⁵ BVerfG, 22 oct. 1986, *Solange II*, prec., §107 ; BVerfG, 7 juin 2000, *Bananenmarkt*, prec., considérations principales (*Leitsätze*) n° 1 et 2.

¹²³⁶ L'état de la doctrine sur ce sujet a été résumé dans : É. LAGRANGE, A.-M. THEVENOT-WERNER, « Allemagne », *op. cit.*, p. 45.

constitutionnelle fédérale est davantage défini. Mieux, l’identité constitutionnelle trouve sa source dans la Loi fondamentale elle-même par le biais de la clause d’éternité de l’article 79§3 LF (*Ewigkeitsgarantie*). Selon elle, « Toute modification de la présente Loi fondamentale qui toucherait à l’organisation de la Fédération en Länder, au principe de la participation des Länder à la législation ou aux principes énoncés aux articles 1 et 20, est interdite ». Ces éléments ne peuvent être modifiés, même par le constituant lui-même, ce qui les classe parmi un type de règles supra-constitutionnelles¹²³⁷. Si le concept d’identité constitutionnelle dégagé par la Cour constitutionnelle dès ses décisions *Solange I* et *II*¹²³⁸ n’a pas été, de prime abord, développé en lien avec la clause d’éternité, cette connexion a été explicitée dans la décision *Lisbonne*¹²³⁹ et y a trouvé toute sa cohérence. La clause d’éternité trouve ainsi son application en lien avec le droit de l’Union, matière dans laquelle l’identité constitutionnelle est essentiellement développée afin de protéger l’essence de la Loi fondamentale face à l’intégration européenne. Franz C. Mayer estime même que l’article 79§3 LF peut être vu comme la codification de l’identité constitutionnelle¹²⁴⁰.

De concert avec la clause d’éternité, l’identité constitutionnelle comprend « la démocratie, l’État de droit, l’État social, la République, l’État fédéral et la substance des droits fondamentaux élément indispensable au respect de la dignité humaine »¹²⁴¹, garantis aux articles 1 et 20 LF. L’article 1 LF concerne plus spécifiquement la dignité humaine, que la Cour constitutionnelle fédérale a interprété comme fondement de tous les autres droits fondamentaux, comme un « élément cardinal »¹²⁴² de l’identité constitutionnelle et la prémices sur lequel se fonde tout l’ordre juridique allemand. Le paragraphe 1 de l’article 1 LF peut ainsi être compris comme la manifestation du statut spécifique de la dignité humaine alors que le paragraphe 2 donne la direction de ce qu’elle contient et semble se référer implicitement à l’ensemble du catalogue des articles 2 à 19 LF¹²⁴³. La différence essentielle entre la Loi fondamentale et la Charte se caractérise par la différence de rôle assigné à la dignité humaine, la Charte la cantonnant à un droit parmi les autres¹²⁴⁴.

¹²³⁷ En ce sens, voir la référence faite par Franz C. Mayer à la théorie de l’identité constitutionnelle développée par Carl Schmitt et dont la pratique de la Cour constitutionnelle fédérale se rapproche nettement : F.C. MAYER, « L’identité constitutionnelle dans la jurisprudence constitutionnelle allemande », in : L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L’identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, op. cit., p. 77-78.

¹²³⁸ BVerfG, 29 mai 1974, *Solange I*, prec., §43 ; BVerfG, 22 oct. 1986, *Solange II*, prec., §104.

¹²³⁹ BVerfG, 30 juin 2009, *Lissabon*, prec., §216-218.

¹²⁴⁰ F.C. MAYER, « L’identité constitutionnelle dans la jurisprudence constitutionnelle allemande », op. cit., p. 78.

¹²⁴¹ BVerfG, 30 juin 2009, *Lissabon*, prec., §217.

¹²⁴² É. LAGRANGE, A.-M. THEVENOT-WERNER, « Allemagne », op. cit., p. 40.

¹²⁴³ C. DEGENHART, *Staatsrecht I*, op. cit., p. 5-6.

¹²⁴⁴ É. LAGRANGE, A.-M. THEVENOT-WERNER, « Allemagne », op. cit., p. 39.

391. Contrôle de l'identité constitutionnelle. Le contrôle de l'identité constitutionnelle trouve son fondement dans le lien opéré entre l'article 23§1 LF et la clause de l'article 79§3 LF, qui fait elle-même référence aux articles 1 et 20 LF. Du fait de la différence d'interprétation de la dignité humaine, les juridictions nationales sont appelées à vérifier son respect *in concreto*, contrairement à l'exigence de respect du standard minimum de protection des droits fondamentaux¹²⁴⁵. Il n'est donc pas exigé de preuve d'incidence structurelle sur l'identité constitutionnelle.

392. Apparition du contrôle dans la décision *Lisbonne*. Ces exigences moindres ont été développées notamment à l'occasion de la décision *Lisbonne*¹²⁴⁶ en 2009. En l'espèce, était en cause la constitutionnalité de la loi d'intégration du traité de Lisbonne, de la loi de révision constitutionnelle nécessaire à la ratification du traité et de la loi étendant et renforçant les compétences du *Bundestag* et du *Bundesrat* dans les affaires de l'Union européenne. La principale problématique avait trait au respect du principe de démocratie par le traité de Lisbonne à travers ces trois lois. La Cour constitutionnelle fédérale a accolé à l'intangible principe de démocratie l'article 38§1 LF, qui garantit les conditions d'exercice de la démocratie par des élections¹²⁴⁷. Par la méthode de combinaison des droits, la protection de droits fondamentaux peut donc également être garantie dans le cadre du contrôle de l'identité constitutionnel en dehors du prisme de la dignité humaine. Ce contrôle au cas par cas a été effectué à plusieurs reprises par la Cour¹²⁴⁸. Plus facilement mobilisable pour le justiciable, il implique, au même titre que le contrôle du standard de protection des droits fondamentaux, une analyse et une interprétation du droit de l'Union en général et de la Charte et de la jurisprudence de la Cour en particulier. Tout comme le contrôle du standard de protection des droits fondamentaux, une violation de l'identité constitutionnelle par le droit de l'Union conduit à l'inapplication de la norme en droit allemand¹²⁴⁹.

c) Le contrôle de l'excès de pouvoir des institutions européennes

393. Apparition du contrôle de l'*ultra-vires*. Ce troisième contrôle diffère quelque peu des deux précédents dans la mesure où il ne porte pas directement sur le respect des droits fondamentaux. Il vise à contrôler que les actes de droit de l'Union ne soient pas *ultra-*

¹²⁴⁵ C.D. CLASSEN, *op. cit.*, Art. 23, pts 46 et 55.

¹²⁴⁶ BVerfG, 30 juin 2009, *Lissabon*, *prec.*

¹²⁴⁷ BVerfG, 30 juin 2009, *Lissabon*, *prec.*, §208 et s.

¹²⁴⁸ BVerfG, 19 juill. 2011, décision n° 1 BvR 1916/09, BVerfGE 129, 78 ; BVerfG, 7 sept. 2011, décision n° 2 BvR 987/10, *Europäische Finanzstabilisierung*, BVerfGE 129, 124 ; BVerfG, 15 déc. 2015, décision n° 2 BvR 2735/14, *Europäischer Haftbefehl II*, BVerfGE 140, 317 ; BVerfG, 6 sept. 2016, décision n° 2 BvR 890/16, *Europäischer Haftbefehl III* ; BVerfG, 23 janv. 2017, décision n° 2 BvR 2584/12.

¹²⁴⁹ BVerfG, 30 juin 2009, *Lissabon*, *prec.*, §241.

vires, c’est-à-dire qu’ils ne dépassent pas le cadre des compétences transférées à l’Union. Ce contrôle a été opéré pour la première fois dans la décision *Maastricht*¹²⁵⁰ rendue en 1992. Les requérants estimaient que le transfert important de compétences effectué par ce traité faisait passer la compétence de la compétence (*Kompetenz-Kompetenz*) à l’Union et violait l’article 38§1 LF et la légitimité démocratique qu’il renferme. Ce transfert allait donc à l’encontre des limites posées par l’article 23§1 LF, selon lequel la Fédération ne peut pas transférer tous ses droits de souveraineté à l’Union. Le contrôle de l’*ultra-vires* a été exercé à quatre autres reprises dans les décisions *Honeywell*, *OMT-Programm*, *Anleihenkaufprogramm der EZB* et *EZB-Kaufprogramm*¹²⁵¹. Dans la dernière décision et pour la première fois, la Cour constitutionnelle fédérale a conclu à l’existence d’au moins un acte *ultra-vires* de la part de l’Union européenne : l’arrêt de la Cour de justice de l’Union rendu sur renvoi préjudiciel de la Cour constitutionnelle dans l’affaire du programme d’achat de titres du secteur public (PSPP). Quant aux décisions prises par la Banque centrale européenne à l’origine du recours, elle a demandé de plus amples précisions avant de prendre position¹²⁵².

394. Contenu du contrôle de l’*ultra-vires*. Le contrôle du dépassement des compétences cédées à l’Union se fonde systématiquement sur l’article 23§1 LF. Ce paragraphe exige dans sa deuxième phrase le respect du principe des compétences d’attribution (*Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung*), selon lequel les droits de souveraineté transférés à l’Union sont nécessairement limités et limitativement énumérés. La compétence d’organiser les compétences doit rester dans le giron de l’État allemand au risque de porter simultanément atteinte à l’article 23§1 LF et aux éléments de l’identité constitutionnelle, tel que le principe de démocratie. Les atteintes de la part des institutions et organes de l’Union sur lesquelles portent le contrôle doivent nécessairement être « suffisamment caractérisées » (« *hinreichend qualifiziert* »)¹²⁵³. Elles peuvent également se manifester sous la forme du non-respect d’exigences matérielles, comme démontré dans

¹²⁵⁰ BVerfG, 12 oct. 1993, *Maastricht*, prec.

¹²⁵¹ BVerfG, 6 juill. 2010, décision n° 2 BvR 2661/06, *Honeywell*, BVerfGE 126, 286 ; BVerfG, 21 juin 2016, décision n° 2 BvR 2728/13, *OMT Programm*, BVerfGE 142, 123 ; BVerfG, 30 juill. 2019, décisions n° 2 BvR 1685/14, 2631/14, *Anleihenkaufprogramm der EZB* ; BVerfG, 5 mai 2020, décisions n° 2 BvR 859/15, 980/16, 2006/15, 1651/15, *EZB-Kaufprogramm*.

¹²⁵² BVerfG, 5 mai 2020, *EZB-Kaufprogramm*, prec. ; CJUE, GC, 11 déc. 2018, aff. C-493/17, *Weiss e.a.* Sur cette affaire, voir : R. HOFMANN, A. HEGER, « Das Selbstverständnis des Bundesverfassungsgerichts als Hüter des Kompetenzverhältnisses zwischen der Europäischen Union und Deutschland », *EuGRZ*, 2020, n° 7-12, p. 186 ; F. MARTUCCI, « La BCE et la Cour constitutionnelle allemande : comprendre l’arrêt du 5 mai de la Cour constitutionnelle allemande », *Le club des juristes*, 11 mai 2020, disponible sous : www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus ; F. C. MAYER, « Auf dem Weg zum Richterfaustrecht ? », *Verfassungsblog*, 7 mai 2020, disponible sous : <https://verfassungsblog.de/auf-dem-weg-zum-richterfaustrecht/>

¹²⁵³ BVerfG, 6 juill. 2010, *Honeywell*, prec., considération principale (*Leitsatz*) n° 1.

la décision *OMT*¹²⁵⁴. Concrètement, la Cour constitutionnelle vérifie si le dépassement des attributions présente un caractère évident et s'il déséquilibre la répartition des compétences entre États membres et Union¹²⁵⁵. Si la Cour constitutionnelle est amenée à déclarer un acte *ultra-vires*, cela a théoriquement pour effet de rendre l'acte en cause inapplicable en Allemagne. La décision du 5 mai 2020 déclarant plusieurs décisions de la Banque centrale européenne *ultra-vires* permettra de déterminer ce qu'il en est dans la pratique¹²⁵⁶.

Une autre condition, qui tient plus à une logique de rapport entre les ordres juridiques qu'aux critères relatifs à l'acte lui-même, est la saisine de la Cour de justice d'une question préjudicielle avant toute déclaration d'*ultra-vires*. Cette exigence a été rappelée par le juge constitutionnel dans la décision *Honeywell* et pratiquée dans l'affaire *EZB-Kaufprogramm* afin de donner la possibilité à la Cour de justice de se prononcer sur l'interprétation des traités, sur la validité de l'acte et éventuellement sur son interprétation¹²⁵⁷. Pour Claus Dieter Classen, elle est absolument fondamentale dans le cadre du contrôle *ultra-vires* étant donné que le conflit résulte directement d'un désaccord dans l'organisation des rapports inter-ordres juridiques. Il paraîtrait donc étonnant que la Cour suprême de l'un des deux ordres en conflit ait la possibilité de prendre seule une décision, sans même prendre en compte la position de la Cour de l'autre ordre¹²⁵⁸.

395. Application du contrôle de l'*ultra-vires* à la Charte. L'article 51 de la Charte est formulé de manière à empêcher toute influence de ce texte sur la répartition des compétences entre droit national et droit de l'Union telle qu'organisée par les traités. Un contrôle de l'*ultra-vires* par la Cour constitutionnelle fédérale portant directement sur le champ d'application de la Charte pourrait toutefois intervenir si « un acte de l'Union adopté pour maximiser les effets de la Charte aurait empiété sur les compétences des États membres »¹²⁵⁹. La Cour serait alors susceptible d'analyser elle-même et en profondeur le champ d'application de la Charte. Néanmoins, même si le contrôle ne porte pas directement sur la Charte ou sur son champ d'application, ceux-ci sont susceptibles d'être mobilisés et interprétés par le juge constitutionnel dès lors qu'un acte potentiellement *ultra-vires* viole également le principe de démocratie et certains droits fondamentaux de la Loi fondamentale, mobilisant ainsi l'identité constitutionnelle. Il sera alors nécessaire de

¹²⁵⁴ C.D. CLASSEN, *op. cit.*, Art. 23, pt 56, en référence à : BVerfG, 21 juin 2016, *OMT Programm*, prec.

¹²⁵⁵ BVerfG, 6 juill. 2010, *Honeywell*, prec., §61 ; BVerfG, 14 janv. 2014, décisions n° 2 BvR 2728/13, 2729/13, 2730/13, 2731/13, 2 BvE 13/13, *OMT-Vorlagebeschluss*, BVerfGE 134, 366, §24.

¹²⁵⁶ BVerfG, 5 mai 2020, *EZB-Kaufprogramm*, prec.

¹²⁵⁷ BVerfG, 6 juill. 2010, *Honeywell*, prec., §61 ; BVerfG, 5 mai 2020, *EZB-Kaufprogramm*, prec.

¹²⁵⁸ C.D. CLASSEN, *op. cit.*, Art. 23, pt 57.

¹²⁵⁹ É. LAGRANGE, A.-M. THEVENOT-WERNER, « Allemagne », *op. cit.*, p. 45.

contrôler si la garantie des droits offerte par l’Union est équivalente à celle de la Loi fondamentale et la Charte sera mobilisée à ce titre.

Hormis ces trois contrôles spécifiques au droit de l’Union, un autre type de contrôle est également susceptibles de conduire à un contrôle indirect de la Charte.

d) Le contrôle du droit au juge

396. Contrôle du droit au juge. Le contrôle du droit au juge est un contrôle de droit strictement interne qui résulte de l’article 101§1 2^{ème} phrase LF et selon lequel « Nul ne doit être soustrait à son juge légal ». Le droit au juge possède en Allemagne un sens spécifique. Il vise à éviter toute manipulation de la solution du litige par le choix d’un juge plutôt que d’un autre¹²⁶⁰. Ainsi, « il faut que se prononce le juge compétent désigné par la loi, lui seul et entièrement »¹²⁶¹. La Cour constitutionnelle fédérale a étendu le droit au juge au cas du renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l’Union dans la décision *Solange II*¹²⁶² en se fondant sur la combinaison des articles 101§1 2^{ème} phrase LF et 267 TFUE.

397. Critères de contrôle du droit au juge. La détermination des critères du contrôle du droit au juge a fait l’objet d’un long débat jurisprudentiel entre les deux chambres de la Cour constitutionnelle d’une part, et entre la Cour constitutionnelle fédérale et la Cour de justice d’autre part. Les deux chambres sont immédiatement tombées d’accord sur le fait que le refus de renvoi préjudiciel à la Cour de justice violait le droit au juge si une juridiction de dernière instance avait des doutes sur la réponse à apporter à une question pourtant décisive dans le conflit en cause ou si la juridiction de dernière instance s’écartait délibérément de la jurisprudence de la Cour de justice sur une question décisive pour l’issue du conflit¹²⁶³. En revanche, le troisième critère, plus proche de la jurisprudence de la Cour de justice relative aux actes clairs et éclairés¹²⁶⁴, a fait débat pendant plusieurs années. La

¹²⁶⁰ BVerfG, 24 mars 1964, décisions n° 2 BvR 42/63, 83/63, 89/63, *Geschäftsverteilungsplan*, BVerfGE 17, 294, §14.

¹²⁶¹ É. LAGRANGE, A.-M. THEVENOT-WERNER, « Allemagne », *op. cit.*, p. 83.

¹²⁶² BVerfG, 22 oct. 1986, *Solange II*, *prec.*, §75-81.

¹²⁶³ BVerfG, 31 mai 1990, décisions n° 2 BvL 12/88, 13/88 et 2 BvR 1436/87, *Absatzfonds*, BVerfGE 82, 159, §137.

¹²⁶⁴ CJCE, 27 mars 1963, aff. C-28 à 30/62, *Da Costa en Schaake NV e.a. c/ Administratie der Belastingen*, p. 76 ; CJCE, 6 oct. 1982, aff. C-283/81, *CILFIT c/ Ministero della Sanità*, pt 14.

première chambre l'a adopté dès 2010¹²⁶⁵ alors que la seconde chambre a attendu 2014 pour s'aligner¹²⁶⁶ et mettre fin à plusieurs années de confusions¹²⁶⁷.

Toutefois, le contrôle opéré par la Cour constitutionnelle reste faible en comparaison de celui préconisé par la Cour de justice de l'Union. Alors que la première se limite à un simple contrôle de l'arbitraire (*Willkürkontrolle*), c'est-à-dire à une interprétation stricte des critères et à une grande liberté laissée au juge dans sa décision d'effectuer ou non un renvoi, la seconde recommande une interprétation large des critères afin que la question préjudicielle ne soit irrecevable que lorsqu'elle n'a « aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal »¹²⁶⁸. Malgré la référence à la jurisprudence de la Cour de justice, la Cour constitutionnelle semble refuser « de s'ériger en organe de contrôle de toute erreur procédurale et continue de se cantonner au rôle de gardien de la Loi fondamentale allemande »¹²⁶⁹, tel que le prévoit l'article 101§1 2^{ème} phrase LF du droit au juge. Si une violation du droit au juge est constatée, la décision en cause est jugée inconstitutionnelle et l'affaire renvoyée devant le juge¹²⁷⁰.

398. Contrôle du droit au juge et Charte des droits fondamentaux. Le contrôle du droit au juge, bien que strictement national et revendiqué comme tel par la Cour constitutionnelle fédérale, rend possible une application indirecte de la Charte. Pour contrôler si le juge aurait dû effectuer un renvoi préjudiciel, la Cour constitutionnelle procède en effet à une analyse rapide du droit et de la jurisprudence de l'Union. Il s'agit de déterminer s'ils sont suffisamment clair ou s'ils nécessitent une interprétation par la Cour de justice. Dans ce cadre, la Charte est susceptible d'être interprétée dès lors que l'acte en cause concerne un droit garanti par elle¹²⁷¹.

¹²⁶⁵ BVerfG, 25 fév. 2010, décision n° 1 BvR 230/09, *Massenentlassungsrichtlinie*, §19. La troisième chambre du premier sénat qui a rendu cette décision est également celle qui traite habituellement de la question du droit au juge. Voir : BVerfG, 26 fév. 1954, décision n° 1 BvR 537/53, *Tatsachenfeststellung*, BVerfGE 3, 359, §19.

¹²⁶⁶ BVerfG, 28 janv. 2014, décisions n° 2 BvR 1561/12 à 1564/12, *Filmabgabe nach Filmförderungsgesetz*, BVerfGE 135, 155, §177-186.

¹²⁶⁷ Pour une analyse plus fouillée de ce conflit : É. LAGRANGE, A.-M. THEVENOT-WERNER, « Allemagne », *op. cit.*, p. 82-86.

¹²⁶⁸ CJCE, 26 nov. 1998, aff. C-7/97, *Bronner*, pt 17.

¹²⁶⁹ É. LAGRANGE, A.-M. THEVENOT-WERNER, « Allemagne », *op. cit.*, p. 85.

¹²⁷⁰ BVerfG, 19 juill. 2016, décision n° 2 BvR 470/08, §51-59.

¹²⁷¹ BVerfG, 19 juill. 2011, *prec.*, §91 ; BVerfG, 27 juin 2014, décision n° 1 BvR 1313/14, §8-10 ; BVerfG, 18 avril 2018, décision n° 1 BvR 1213/16, §37 et 40.

e) Conséquences des contrôles indirects sur l'interprétation du champ d'application de la Charte

399. Développement de la *Trennungsthese*. À l'égard du champ d'application des droits fondamentaux de l'Union, la Cour constitutionnelle fédérale s'est rapidement inscrite dans la rigoureuse théorie de la séparation (*Trennungsthese* ou *Alternativitätsthese*). Cette théorie de la séparation vise à tracer une limite claire entre le droit national et le droit de l'Union. Elle a été utilisée par la Cour de justice au début du développement de sa jurisprudence relative aux droits fondamentaux¹²⁷², alors qu'elle tenait à s'assurer de leur application à la place des droits fondamentaux nationaux¹²⁷³. Reprise par la Cour constitutionnelle fédérale, cette dernière a « progressivement développé dans une série de décisions un système propre pour la délimitation de la Loi fondamentale et des droits fondamentaux de l'Union »¹²⁷⁴. Elle vise à développer « une distinction aussi précise que possible entre les sphères de droits fondamentaux allemands et de l'Union »¹²⁷⁵. Cette construction trouve son origine dès les jurisprudences *Solange*, qui reposent sur l'hypothèse qu'une situation appartienne soit au cadre de la Loi fondamentale, soit au cadre du droit primaire de l'Union¹²⁷⁶. Toute application conjointe (*Doppelgeltung*) des droits fondamentaux des deux ordres juridiques est ainsi exclue¹²⁷⁷.

400. Dispositions précises et inconditionnelles et dispositions avec marge d'appréciation. À l'image de la jurisprudence française, la Cour constitutionnelle fédérale a fondé sa propre théorie de la séparation sur la distinction entre dispositions précises et inconditionnelles et dispositions avec marge d'appréciation. Il en résulte que toute mesure de transposition d'une disposition européenne précise et inconditionnelle entrerait dans le champ d'application du droit de l'Union, tandis que toute mesure de transposition d'une disposition européenne avec marge d'appréciation appartiendrait uniquement au champ d'application des droits fondamentaux de la Loi fondamentale. Cette limitation a été résumée avec force dans la décision *Antiterrordatei* du 24 avril 2013. En l'espèce, la

¹²⁷² CJCE, 17 déc. 1970, aff. C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c/ Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, pt 3.

¹²⁷³ D. THYM, « Die Reichweite der EU-Grundrechte-Charta – Zu viel Grundrechtsschutz ? », *NVwZ*, 2013, n° 14, p. 892.

¹²⁷⁴ *Ibid.*

¹²⁷⁵ *Ibid.* En ce sens également : D. EHLERS, « (§14) Allgemeine Lehren der Unionsgrundrechte », in : D. EHLERS (éd.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 4^{ème} éd., Berlin, De Gruyter, 2014, pt 74 ; A. SCHWERTFEGGER, « Europäisches Unionsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ... », *op. cit.*, p. 298 et s.

¹²⁷⁶ BVerfG, 22 oct. 1986, *Solange II*, prec. ; BVerfG, 7 juin 2000, *Bananenmarkt*, prec.

¹²⁷⁷ BVerfG, 13 mars 2007, décision n° 1 BvF 1/05, *Treibhausgas-Emissionsberechtigungen*, BVerfGE 118, 79, §70 et 74 ; BVerfG, 24 avril 2013, *Antiterrordateigesetz*, prec., §88.

création d'un fichier antiterroriste par l'Allemagne entrant dans le champ d'application de la directive européenne sur la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. La Cour constitutionnelle a néanmoins estimé qu'« il n'existe aucune disposition de droit de l'Union qui oblige, empêche ou impose des prescriptions à la République Fédérale d'Allemagne pour la création spécifiquement d'un tel fichier. La loi de mise en place du fichier antiterroriste poursuit au contraire des objectifs nationaux, qui n'influencent qu'indirectement le fonctionnement des relations juridiques régies par le droit de l'Union, ce qui ne suffit pas à l'exercice d'un contrôle de la garantie des droits fondamentaux au regard du droit de l'Union »¹²⁷⁸. Dès lors que le droit de l'Union ne vise pas précisément le contenu de la mesure nationale en cause, le champ d'application de la Charte ne peut être ouvert. Ainsi, un seul rapport entre une mesure nationale et le champ d'application abstrait du droit de l'Union, ou une seule « influence médiate sur des situations juridiques régies par le droit de l'Union » ne peuvent faire entrer une situation dans le champ d'application de la Charte¹²⁷⁹.

401. Critère de la détermination des mesures par le droit de l'Union. Afin de distinguer les champs d'application nationaux et européen des droits fondamentaux, la Cour constitutionnelle fédérale a néanmoins recours à un vocabulaire différent de la Cour de justice de l'Union. Elle se réfère au caractère « déterminé » de la mesure nationale par le droit de l'Union pour constater l'existence d'une marge d'appréciation ou son absence. Ainsi, une mesure nationale est « déterminée » (« *determiniert* ») par une directive¹²⁸⁰ lorsque celle-ci prévoit des règles contraignantes (« *zwingende Vorgaben* ») pour les États membres¹²⁸¹. Si cette formulation recoupe celle relative aux dispositions précises et inconditionnelles, elle implique un degré supérieur dans la vérification de la disposition qui ne peut supporter de s'arrêter simplement à la formulation de l'acte de droit de l'Union. Ce vocabulaire peut ainsi se révéler plus contraignant encore que pour les dispositions précises et inconditionnelles. En ce sens, la Cour constitutionnelle a jugé en 2016 dans la décision *Tabakerzeugnisse* qu'il existait une indétermination dans les mesures provisoires prises

¹²⁷⁸ BVerfG, 24 avril 2013, *Antiterrordateigesetz*, prec., §90. La Cour de justice a directement réfuté ce mode de délimitation du champ d'application de la Charte : CJUE, GC, 29 juill. 2019, aff. C-469/17, *Funko Medien NRW*, pts 28-31.

¹²⁷⁹ D. EHLERS, « (§14) Allgemeine Lehren der Unionsgrundrechte », *op. cit.*, pt 66 ; É. LAGRANGE, A.-M. THEVENOT-WERNER, « Allemagne », *op. cit.*, p. 51.

¹²⁸⁰ Notamment : BVerfG, 2 mars 2010, décisions n° 1 BvR 256/08, 263/08, 586/08, *Vorratsdatenspeicherung*, BVerfGE 125, 260, §182 ; BVerfG, 19 juill. 2011, prec., §53, 54 et 88.

¹²⁸¹ Notamment : BVerfG, 11 mars 2008, décision n° 1 BvR 256/08, *Vorratsdatenspeicherung*, BVerfGE 121, 1 ; BVerfG, 17 janv. 2017, décision n° 2 BvB 1/13, *Parteiverbot*, BVerfGE 144, 20.

pour la transposition de dispositions pourtant précises et inconditionnelles d’une directive¹²⁸². Si le paradigme sur lequel repose le champ d’application de la Charte, à savoir la distinction entre dispositions avec et sans marge d’appréciation, paraît très proche entre la Cour constitutionnelle fédérale et la Cour de justice de l’Union, la différence de vocabulaire empêche toutefois de les identifier.

402. Dissociation des champs d’application de la Charte et du droit de l’Union.

Jusqu’à récemment, la distinction entre les champs d’application des droits fondamentaux par la *Trennungsthese* impliquait une désolidarisation du champ d’application de la Charte par rapport à celui du droit de l’Union. En effet, une mesure nationale de transposition d’une directive avec marge d’appréciation doit, de toute évidence, respecter la directive qu’elle transpose et entre donc dans le champ d’application du droit de l’Union¹²⁸³. Pourtant, la *Trennungsthese* développée par la Cour constitutionnelle se fondait sur l’absence d’appartenance des mesures de transposition d’une directive laissant une marge d’appréciation aux États membres au champ d’application de la Charte. L’interprétation par la Cour constitutionnelle divergeait donc grandement de la jurisprudence de la Cour de justice¹²⁸⁴.

403. Divergences suscitées dans la doctrine. Face cette interprétation du champ d’application de la Charte, la doctrine allemande se trouve profondément fragmentée. Elle se divise d’une part entre les auteurs interprétant le champ d’application de la Charte de manière restreinte, conformément à la *Trennungsthese* de la Cour constitutionnelle fédérale, et les auteurs qui estiment que le champ d’application de la Charte doit être interprété plus largement. Elle est segmentée d’autre part entre les auteurs de la seconde catégorie en un large panel qui s’étend en fonction de la quantité de cas d’applications de la Charte réputés appartenir à son champ d’application. Depuis quelques années, les discussions se limitent toutefois à certaines « poches » de débats et ne remettent plus en cause l’ensemble de la jurisprudence de la Cour de justice de l’Union.

Les auteurs favorables à un champ d’application restrictif de la Charte, parmi lesquels comptent notamment plusieurs membres de la Cour constitutionnelle fédérale¹²⁸⁵, estiment

¹²⁸² É. LAGRANGE, A.-M. THEVENOT-WERNER, « Allemagne », *op. cit.*, p. 53, sur : BVerfG, 18 mai 2016, décision n° 1 BvR 895/16, *Tabakerzeugnisse*, §30-33.

¹²⁸³ BVerfG, 27 juin 2014, *prec.*, §6-10 ; BVerfG, 6 oct. 2015, décision n° 2 BvR 2543/12, §8-9 ; BVerfG, 21 avril 2015, décision n° 2 BvR 1322/12, §61-64.

¹²⁸⁴ Cf. *supra*, §134.

¹²⁸⁵ Les juges de la Cour constitutionnelle fédérale sont pour beaucoup professeurs des universités et participent à ce titre également à l’édification de la doctrine. Parmi les professeurs-juges favorables à un champ d’application restrictif de la Charte, on trouve notamment les Professeurs Gabriele Britz, Paul Kirchhof et Johannes Masing. En ce sens également : F. KIRCHHOF, « Die Kooperation zwischen

que les droits fondamentaux de l'Union n'ont pas besoin de s'appliquer aussi largement pour réaliser les objectifs poursuivis par l'Union. L'application de la Charte aux cas de limitation par les États membres des libertés économiques ne serait notamment pas conforme à son article 51 étant donné que les États n'agissent pas en tant qu'acteurs du droit de l'Union dans ces situations¹²⁸⁶. En interprétant le champ d'application de la Charte aussi largement, la jurisprudence de la Cour de justice aurait pour simple objectif d'élargir les compétences de l'Union et d'exercer ainsi un contrôle plus large¹²⁸⁷. Cela conduirait toutefois à perturber « l'équilibre fondamental européen »¹²⁸⁸.

L'autre partie de la doctrine, qui s'oppose à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, se distribue en un panel beaucoup plus large. Les remises en cause de la jurisprudence de la Cour de justice qui ont pu être observées au début ne constituent toutefois plus le cœur de la discussion. Celle-ci se concentre désormais sur des cas bien précis d'application de la Charte, contestés ou non par les auteurs. Ces « poches » persistent dans les situations où de larges marges d'appréciations sont laissées aux États membres¹²⁸⁹, dans l'application de la Charte aux limitations par les États membres des libertés économiques¹²⁹⁰ ou encore lors de l'application de la Charte sur le fondement de la citoyenneté en lien avec la liberté de circulation¹²⁹¹. Cette partie de la doctrine remarque

Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof: Addierung oder Optimierung des Grundrechtsschutzes ? », in : *Staatsrecht und Politik. Festschrift für Roman Herzog*, C.H. Beck, Munich, 2009, p. 155-171 ; M. RUFFERT, « Das Bundesverfassungsgericht als Akteur im Prozess der europäischen Integration », *EuGRZ*, 2017, n° 7-10, p. 241-249.

¹²⁸⁶ G. BRITZ, « Grundrechtsschutz durch das Bundesverfassungsgericht und den Europäischen Gerichtshof » [en ligne], 6 octobre 2014, p. 6, [consulté le 20 novembre 2017], intervention disponible sous : www.uni-giessen.de ; T. KINGREEN, in : C. CALLIESS, M. RUFFERT (éd.), *EUV, AEUV – Kommentar*, 5^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2016, Art. 51 GRCh, pt 19 ; C. LADENBURGER, J. VONDUNG, in : M. SACHS, K. STERN (éd.), *Europäische Grundrechte-Charta : Kommentar*, Munich, C.H. Beck, 2016, Art. 51, pt 35 ; F. WOLLENSCHLÄGER, « Anwendbarkeit der EU-Grundrechte im Rahmen einer Beschränkung von Grundfreiheiten », *EuZW*, 2014, n° 15, p. 579.

¹²⁸⁷ T. KINGREEN, *op. cit.*, Art. 51 GRCh, pt 14 ; R. STREINZ, W. MICHL, in : R. STREINZ (éd.), *EUV/AEUV*, 3^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2018, Art. 51 GRCh, pt 18.

¹²⁸⁸ J. MASING, « Problèmes de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in : *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : mode d'emploi*, *op. cit.*, p. 431.

¹²⁸⁹ D. EHLERS, « (§14) Allgemeine Lehren der Unionsgrundrechte », *op. cit.*, pts 66 et s. ; H.-P. FOLZ, in : C. VEDDER, W. HEINTSCHEL VON HEINEGG (éd.), *Europäisches Unionsrecht : EUV, AEUV, GRCh*, 2^{ème} éd., Baden-Baden, Nomos, 2018, Art. 51 GR-Charta, pts 5-7 ; H.-D. JARASS, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union unter Einbeziehung der vom EuGH entwickelten Grundrechte und der Grundrechtsregelungen der Verträge : Kommentar*, 3^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2016, Art. 51, pts 16 et s. ; D. THYM, « Die Reichweite der EU-Grundrechte-Charta ... », *op. cit.*, p. 889 et s.

¹²⁹⁰ M. BOROWSKI, in : J. MEYER (éd.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4^{ème} éd., Baden-Baden, Nomos, 2014, Art. 51, pts 29 et s. ; H.-P. FOLZ, *op. cit.*, Art. 51 GR-Charta, pt 5 ; A. GROßE WENTRUP, *Die Europäische Grundrechtecharta im Spannungsfeld der Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten : eine Untersuchung am Beispiel von Art. 14 und Art. 16 EuGRC*, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, p. 61 ; H.-D. JARASS, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Art. 51, pt 24 ; C. LADENBURGER, J. VONDUNG, *op. cit.*, Art. 51, pt 35 ; R. STREINZ, W. MICHL, *op. cit.*, Art. 51 GRCh, pts 15 et s.

¹²⁹¹ H.-D. JARASS, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, *op. cit.*, Art. 51, pt 25 ; C. LADENBURGER, J. VONDUNG, *op. cit.*, Art. 51, pt 47.

néanmoins que les préoccupations institutionnelles internes qui guident la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale sur ces thématiques n’ont pas lieu d’être étant donné qu’elles relèvent du droit européen et devraient être prises en tenant compte des intérêts des autres États membres¹²⁹².

404. Théorie générale du champ d’application de la Charte. Au regard de sa jurisprudence, la Cour constitutionnelle fédérale a longtemps semblé vouloir développer une théorie générale afin de tracer une limite claire entre les champs d’application des droits fondamentaux nationaux et de l’Union. Cette théorie a été progressivement affinée par des décisions fondatrices rendues en réponse à la jurisprudence divergente de la Cour de justice et ce malgré les nombreuses voix de la doctrine allemande qui s’y opposent. Elle a consacré un champ d’application de la Charte extrêmement restreint, certainement car celui-ci « révèle en négatif [son] champ de compétence »¹²⁹³. Selon Évelyne Lagrange et Anne-Marie Thévenot-Werner, « On comprend donc que [celle-ci] affirme sans ambages qu’en l’absence de détermination *stricto sensu* de l’acte interne litigieux par le droit de l’Union, sa validité s’apprécie au regard des droits protégés par la Loi fondamentale et en fasse pratiquement une prémisse à son raisonnement »¹²⁹⁴.

Cette approche restrictive a toutefois très largement évolué avec les décisions *Recht auf Vergessen I* et *II* rendues le 6 novembre 2019¹²⁹⁵. À titre principales, ces décisions rendent désormais possible un contrôle direct des mesures nationales de mise en œuvre du droit de l’Union par la Cour constitutionnelle fédérale au regard de la Charte. Pour autant, cela ne fait pas disparaître toute possibilité de contrôle indirect du champ d’application de la Charte.

2. Le contrôle direct

405. Décisions *Recht auf Vergessen I* et *II*. L’approche stricte, pourtant patiemment construite par la Cour constitutionnelle fédérale, a été soudainement abandonnée par la Cour constitutionnelle fédérale à l’occasion de deux décisions rendues le 6 novembre 2019. Dans la décision *Recht auf Vergessen I*, une disposition nationale appartenant à un domaine non entièrement déterminé par le droit de l’Union était en cause. La Cour a jugé qu’une telle mesure nationale de transposition, issue d’une directive laissant aux États membre une

¹²⁹² D. THYM, « Die Reichweite der EU-Grundrechte-Charta », *op. cit.*, p. 889 et s.

¹²⁹³ É. LAGRANGE, A.-M. THEVENOT-WERNER, « Allemagne », *op. cit.*, p. 53.

¹²⁹⁴ É. LAGRANGE, A.-M. THEVENOT-WERNER, « Allemagne », *op. cit.*, p. 53.

¹²⁹⁵ BVerfG, 6 nov. 2019, *Recht auf Vergessen I*, prec. ; BVerfG, 6 nov. 2019, *Recht auf Vergessen II*, prec.

marge d'appréciation, devait être contrôlée au regard des droits fondamentaux de la Loi fondamentale et de la Charte¹²⁹⁶. Elle abandonne ainsi la *Trennungsthese* et sa division stricte entre les champs d'application des droits fondamentaux nationaux et de l'Union pour rejoindre une logique d'application cumulative des droits¹²⁹⁷, à l'image de celle développée par la Cour de justice dans la décision *Melloni*¹²⁹⁸. Sur le fondement de l'équivalence des protections, la priorité est toutefois donnée aux droits fondamentaux de la Loi fondamentale, qui constituent le cadre du contrôle. Un examen complémentaire au regard de la Charte ne sera réalisé que si des indices démontrent que la protection par la Loi fondamentale est insuffisante en l'espèce. Selon la Cour, ce raisonnement se justifie par le principe de subsidiarité, applicable aux droits fondamentaux dans la mesure où il est repris par l'article 51§1 de la Charte. Il se justifie également par le fait que lorsque le droit de l'Union laisse une marge d'appréciation aux États membres, l'Union accepte implicitement une certaine diversité d'application de la règle, notamment au regard de l'application des droits fondamentaux. Enfin, la Cour légitime ce raisonnement en affirmant que les droits fondamentaux de la Loi fondamentale seront interprétés à la lumière des droits fondamentaux de la Charte¹²⁹⁹.

Plus encore, dans la décision *Recht auf Vergessen II*, la Cour renonce à écarter tout contrôle d'une mesure nationale entièrement déterminée par le droit de l'Union. Elle s'estime ainsi compétente pour exercer le contrôle d'une mesure appartenant au champ d'application du droit de l'Union au regard des droits fondamentaux garantis par la Charte¹³⁰⁰. Cette compétence se justifierait au regard de la responsabilité qu'elle porte dans la participation de l'Allemagne à l'intégration européenne (*Integrationsverantwortung*). Or, l'article 23§1 LF a ouvert l'ordre juridique allemand au droit de l'Union et reconnaît ainsi les actes du droit de l'Union en droit interne. Par conséquent, les juridictions nationales sont tenues d'appliquer le droit de l'Union et de le contrôler au regard des droits fondamentaux de la Charte. Dans la mesure où la Cour constitutionnelle fédérale a pour fonction de

¹²⁹⁶ BVerfG, 6 nov. 2019, *Recht auf Vergessen I*, prec., §41 et s. Confirmé dans : BVerfG, 19 mai 2020, décision n° 1 BvR 2835/17, §326.

¹²⁹⁷ En ce sens, voir : J. MILKER, « Karlsruhe im Luxemburger Gewand, aber dennoch eigenständig » [en ligne], *Verfassungsblog*, 29 novembre 2019, disponible sous : <https://verfassungsblog.de/karlsruhe-im-luxemburger-gewand-aber-dennoch-eigenstaendig/> ; W. MICHL, « In Vielfalt geeinte Grundrechte », *Verfassungsblog*, 27 novembre 2019, disponible sous : <https://verfassungsblog.de/in-vielfalt-geeinte-grundrechte/> ; A. VOßKUHL, « Die Zukunft der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa », *EuGRZ*, 2020, n° 7-12, p. 169.

¹²⁹⁸ CJUE, GC, 26 fév. 2013, aff. C-399/11, *Melloni*.

¹²⁹⁹ BVerfG, 6 nov. 2019, *Recht auf Vergessen I*, prec.

¹³⁰⁰ BVerfG, 6 nov. 2019, *Recht auf Vergessen II*, prec., §32 et s. En ce sens, voir : S. MUCKEL, « Recht auf Vergessen II », *JA*, 2020, n° 3, p. 238.

contrôler les jurisprudences des juridictions nationales quant au respect des droits fondamentaux, elle ne peut écarter le contrôle du respect des droits fondamentaux de l’Union au risque de générer une incomplétude des voies de recours¹³⁰¹. Cette interprétation n’irait pas à l’encontre de l’article 93§1 n° 4a LF relatif au recours constitutionnel, étant donné que l’article 23§1 GG aurait également intégré les droits fondamentaux de la Charte à la Loi fondamentale en tant que norme de contrôle¹³⁰².

406. Évolution du contrôle de la Cour constitutionnelle fédérale. Ces deux décisions pourraient bien amorcer une nouvelle ère dans l’approche du droit de l’Union par la Cour constitutionnelle fédérale. En effet, il semble que la Cour ait choisi de renoncer à son combat acharné pour distinguer strictement les champs d’application des droits fondamentaux nationaux et de l’Union¹³⁰³ et qu’elle ait érigé la Charte au rang de source d’inspiration pour l’interprétation des droits fondamentaux de la Loi fondamentale au même titre que la CESDH. La création d’un contrôle direct du droit de l’Union devrait rendre seulement accessoires les contrôles indirects de la Charte développés jusqu’à ce jour. Ce renversement se fonde sur la comparabilité – ou l’équivalence – des protections.

Néanmoins, l’interprétation par la Cour constitutionnelle du caractère « européen » d’une mesure nationale semble encore restreinte en comparaison de la jurisprudence de la Cour de justice de l’Union. En effet, la Cour constitutionnelle estime qu’une mesure nationale met en œuvre le droit de l’Union seulement lorsqu’elle est entièrement déterminée par lui et lorsque, en présence d’une marge d’appréciation laissée aux États membres, la règle de droit de l’Union fournit « un cadre suffisamment substantiel qui doit, de manière reconnaissable, être concrétisé en respectant les droits fondamentaux de l’Union »¹³⁰⁴. De plus, lorsque la mesure nationale n’est pas entièrement déterminée par le droit de l’Union, la Cour constitutionnelle limite son contrôle à la Loi fondamentale et préjuge simplement de la conformité avec la Charte sans effectuer de contrôle approfondi. Concrètement, ces nouvelles décisions ne modifient donc pas en profondeur l’interprétation par la Cour constitutionnelle du champ d’application de la Charte.

¹³⁰¹ BVerfG, 6 nov. 2019, *Recht auf Vergessen II*, prec., §53 et s.

¹³⁰² BVerfG, 6 nov. 2019, *Recht auf Vergessen II*, prec., §67.

¹³⁰³ J. KÜHLING, « Das „Recht auf Vergessenwerden“ vor dem BVerfG – November(r)evolution für die Grundrechtsarchitektur im Mehrebenensystem », *NJW*, 2020, n° 5, p. 275 ; W. MICHL, « In Vielfalt geeinte Grundrechte », *op. cit.*

¹³⁰⁴ BVerfG, 6 nov. 2019, *Recht auf Vergessen I*, prec., §44 ; BVerfG, 30 juin 2020, décision n° 1 BvR 1679/17, §169 ; BVerfG, 18 août 2020, décision n° 1 BvQ 82/20, §21.

407. Nouveau degré de juridiction. En acceptant de se faire juge des droits fondamentaux de la Charte, la Cour constitutionnelle a organisé un nouveau degré de juridiction pour le contrôle du respect des droits fondamentaux par le droit de l'Union en Allemagne. Si ce nouvel échelon vise à renforcer le respect des droits fondamentaux face, notamment, à la quasi-absence de recours direct possible pour les individus devant la Cour de justice, il faudra attendre que les contours de cette jurisprudence se dessine pour vérifier la véracité de cette affirmation. En effet, le risque semble grand que la Cour constitutionnelle fédérale évince la Cour de justice pour développer une interprétation « allemande » des droits fondamentaux de la Charte, donnant le sentiment, selon les Professeurs Kämmerer et Kotzur, « qu'il faut parler allemand pour protéger les droits fondamentaux en Europe »¹³⁰⁵. Tant le ton des deux décisions que les questions relatives à la réorganisation du renvoi préjudiciel invitent à la prudence.

408. Questionnements relatifs au renvoi préjudiciel à la Cour de justice. Dans la décision *Recht auf Vergessen II*, la Cour constitutionnelle énonce qu'elle exercera le contrôle direct des dispositions nationales de mise en œuvre du droit de l'Union en coopération avec la Cour de justice. Selon elle, si une incertitude sur l'interprétation d'un droit fondamental se présente, elle saisira la Cour de justice d'une question préjudicielle. En d'autres termes, la Cour étend l'exigence de renvoi préjudiciel à son propre office. Néanmoins, une telle assertion peine à convaincre dans le contexte actuel. Jusqu'à présent, la Cour constitutionnelle a fait preuve d'une certaine réticence à saisir la Cour de justice de questions préjudicielles¹³⁰⁶ : seules deux saisines par le second sénat ont eu lieu, toutes deux relatives à la Banque centrale européenne¹³⁰⁷. Le premier sénat, auteur des décisions *Recht auf Vergessen I* et *II*, n'a pour sa part jamais renvoyé de question préjudicielle à la Cour de justice. L'occasion n'avait pas été saisie en 2013 dans le cadre de la décision *Antiterrordatei* relative à l'interprétation de la Charte¹³⁰⁸ et avait conduit la Cour constitutionnelle à proposer une réinterprétation du champ d'application de la Charte en contradiction avec

¹³⁰⁵ J.A. KÄMMERER, M. KOTZUR, « Vollendung des Grundrechtsverbunds oder Heimholung des Grundrechtsschutzes ? Die Bundesverfassungsgericht-Beschlüsse zum „Recht auf Vergessen“ als Fanal », *NVwZ*, 2020, n° 4, p. 177.

¹³⁰⁶ Encore récemment, la Cour constitutionnel fédérale a refusé de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle malgré l'imprécision des traités : BVerfG, 30 juill. 2019, *Anleihenkaufprogramm der EZB*, prec., §314-319. Sur le sujet, voir : O. JOOP, « Chronique. La Cour constitutionnelle fédérale allemande raisonne sur la question préjudicielle et encadre la portée de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *RTD Eur.*, 2014, n° 1, p. 229-230.

¹³⁰⁷ BVerfG, 14 janv. 2014, *OMT-Vorlagebeschluss*, prec. ; BVerfG, 18 juill. 2017, décisions n° 2 BvR 859/15, 1651/15, 2006/15, 980/16, BVerfGE 146, 216.

¹³⁰⁸ BVerfG, 24 avril 2013, décision n° 1 BvR 1215/07, *Antiterrordateigesetz*, BVerfGE 133, 277.

l’interprétation énoncée par la Cour de justice quelques mois plus tôt¹³⁰⁹. L’occasion n’a toujours pas été saisie un an après les deux décisions *Recht auf Vergessen* alors que certains cas d’espèce auraient pu en faire l’objet¹³¹⁰. Une telle approche aurait représenté un moyen efficace de prouver sa bonne foi. Enfin, le second sénat ne semble pas tellement disposé à utiliser le mécanisme préjudiciel de manière coopérative après la décision *PSPP* rendue le 5 mai 2020, qui qualifie d’*ultra-vires* l’arrêt rendu par la Cour de justice en réponse à la seconde question préjudicielle de la Cour constitutionnelle¹³¹¹. On est donc en droit de se demander si la seconde chambre suivra cette évolution et si elle la suivra de manière aussi radicale¹³¹².

Par ailleurs, la création d’un nouveau degré de juridiction en matière de protection des droits fondamentaux de l’Union pose de réelles questions quant aux destinataires de l’obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice. Jusqu’à présent, les cours suprêmes allemandes avaient l’obligation de renvoyer lorsqu’une question sur l’interprétation ou la validité du droit de l’Union se posait devant elle. Cette obligation procédait du fait que les décisions de ces cours n’étaient pas susceptibles de recours en droit interne (article 267 du TFUE). Désormais, un recours peut être effectué devant la Cour constitutionnelle lorsque la question est relative à un droit fondamental ; les décisions des cours suprêmes sont donc, sous certaines conditions, susceptibles d’être remises en cause. La question de l’obligation de renvoi se pose tant pour la Cour constitutionnelle que pour les cours suprêmes. Concernant la Cour constitutionnelle, on peut supposer que l’obligation de renvoi a été reconnue par la décision *Recht auf Vergessen II*¹³¹³, bien que son exercice interroge. En conséquence, que l’obligation persiste ou non pour les cours suprêmes, celles-ci pourraient, en pratique, choisir de laisser les requérants déposer un recours devant la Cour constitutionnelle plutôt que de saisir eux-même la Cour de justice d’un renvoi préjudiciel. Cette situation pose la question de savoir comment la Cour constitutionnelle réagira face à un recours fondé tant sur la violation du droit au juge pour non renvoi à la Cour de justice que sur l’interprétation du droit fondamental de l’Union en question, pour lequel aucun renvoi à la juridiction européenne n’a été effectué. Si la Cour constitutionnelle estime que l’objet de la saisine est la violation du droit au juge, elle devrait alors la constater et renvoyer

¹³⁰⁹ CJUE, GC, 26 fév. 2013, aff. C-617/10, *Åkerberg Fransson*.

¹³¹⁰ Par exemple, sur la conservation des données : BVerfG, 19 mai 2020, décision n° 1 BvR 2835/17, §326.

¹³¹¹ BVerfG, 5 mai 2020, *EZB-Kaufprogramm*, prec.

¹³¹² En ce sens également : J. KÜHLING, « Das „Recht auf Vergessenwerden“ vor dem BVerfG », *op. cit.*, p. 277-278 ; S. MUCKEL, « Recht auf Vergessen II », *op. cit.*, p. 239 ; M. SACHS, « Verfassungsprozessrecht : Verfassungsbeschwerde und Unionsgrundrechte », *JuS*, 2020, n° 3, p. 285.

¹³¹³ BVerfG, 6 nov. 2019, *Recht auf Vergessen II*, prec., §§68-76.

au juge compétent la saisine de la Cour de justice et l'application du droit fondamental en cause. Ceci pourrait permettre de réaffirmer l'obligation de renvoi des cours suprêmes. À l'inverse, si la Cour constitutionnelle estime que l'objet principal de la saisine est le droit fondamental de l'Union, elle pourra effectuer le contrôle et renvoyer elle-même à la Cour de justice une question préjudicielle en cas d'incertitude. Il se pourrait également que la Cour de justice de l'Union choisisse de se prononcer sur le maintien de l'obligation de renvoi des cours suprêmes afin d'assurer une diversité des renvois. Cela permettrait d'écarter le risque que les juridictions supérieures allemandes, Cour constitutionnelle fédérale comprise, ne renvoient plus de questions préjudicielles à la Cour concernant les droits fondamentaux.

Eu égard aux nombreuses incertitudes entourant notamment l'exercice du renvoi préjudiciel, les contours de ce nouveau contrôle direct des mesures nationales de mise en œuvre du droit de l'Union restent encore relativement flous. Il faudra attendre d'autres décisions afin de pouvoir dessiner plus précisément les tenants et aboutissants de ce revirement de jurisprudence.

409. Confrontation des contrôles français et allemand du droit de l'Union. Les deux cours constitutionnelles française et allemande ont accepté de reconnaître la primauté d'application du droit de l'Union ainsi que l'obligation d'application et de transposition du droit secondaire qui en résulte. Ces obligations d'ordre européen se sont muées en obligations d'ordre constitutionnel dès lors que le processus de constitutionnalisation a été entamé avec la ratification du traité de Maastricht en 1992. La Cour constitutionnelle fédérale comme le Conseil constitutionnel ont tous deux éprouvé un certain nombre de difficultés à les faire entrer dans le cadre de leurs contrôles classiques. Le développement de contrôles spécifiques qui en a résulté pour les deux a permis de contourner ces difficultés tout en renforçant la place du droit de l'Union dans les ordres juridiques internes ainsi que sa constitutionnalisation.

Les exigences propres à ces contrôles diffèrent toutefois entre la France et l'Allemagne en ce qu'elles se fondent essentiellement sur les caractéristiques de la constitutionnalisation du droit de l'Union dans chacune des constitutions. Or, celle-ci s'est révélé assez différente, pour ne pas dire aux antipodes. Les exigences auxquelles se réfèrent la Cour constitutionnelle fédérale sont contenues à l'article 23§1 LF et visent le respect des droits fondamentaux, de l'identité constitutionnelle et des limites aux droits de souveraineté transférés à l'Union. Le Conseil constitutionnel s'en remet aux exigences qu'il a lui-même déduites de l'article 88-1 C°, à savoir l'obligation de transposition des directives,

d’application des règlements et le respect des règles ou principes inhérents à l’identité constitutionnelle. L’identité constitutionnelle, pourtant commune aux contrôles, apparaît également foncièrement différente. Sur le fond, l’identité constitutionnelle de la Loi fondamentale est précisément déterminée par le truchement de l’article 79§3 LF, tandis que l’identité constitutionnelle française reste extrêmement vague. Sur les conséquences, l’identité constitutionnelle allemande est intangible et éternelle. Elle ne peut faire l’objet d’aucune modification¹³¹⁴. L’identité constitutionnelle française peut au contraire être modifiée par le constituant après simple déclaration d’inconstitutionnalité du Conseil constitutionnel.

L’effet que cette différence emporte sur les contrôles du droit de l’Union sont lourdes de conséquences étant donné que la limite de l’identité constitutionnelle par rapport au droit de l’Union est absolue en Allemagne, contrairement à la France. En cas de violation de l’identité constitutionnelle, il revient au droit de l’Union d’être modifié en Allemagne et à la Constitution d’être corrigée en France. Sous couvert de précision, l’identité constitutionnelle allemande fait donc preuve d’une très grande rigidité, tout comme la constitutionnalisation de la Loi fondamentale. *A contrario*, l’identité constitutionnelle française apparaît beaucoup plus indéfinie, donc potentiellement mouvante, au même titre que l’article 88-1 C° résultant de la constitutionnalisation du droit de l’Union.

Plus encore, ces différences ont conduit à reconnaître en Allemagne une possibilité de contrôle direct par la Cour constitutionnelle des mesures nationales de mise en œuvre du droit de l’Union au regard de la Charte, tandis qu’un tel contrôle de conventionnalité, même indirect, est toujours impossible devant le Conseil constitutionnel français. Cette dernière évolution a véritablement creusé un fossé entre les deux approches française et allemande. On peut toutefois espérer que, conjuguée aux exemples autrichien, belge ou encore italien¹³¹⁵, l’évolution jurisprudentielle allemande incite le Conseil constitutionnel français à une plus grande participation au concert des cours constitutionnelles européennes.

410. Conclusion. Les exigences relatives aux contrôles ont une influence non négligeable sur l’interprétation du champ d’application de la Charte par les cours constitutionnelles et conduisent à des approches profondément divergentes.

¹³¹⁴ En référence à la clause d’éternité, effective tant que la Loi fondamentale restera en vigueur.

¹³¹⁵ Les cours constitutionnelles autrichienne, belge et italienne acceptent de contrôler dans une certaine mesure le droit national de mise en œuvre du droit de l’Union au regard des droits fondamentaux de l’Union : Verfassungsgerichtshof (Autriche), 14 mars 2012, décision n° U 466/11 e.a. ; Cour constitutionnelle (Belgique), 15 mars 2018, arrêt n° 29/2018 ; Corte costituzionale (Italie), 23 janv. 2019, décision n° 20/2019.

En Allemagne, la précision et la grande rigueur des limites posées à l'intégration de l'Union ont conduit la Cour constitutionnelle fédérale à avoir une approche très dynamique et entreprenante sur la question du champ d'application du droit de l'Union et de la Charte. Les contrôles spécifiques au droit de l'Union lui ont permis d'exercer d'abord indirectement, puis directement, un contrôle très approfondi du champ d'application de la Charte. L'énergie mobilisée à ce titre a pu s'expliquer « pour des raisons de principe et par intérêt institutionnel » selon les termes d'Évelyne Lagrange et d'Anne-Marie Thévenot-Werner¹³¹⁶. Les raisons de principes tiennent à son rôle de garant de l'identité constitutionnelle, et donc à la protection absolue de la dignité humaine telle qu'elle est envisagée par la Loi fondamentale. L'intérêt institutionnel trouve son fondement dans l'enjeu de préservation de sa compétence au sein de l'ordre juridique allemand. En effet, dès l'instant où un acte est déterminé par le droit de l'Union, la Cour constitutionnelle risque de perdre sa compétence (tant que les standards constitutionnels sont respectés) au profit des juridictions ordinaires. Celles-ci devront se prononcer en fonction du droit de l'Union et le recours devra être effectué devant la Cour de justice, ce qui risquait d'écarter le juge constitutionnel d'une grande part des contrôles¹³¹⁷. Or, une perte de compétence progressive se traduit par un risque de déstabilisation de l'organisation institutionnelle allemande et par la peur d'un effet uniformisant aux dépens des États membres et donc de la Cour constitutionnelle fédérale. Cette peur pourrait trouver son fondement dans l'expérience des États fédéraux qui a conduit à la perte progressive d'indépendance de beaucoup d'États fédérés. Cela a été le cas en Allemagne avec les tribunaux constitutionnels des Länder qui ont largement perdu en importance au profit de la Cour constitutionnelle fédérale¹³¹⁸. Le récent bouleversement de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle à cet égard pourrait s'expliquer par une volonté de prendre les devants face à une approche trop stricte et à terme intenable. Elle pourrait également permettre à la Cour d'offrir une interprétation « allemande » de la Charte afin d'assurer la cohérence entre les droits fondamentaux de l'ordre juridique allemand et ceux de la Charte, peut-être au détriment d'une interprétation « européenne » défendue par la Cour de justice de l'Union¹³¹⁹.

¹³¹⁶ É. LAGRANGE, A.-M. THEVENOT-WERNER, « Allemagne », *op. cit.*, p. 52.

¹³¹⁷ En ce sens notamment : A. HARATSCH, C. KOENIG, M. PECHSTEIN, *Europarecht*, 11^{ème} éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 2018, pt 699 ; K. SCHLAICH, S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht : Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 11^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2018, p. 284 et s.

¹³¹⁸ M. BOROWSKI, *op. cit.*, Art. 51, p. 744.

¹³¹⁹ En ce sens également, voir : R. HOFMANN, A. HEGER, « Das Selbstverständnis des Bundesverfassungsgerichts », *op. cit.*, p. 182 ; J. KÜHLING, « Das „Recht auf Vergessenwerden“ vor dem BVerfG », *op. cit.*, p. 277.

En France, l’approche a été foncièrement différente dans la mesure où le Conseil constitutionnel a choisi de se mettre en retrait des questions relatives au droit de l’Union, laissant les cours suprêmes exercer leur compétence. Son contrôle du droit de l’Union se limite à constater la violation de l’identité constitutionnelle afin que le constituant modifie la Constitution et à vérifier que le droit de l’Union pénètre bien le droit interne. Le désintérêt apparent pour les questions européennes s’est répandu jusqu’à la question du champ d’application de la Charte. Le Conseil constitutionnel se contente de guider ses contrôles propres au droit de l’Union par des considérations d’ordre purement interne. Il distingue les transpositions strictes ou non des directives afin de déterminer si le contrôle de constitutionnalité doit être classique ou simplement limité aux deux exigences énoncées envers le droit de l’Union. La question de la mise en œuvre du droit de l’Union ne semble donc pas forcément recouper celle du caractère strict de la transposition, rendant difficile toute interprétation du champ d’application de la Charte à partir de la jurisprudence du Conseil.

En définitive, le Conseil constitutionnel a tendance à écarter le contrôle du droit de l’Union de son cadre de compétence, au risque de réduire le champ de ses compétences, tandis que la Cour constitutionnelle fédérale cherche à interpréter le droit de l’Union pour limiter au maximum son expansion et préserver son champ de compétence. Ces deux types de rapports entretenus avec le droit de l’Union et les conséquences sur le champ d’application de la Charte qui en découlent vont conduire à reporter une quantité plus ou moins importante de marge d’appréciation vers les juridictions ordinaires nationales. Il en résulte des effets différents sur les rapports de ces organes juridictionnels avec le droit de l’Union et sur le champ d’application de la Charte.

Conclusion de Chapitre

411. En établissant les limites au sein desquelles le droit de l’Union peut avoir droit de cité dans les ordres juridiques nationaux, la constitutionnalisation écrite et jurisprudentielle du droit de l’Union a joué un rôle important sur les contrôles que les cours sont susceptibles d’exercer vis-à-vis de la Charte et de son champ d’application. En effet, l’impossibilité pour les cours constitutionnelles de contrôler le droit de l’Union par le biais de leurs contrôles classiques a conditionné le développement de contrôles spécifiques. La méthode dégagée

par le Conseil constitutionnel apparaît assez minimaliste, à l'image de la constitutionnalisation du droit de l'Union en France par le biais de l'article 88-1 C°. Cet article, qui ne pose pas de réelles limites à l'intégration européenne, éclaire la raison pour laquelle le juge constitutionnel n'a posé qu'une seule exigence en matière de droit européen : l'obligation de transposition des directives et d'application des règlements en droit national. Si cette exigence rencontre une limite, l'identité constitutionnelle, elle se révèle relativement poreuse dans la mesure où le constituant est susceptible de passer outre. Le contrôle de l'exigence de transposition est, en outre, un simple contrôle manifeste, ce qui place le Conseil constitutionnel très en retrait sur les questions de droit européen.

412. En revanche, les contrôles développés par la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne sont extrêmement étoffés, sur le modèle de l'article 23 LF issu de la constitutionnalisation du droit de l'Union. Les conditions posées par l'article 23§1 LF à l'intégration européenne sont reprises et transposées en un ensemble de contrôles strictes, très encadrées, qui nécessitent une grande part d'interprétation du droit de l'Union par la Cour constitutionnelle elle-même. Contrairement à la France, la limite de l'identité constitutionnelle y est inamovible. Cette rigueur a permis à la Cour constitutionnelle fédérale de distinguer strictement le domaine du droit de l'Union du domaine du droit national, notamment en matière de droits fondamentaux, avant d'y renoncer au profit d'une approche plus mixte des droits.

413. Les capacités plus ou moins réduites de contrôle des cours constitutionnelles ont considérablement pesé sur la faculté des juridictions ordinaires à interpréter le champ d'application de la Charte. À partir de ce constat, la typologie des cas concrets de son application par les cours suprêmes permet de tracer précisément les contours des champs d'application de la Charte tels qu'interprétés par les différents acteurs nationaux.

Chapitre 6. Typologie pratique des cas d'application de la Charte au niveau national

414. La différence de contrôle du champ d'application de la Charte entre les cours constitutionnelles trouve sa source dans des modes de constitutionnalisation divergents. Elle se traduit par une différence de marge d'appréciation consentie aux juridictions nationales quant à ce contrôle. En effet, la marge d'appréciation dépend de l'importance prise par la jurisprudence de la cour constitutionnelle pour guider l'interprétation du champ d'application de la Charte. Si le Conseil constitutionnel et la Cour constitutionnelle fédérale ont, dans un premier temps, tous deux renvoyé la compétence du contrôle de conventionnalité aux juridictions ordinaires¹³²⁰, une divergence s'observe quant à l'étendue de la marge d'appréciation qui leur est laissée. En France, le Conseil constitutionnel a estimé qu'« une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution ». Il ne lui appartient donc pas, « lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international »¹³²¹. En Allemagne, la Cour constitutionnelle fédérale se fonde sur l'article 93 LF, qui organise à son égard des compétences de contrôle et d'interprétation de la Loi fondamentale¹³²², mais également de la Charte par le biais de l'article 23§1 LF¹³²³.

In fine, la principale compétence de contrôle du droit de l'Union revient aux juridictions ordinaires en France comme en Allemagne. Les différences de marge d'appréciation qui leurs sont laissées apparaissent donc pleinement déterminantes pour se saisir de la question de l'interprétation du champ d'application de la Charte (Section 1). La jurisprudence qui en résulte doit ensuite faire l'objet d'une typologisation afin de déterminer concrètement les interprétations du champ d'application de la Charte par les juridictions

¹³²⁰ La nouvelle jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale (BVerfG, 6 nov. 2019, décision n° 1 BvR 16/13, *Recht auf Vergessen I* ; BVerfG, 6 nov. 2019, décision n° 1 BvR 276/17, *Recht auf Vergessen II*) est venue remettre en cause cette répartition des compétences à l'égard du contrôle du droit de l'Union, dans la mesure où elle accepte de contrôler le respect des droits fondamentaux garantis par la Charte.

¹³²¹ Cons. const., 15 janv. 1975, décision n° 74-54 DC, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, cons. 4-7. Confirmé par : Cons. const., 12 mai 2010, décision n° 2010-605 DC, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, cons. 10.

¹³²² À l'exception des cas de conflit entre la fédération et les Länder (article 93§1 n° 3 LF) ou de la procédure de vérification de la norme (*Normverifikationsverfahren*) de l'article 100§2 LF.

¹³²³ BVerfG, 6 nov. 2019, *Recht auf Vergessen II*, prec., §67.

nationales¹³²⁴ (Section 2). Du fait de la différence de fonction entre les juridictions, l'emploi de la typologie des cas d'application de la Charte développée à partir de la jurisprudence de la Cour de justice est susceptible d'être incomplète. Cet emploi offre néanmoins un outil pertinent pour comparer les interprétations de la Cour de justice avec celles des juridictions nationales. Il permet également d'effectuer une comparaison entre les États membres, voire entre les juridictions d'un même État. Les correspondances comme les différences relatives à l'étendue du champ d'application de la Charte se manifestent ainsi de manière concrète.

Section 1. Le fondement des contrôles par les juridictions ordinaires

415. L'exercice du contrôle de conventionnalité ayant été jusque récemment écarté par les cours constitutionnelles française et allemande, les juridictions ordinaires en ont naturellement hérité¹³²⁵. En Allemagne, cette compétence résulte d'une obligation constitutionnelle et conventionnelle¹³²⁶ et n'a donc pas posé de difficultés spécifiques. En France, le juge judiciaire a très rapidement accepté cette compétence¹³²⁷ alors que le Conseil d'État a attendu 14 ans avant d'en faire autant¹³²⁸. Une telle résistance trouve son fondement dans la difficulté du juge administratif à reconnaître la primauté du droit de l'Union sur l'ensemble du droit national. S'il a finalement accepté l'exercice de ce contrôle à l'égard des lois postérieures aux traités avec la décision *Nicolo*, le Conseil d'État maintient toutefois expressément que « la suprématie ainsi conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle »¹³²⁹. La Cour de cassation a exprimé une position identique, sans pour autant viser explicitement

¹³²⁴ L'analyse des interprétations nationales se concentrera principalement sur les jurisprudences des cours suprêmes, dans la mesure où leurs décisions sont plus facilement accessibles que celles des juridictions inférieures. Ceci est tout particulièrement le cas en Allemagne où il n'existe pas de base de données nationale recensant l'ensemble des décisions, à l'instar de la base de données Légifrance (www.legifrance.gouv.fr).

¹³²⁵ Allemagne : BVerfG, 29 mai 1974, décision n° 2 BvL 52/71, *Solange I*, BVerfGE 37, 271. France : Cons. const., 15 janv. 1975, *IVG*, prec.

¹³²⁶ Il résulte de l'article 20§3 LF, en combinaison avec la loi d'intégration du traité de Lisbonne et en combinaison avec l'article 4§3 du TUE une obligation pour le juge ordinaire d'appliquer le droit de l'Union. En ce sens : M. KLOEPFER, *Verfassungsrecht*, Tome 2 : Grundrechte, Munich, C.H. Beck, 2010, §41, pt 199.

¹³²⁷ Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, req. n° 73-13.556, *Administration des douanes c/ Société des cafés Jacques Vabre*.

¹³²⁸ CE Ass., 20 oct. 1989, req. n° 108243, *Nicolo*, publié au Lebon p. 190.

¹³²⁹ CE Ass., 30 oct. 1998, req. n° 200286 et 200287, *Sarran, Levacher e.a.*, publié au Lebon p. 369 ; CE, 3 déc. 2001, req., n° 226514, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, publié au Lebon, p. 624.

les traités européens¹³³⁰. Elle semble reconnaître à ces derniers une primauté en tant que norme de droit de l’Union mais pas en tant que norme constitutionnelle lorsqu’elle constate que « le juge national chargé d’appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit de l’Union, a l’obligation d’assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire à 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 constitutionnel »¹³³¹.

L’acceptation de la primauté du droit de l’Union par les juridictions ordinaires en Allemagne a été beaucoup plus simple. Au regard de l’influence considérable de la Cour constitutionnelle fédérale, la reconnaissance par elle de la primauté du droit de l’Union¹³³² s’est imposée à l’ensemble des juridictions. Cette reconnaissance est toutefois limitée à la seule primauté d’application et non à une primauté générale du droit de l’Union¹³³³.

L’acceptation de la primauté du droit de l’Union par les juridictions ordinaires leur a permis d’exercer le contrôle de conventionnalité du droit de l’Union initialement rejeté par les cours constitutionnelles (§1) et leur a donné l’opportunité de se saisir de l’interprétation du champ d’application de la Charte (§2).

§1- Les modes de contrôles du droit de l’Union

416. Formes de contrôles. Depuis l’arrêt *Simmenthal*¹³³⁴, la Cour de justice a explicitement formulé le principe du « dédoublement fonctionnel des juges nationaux saisis d’une norme européenne et de la possibilité qui leur est offerte sur ce fondement de s’émanciper du cadre institutionnel et procédural national afin de se reconnaître compétent pour assurer leur fonction de juge européen »¹³³⁵. Ce principe a par la suite été ancré à l’article 19§1 al. 2 du TUE. Édouard Dubout et Bélich Nabli ont dégagé quatre formes d’invocations des actes de droit de l’Union devant les juridictions ordinaires nationales. Il

¹³³⁰ Relativement aux engagements internationaux : Cass. Ass. plén., 2 juin 2000, req. n° 99-60.274, *Pauline Fraisse*.

¹³³¹ Cass. QPC, 29 juin 2010, req. n° 10-40.001, dans laquelle elle reprend la formulation utilisée par la Cour de justice dans : CJCE, 9 mars 1978, aff. C-106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato c/ Simmenthal*, pt 24.

¹³³² BVerfG, 9 juin 1971, décision n° 2 BvR 225/69, *Lütticke*, BVerfGE 31, 145.

¹³³³ BGH (1^{ère} ch. civ.), 3 mars 2016, décision n° I ZB 2/15 ; BVerwG, 18 juin 2018, décision n° 8 B 12.17 ; BAG, 25 oct. 2018, arrêt n° 8 AZR 501/14 ; BSG, 16 juin 2015, arrêt n° B 13 R 27/13 R.

¹³³⁴ CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, prec., pt 24.

¹³³⁵ É. DUBOUT, B. NABLI, *Droit français de l’intégration européenne*, Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2015, p. 143.

est ainsi possible, dans un litige, d'avoir recours à la norme de droit européen pour la substituer à une norme nationale, pour écarter le droit national contraire, pour interpréter le droit national ou encore pour réparer un préjudice découlant de la violation du droit de l'Union¹³³⁶. Ces formes d'utilisation du droit européen ont plus ou moins fait l'objet d'adaptations des contrôles nationaux par les juridictions.

417. Absence de spécificité du contrôle du droit de l'Union en Allemagne. En Allemagne, les juridictions sont divisées en cinq ordres, dominés par cinq cours suprêmes fédérales : la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof*, *BGH*), la Cour administrative fédérale (*Bundesverwaltungsgericht*, *BVerwG*), la Cour fédérale du travail (*Bundesarbeitsgericht*, *BAG*), la Cour fédérale des finances (*Bundesfinanzhof*, *BFH*) et la Cour fédérale du contentieux social (*Bundessozialgericht*, *BSG*). Les juridictions civiles et administratives peuvent être qualifiées de juges de droit commun tandis que les trois dernières sont des juridictions d'exceptions. L'influence exercée par la Cour constitutionnelle fédérale imprègne la totalité de ces cinq ordres de manière considérable¹³³⁷. Par conséquent, sa jurisprudence relative au champ d'application de la Charte a trouvé un fort écho dans la jurisprudence de ces juridictions.

Le contrôle du droit européen n'a pas pour autant rencontré de véritables obstacles devant les juridictions ordinaires. Le contrôle de conventionnalité est effectué à l'aune des lois d'intégration des traités de l'Union. De plus, l'absence de théorie de la loi écran permet aux juges de contrôler le droit national de mise en œuvre du droit de l'Union au regard des droits fondamentaux. En présence d'un doute, la saisine de la Cour constitutionnelle fédérale est rendue possible par la procédure de contrôle concret des normes prévue à l'article 100 al. 1 LF¹³³⁸. La question du contrôle de constitutionnalité de mesures nationales de transposition de dispositions précises et inconditionnelles d'une directive a été facilement résolue grâce à l'équivalence reconnue entre la Charte et le catalogue de droits fondamentaux de la Loi fondamentale. Le contrôle du droit européen n'a donc pas

¹³³⁶ *Ibid.*, p. 126. En ce sens également : P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, Tome 1, Paris, France, Dalloz, 2011, p. 487.

¹³³⁷ À tel point qu'il apparaît difficile de trouver de la littérature relative aux contrôles exercés par ces cours suprêmes ainsi qu'à leur jurisprudence.

En ce sens, voir : A. GAILLET, « La Grenouille français et le Bœuf allemand (I) – Propos franco-allemands sur les droits fondamentaux et les *Grundrechte* », in : P. COSSALTER, C. WITZ, *60 ans d'influences juridiques réciproques franco-allemandes*, Jubilé des 60 ans du Centre Juridique Franco-Allemand de l'Université de la Sarre, Paris, Société de législation comparée, 2016, p. 178-179.

¹³³⁸ Article 100§1 LF : « Si un tribunal estime qu'une loi dont la validité conditionne sa décision est inconstitutionnelle, il doit surseoir à statuer et soumettre la question à la décision du tribunal compétent pour les litiges constitutionnels du Land s'il s'agit de la violation de la constitution d'un Land, à la décision de la Cour constitutionnelle fédérale s'il s'agit de la violation de la présente Loi fondamentale ».

fondamentalement modifié l’office des juridictions ordinaires, contrairement à ce qui a pu être observé en France.

418. Spécificités du contrôle du droit de l’Union en France. L’influence et le rôle directeur du Conseil constitutionnel auprès des juridictions ordinaires sont nettement moins prononcés en France. Par corrélation, les juridictions ordinaires françaises sont plus indépendantes et libres de s’inspirer ou non de la jurisprudence du Conseil¹³³⁹. Elles se distinguent également par le caractère dual des ordres, divisé entre ordre judiciaire et ordre administratif, avec à leur tête respectivement la Cour de cassation et le Conseil d’État.

Le contrôle de conventionnalité des mesures nationales de mise en œuvre du droit de l’Union se fait au regard des traités ratifiés directement. Toutefois, contrairement aux juridictions ordinaires allemandes, la capacité pour les juridictions ordinaires françaises d’effectuer un contrôle du respect des droits fondamentaux constitutionnels des mesures nationales de mise en œuvre du droit de l’Union est largement réduite. En effet, le contrôle de constitutionnalité des lois est réservé au Conseil constitutionnel tandis que le contrôle de tout acte, pour lequel une loi s’interpose avec la Constitution, est impossible en raison de la théorie de la loi-écran. Selon cette théorie, le contrôle de constitutionnalité des actes résultant d’une loi nationale faisant écran avec la Constitution est impossible¹³⁴⁰.

419. Renvoi préjudiciel à la Cour de justice en interprétation de la Charte. Hormis ces dispositifs plus ou moins spéciaux, les juridictions ordinaires des deux États membres ont pris en compte la possibilité qui leur était ouverte – voire imposée pour les cours jugeant en dernier instance – d’effectuer des renvois préjudiciels auprès de la Cour de justice de l’Union. En France comme en Allemagne, tout ordre de juridiction confondu, les cours suprêmes ne semblent toutefois pas très enclines à utiliser ce mécanisme en matière d’interprétation de la Charte et de son champ d’application.

¹³³⁹ M. GUYOMAR, « Le contrôle de constitutionnalité d’un règlement transposant une directive communautaire – Conclusions sur Conseil d’État, Assemblée, 8 février 2007, Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres », *RFDA*, 2007, n° 2, p. 390, les conclusions du Commissaire du gouvernement Matthias Guyomar dans cette affaire sont significatives : « Si, en vertu de l’article 62 de la Constitution, les décisions du Conseil constitutionnel “s’imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles”, vous n’êtes en revanche pas tenus par l’interprétation que le Conseil constitutionnel donne de la Constitution. Il serait donc juridiquement envisageable que vous ne tiriez aucune conséquence de l’évolution jurisprudentielle que nous venons de vous décrire. Mais nous n’envisageons pas une telle hypothèse. Des considérations de convenance et de réalisme politique nous conduisent en effet à vous proposer de vous inspirer, tout en l’adaptant à votre position institutionnelle, de la solution retenue par le juge constitutionnel ».

¹³⁴⁰ Sur la théorie de la loi écran : J. WALINE, *Droit administratif*, 27^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2018, p. 358.

En France, le Conseil d'État et la Cour de cassation ont posé respectivement quatre et trois questions à ce titre depuis l'entrée en vigueur de la Charte¹³⁴¹. Certaines questions du Conseil d'État se révèlent toutefois étonnantes, dans la mesure où deux d'entre elles se réfèrent à des droits fondamentaux contenus dans la Charte (le droit de propriété et la liberté d'expression) sans pour autant la citer expressément¹³⁴². En Allemagne, le nombre de saisines relatives à la Charte est inégal selon les cours. La Cour fédérale de justice a effectué un total de sept recours préjudiciels en interprétation, dont quatre le même jour¹³⁴³, tandis que la Cour fédérale des finances et la Cour fédérale du contentieux social n'en ont effectué aucun. La Cour administrative fédérale a saisi la Cour de justice à six reprises¹³⁴⁴ et la Cour fédérale du travail à trois reprises¹³⁴⁵.

Sans être parfaitement équivalent entre les cours, le nombre de saisine reste, de manière générale, assez faible. Il peut s'expliquer en Allemagne par la grande liberté de saisine de la Cour de justice laissée aux juges ordinaires par la Cour constitutionnelle fédérale au titre du droit au juge (article 101§1 2^{ème} phrase LF)¹³⁴⁶. La possibilité de contrôle direct du droit de l'Union développée par la Cour constitutionnelle risque de ne pas inciter les cours suprêmes à s'en saisir davantage. En France, le désengagement du Conseil constitutionnel sur la question du contrôle de conventionnalité aurait pu laisser au Conseil d'État et à la Cour de cassation tout le loisir de contribuer au développement de la jurisprudence à l'échelle européenne. Il est à déplorer que ces deux juridictions suprêmes n'en aient pas saisi l'occasion¹³⁴⁷.

¹³⁴¹ Conseil d'État : CE, 10 mai 2017, req. n° 401536, mentionné dans les tables du Lebon ; CE, 26 juill. 2018, req. n° 411717, inédit au Lebon ; CE, 26 juill. 2018, req. n° 394922, mentionné dans les tables du Lebon ; CE, 14 nov. 2018, req. n° 415751, inédit au Lebon. Cour de cassation : Cass. soc., 29 mai 2013, req. n° 11-22.376 ; Cass. soc., 11 avril 2012, req. n° 11-21.609 ; Cass. crim., 23 nov. 2016, req. n° 15-82.333.

¹³⁴² CE, 10 mai 2017, req. n° 401536, prec. et CE, 26 juill. 2018, req. n° 411717, prec. : « En fonction de l'interprétation qu'il convient de donner aux paragraphes 1 et 3 de l'article 13 de la directive, leurs dispositions, en tant qu'elles s'appliquent aux noms et marques commerciales, respectent-elles le droit de propriété, la liberté d'expression, la liberté d'entreprise et les principes de proportionnalité et de sécurité juridique » (nous soulignons).

¹³⁴³ BGH (1^{ère} ch. civ.), 21 juill. 2011, décisions n° I ZR 29/11, I ZR 30/11 et I ZR 162/10 ; BGH (1^{ère} ch. civ.), 1^{er} juin 2017, décision n° I ZR 139/15 ; BGH (1^{ère} ch. civ.), 1^{er} juin 2017, décision n° I ZR 115/16 ; BGH (1^{ère} ch. civ.), 27 juill. 2017, décision n° I ZR 228/15.

¹³⁴⁴ BVerwG, 23 mars 2017, décisions n° 1 C 20.16, 1 C 18.16 et 1 C 17.16 ; BVerwG, 27 juin 2017, décision n° 1 C 26.16 ; BVerwG, 2 août 2017, décisions n° 1 C 37.16 et 1 C 2.17.

¹³⁴⁵ BAG, 18 oct. 2016, décisions n° 9 AZR 45/16 (A) et 9 AZR 196/16 (A) ; BAG, 13 déc. 2016, décision n° 9 AZR 541/15 (A).

¹³⁴⁶ É. LAGRANGE, A.-M. THEVENOT-WERNER, « Allemagne », in : L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *La Charte des droits fondamentaux saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2017, p. 92.

¹³⁴⁷ É. DUBOUT, P. SIMON, L. XENOU, « France », in : L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *La Charte des droits fondamentaux saisie par les juges en Europe*, op. cit., p. 352.

La réticence à saisir la Cour de justice de questions préjudicielles en interprétation de la Charte traduit plus largement un intérêt limité des cours suprêmes envers les droits fondamentaux de l’Union.

§2- La prise en considération du champ d’application de la Charte dans les contrôles

420. Avant l’entrée en vigueur de la Charte le 1^{er} décembre 2009, les juridictions nationales ne s’étaient pas réellement saisies de ce texte et de la protection qu’il était susceptible de conférer. En effet, à l’exception de quelques cas isolés, la Charte n’avait pas été appliquée. Plus encore, les rares cas y faisant référence ne l’ont pas appliqué mais s’expliquent par l’invocation de la Charte par les requérants¹³⁴⁸, par des citations des juridictions précisant son caractère non contraignant¹³⁴⁹ ou par des citations conjointes avec d’autres textes de protection des droits fondamentaux en vue de rappeler le caractère fondamental d’un droit¹³⁵⁰. À partir de son entrée en vigueur en revanche, la prise en compte de la Charte en France et en Allemagne témoigne de deux modèles qui diffèrent tant entre eux que vis-à-vis du droit de l’Union. En France, du fait que le Conseil constitutionnel s’en soit largement remis aux juridictions ordinaires pour traiter de la question du champ d’application de la Charte, cette question se caractérise par une approche plurielle et décentralisée (A). *A contrario*, l’approche allemande a longtemps été fondée sur la très stricte théorie de la séparation développée par la Cour constitutionnelle fédérale et pour partie reprise par les cours suprêmes des différents ordres de juridictions. Cette théorie a donné lieu à une jurisprudence assez homogène entre les juridictions (B).

¹³⁴⁸ Allemagne : OLG Düsseldorf, 2 nov. 2006, décisions n° VI-3 Kart 284/06 (V) et 285/06 (V) ; VerwG Gelsenkirchen, 15 fév. 2007, décision n° 13 K 2485/05 ; VerwG Minden, 15 fév. 2007, décision n° 2 K 2135/06. France : notamment Cass. crim., 10 déc. 2003, req. n° 03-86.127 ; Cass. crim., 5 mai 2004, req. n° 04-80.302.

¹³⁴⁹ Allemagne : BVerwG, 30 juin 2005, arrêt n° 7 C 26.04 ; OVG NRW, 13 fév. 2002, décision n° 19 A 1918/01 ; VerwG Düsseldorf, 15 déc. 2005, décision n° 6 K 7119/04. France : Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, req. n° 05-16.627 ; CE, 21 oct. 2009, req. n° 312928, mentionné dans les tables du Lebon ; CAA Nantes, 27 oct. 2011, req. n° 10NT00555 ; CAA Versailles, 28 fév. 2012, req. n° 10VE01608.

¹³⁵⁰ Allemagne : BVerwG, 5 mars 2009, arrêt n° 10 C 51.07 ; OVG NRW, 11 août 2009, décision n° 12 A 365/08. France : notamment CA Versailles, 2 fév. 2006, req. n° CT0131 ; CA Rennes, 19 sept. 2007, req. n° 06/04845 ; CA Paris, 7 oct. 2008, req. n° 05/09146.

A) L'appropriation du champ d'application de la Charte par les juridictions françaises

421. Prise en compte de la Charte en France depuis son entrée en vigueur. L'entrée en vigueur de la Charte a marqué un tournant dans son utilisation par les juridictions ordinaires. Elle a fait son apparition dans nombre de décisions, notamment grâce à une abondante invocation par les requérants. Corrélativement, l'intérêt porté à son champ d'application a également grandi. Cet intérêt diffère toutefois profondément entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif. De manière générale, les juridictions de l'ordre judiciaire sont peu actives sur la question et les cours semblent avoir recours à la Charte sans beaucoup se préoccuper de son champ d'application¹³⁵¹. La Cour de cassation pourrait avoir opéré un tournant en 2011¹³⁵², date à partir de laquelle elle cite presque systématiquement une directive européenne en association avec la Charte¹³⁵³. Cette méthode pourrait s'apparenter à un mode de justification de la mise en œuvre du droit de l'Union, bien que le lien entre l'objet du litige et la directive ne soit jamais explicité.

En comparaison, les juridictions de l'ordre administratif semblent plus préoccupées par la question du champ d'application de la Charte. Celle-ci a beaucoup occupé les cours administratives d'appel et le Conseil d'État dans les litiges relatifs aux titres de séjours et obligations de quitter le territoire français en matière de droit des étrangers. Après plusieurs années d'incertitudes¹³⁵⁴, la Cour de justice de l'Union a finalement été saisie de deux

¹³⁵¹ Notamment : Cass. soc., 14 avril 2010, req. n° 09-60.426 et 09-60.429 ; Cass. soc., 6 juill. 2010, req. n° 09-40.428, 09-40.430, 09-40.427, 09-40.429, 09-40.431 et 09-40.432 ; Cass. soc., 1^{er} déc. 2010, req. n° 10-60.117 ; CA Montpellier, 9 janv. 2013, req. n° 11/06392 ; CA Paris, 6 fév. 2013, req. n° 11/09831.

¹³⁵² Cass. com., 29 mars 2011, req. n° 10-30.001.

¹³⁵³ Notamment : Cass. soc., 17 mai 2011, req. n° 10-12.852 ; Cass. soc., 31 janv. 2012, req. n° 10-19.807 ; Cass. crim., 5 juin 2012, req. n° 11-83.319 ; Cass. soc., 13 juin 2012, req. n° 11-10.854 ; Cass. soc., 2 avril 2014, req. n° 12-22.054 ; Cass. soc., 28 mai 2014, req. n° 13-13.947 ; Cass. soc., 4 fév. 2015, req. n° 13-16.835 ; Cass. soc., 8 janv. 2020, req. n° 18-20.591.

¹³⁵⁴ Selon les premiers arrêts, l'article 41 de la Charte relatif au droit à une bonne administration aurait un champ d'application différent de celui du reste de la Charte, en ce qu'il s'adresserait uniquement aux organes et institutions de l'Union. Ainsi, les requérants ne pourraient invoquer l'article 41 contre un acte administratif individuel, en l'espèce un refus de titre de séjour et/ou une injonction de quitter le territoire, émanant du Préfet (notamment : CAA Douai, 13 août 2012, req. n° 12DA00295 ; CAA Douai, 4 déc. 2012, req. n° 12DA00478 ; CAA Paris, 7 déc. 2012, req. n° 12PA02064 ; CAA Lyon, 11 déc. 2012, req. n° 12LY01048). Parallèlement, l'analyse de l'article 51 de la Charte a débouché sur l'idée que ce même acte administratif individuel, pris sur le fondement d'une loi de transposition d'une directive, ne serait pas directement un acte de mise en œuvre du droit de l'Union. Le conflit qui en découle n'entrerait donc pas dans le champ d'application de la Charte (notamment : CAA Lyon, 11 oct. 2012, req. n° 11LY03003 ; CAA Douai, 4 déc. 2012, req. n° 12DA00478 ; CAA Versailles, 9 avril 2013, req. n° 12VE00838 ; CAA Nancy, 1^{er} août 2013, req. n° 12NC01772 et 12NC01771). Par la suite, la Cour administrative d'appel de Lyon s'est tournée vers une autre approche et a modifié ce raisonnement restrictif. Elle consacre le fait qu'un acte administratif individuel pris sur le fondement d'une loi issue de la transposition d'une directive constitue bien une mise en œuvre du droit de l'Union, rendant la Charte applicable. Concernant le champ d'application de l'article 41, elle se contente de ne citer que le §2 et semble écarter ainsi la question d'un champ d'application plus restrictif (CAA Lyon, 14 mars 2013, req. n° 12LY02737). Ce raisonnement va peu à peu être repris par les autres Cours administratives d'appel (notamment : CAA Marseille, 18 juin 2013, req. n° 12MA04450 ; CAA Nancy, 1^{er} août 2013, req. n° 12NC01848 ; CAA Bordeaux, 31 oct. 2013, req. n° 13BX00616 ; CAA Paris, 7 nov. 2013, req. n° 13PA00779), puis confirmé par le Conseil d'État lui-même (CE, 4 juin 2014, req. n° 370515, *Halifa*, publié

questions préjudicielles en ce sens¹³⁵⁵ et a éclairé les juridictions sur ce point¹³⁵⁶. Si l’interprétation du champ d’application de la Charte par les juridictions administratives n’a pas toujours été conforme à la jurisprudence de la Cour de justice de l’Union, elles ont eu le mérite de s’intéresser activement à la question.

La prise en compte du champ d’application de la Charte par les juridictions ordinaires françaises se révèle donc assez contrastée.

422. Réception par le Conseil d’État du contrôle du droit de l’Union opéré par le Conseil constitutionnel. Plus actif que la Cour de cassation, le Conseil d’État s’est saisi des outils à sa disposition en droit interne afin de construire un véritable contrôle du droit de l’Union. Ce contrôle fait écho à celui développé par le Conseil constitutionnel à partir de 2004 relatif à l’exigence constitutionnelle de transposition des directives de l’article 88-1 C^o¹³⁵⁷. Il se concentre sur la question du contrôle des mesures de transposition et d’application des dispositions précises et inconditionnelles des directives. En effet, un contrôle classique de la constitutionnalité ou de la conventionnalité de ces mesures reviendrait à contrôler directement la constitutionnalité ou la conventionnalité de la directive, ce que le juge administratif refuse. À l’inverse, les dispositions avec une marge d’appréciation laissée aux États membres ne posent pas de difficulté aux contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité.

Ce contrôle spécifique a été développé dans l’arrêt *Arcelor* du 8 février 2007. Cet arrêt renfermait la question de savoir quel contrôle de constitutionnalité le juge administratif pouvait-il exercer à l’égard d’un décret de transposition de dispositions précises et

au Lebon p.152). La Cour administrative d’appel de Bordeaux a ensuite sensiblement modifié ce raisonnement en ce qui concerne l’article 41 de la Charte. Elle se fonde sur une nouvelle décision de la Cour de justice de l’Union européenne (CJUE, 17 juill. 2014, aff. C-141/12, *YS e.a.*) et applique l’analyse selon laquelle l’article 41 ne s’adresserait pas aux États membres mais seulement aux institutions et organes de l’Union. Il dérogerait ainsi au champ d’application de la Charte. Afin de ne pas s’écarter de la jurisprudence consacrée en France, la Cour administrative d’appel de Bordeaux déduit toutefois de cette information que « lorsqu’une réglementation nationale entre dans le champ d’application du droit de l’Union, il ne saurait exister de cas de figure qui relèvent du droit de l’Union sans que les droits fondamentaux trouvent à s’appliquer » (CAA Bordeaux, 2 oct. 2014, req. n° 14BX01106 ; CAA Bordeaux, 16 oct. 2014, req. n° 14BX00664). Elle abandonne cependant ce raisonnement après deux arrêts pour reprendre celui du Conseil d’État (CAA Bordeaux, 18 déc. 2014, req. n° 14BX01956 et 14BX02260).

¹³⁵⁵ Au cours de ces tergiversations, les tribunaux administratifs de Melun et de Pau ont respectivement saisi la Cour de justice de questions préjudicielles les 8 mars et 30 avril 2013. La Cour s’est prononcée sur la question dans : CJUE, 5 nov. 2014, aff. C- 166/13, *Mukarubega*, pts 42-45 et CJUE, 11 décembre 2014, aff. C-249/13, *Boudjlida*, pts 30-35. Elle rappelle sa décision *YS*, dans laquelle elle avait estimé que l’article 41 de la Charte bénéficiait effectivement d’un champ d’application restreint, mais que le droit à une bonne administration reste garanti par les principes généraux du droit, notamment les droits de la défense.

¹³⁵⁶ Les décisions *Mukarubega* et *Boudjlida* de la Cour de justice ont finalement été reprises par les juridictions administratives nationales afin de mettre la jurisprudence en conformité avec le champ d’application de la Charte (CE, 9 nov. 2015, req. n° 381171, mentionné dans les tables du Lebon, puis notamment : CAA Lyon, 17 nov. 2015, req. n° 15LY00053 ; CAA Nantes, 17 déc. 2015, req. n° 15NT00981).

¹³⁵⁷ Cf. *supra*, §369.

inconditionnelles d'une directive. À cela, le Conseil d'État a répondu qu'il était nécessaire de translater le conflit en droit européen en apparentant la mesure nationale à la directive qu'elle transpose et le principe constitutionnel à un principe général du droit de l'Union. En ce sens, l'existence d'un principe du droit de l'Union équivalent au principe constitutionnel invoqué doit d'abord être recherchée¹³⁵⁸. S'il existe et si la directive y est conforme, il en est conclu que le décret de transposition est conforme au principe constitutionnel. S'il existe mais si la conformité de la directive au principe pose des difficultés, une saisine de la Cour de justice d'une question préjudicielle est nécessaire¹³⁵⁹. Enfin, s'il n'existe aucun principe équivalent en droit de l'Union, le principe invoqué est considéré comme inhérent à l'identité constitutionnelle de la France et le juge administratif peut exercer un contrôle classique de constitutionnalité du décret¹³⁶⁰.

L'arrêt *Conseil national des barreaux* a adapté cette question au contrôle de conventionnalité du décret d'application d'une loi de transposition de dispositions précises et inconditionnelles d'une directive. Un tel contrôle serait revenu à contrôler la conformité de la directive avec la CESDH, ce qui relève de la compétence de la Cour de justice et non du juge français. Le Conseil d'État a une nouvelle fois choisi de translater le conflit en droit de l'Union en rappelant que les droits garantis par la CESDH étaient désormais protégés par le droit de l'Union. Le contrôle décret-CESDH devient ainsi un contrôle directive-principes généraux du droit de l'Union, ce que le Conseil d'État est – dans une certaine mesure – susceptible de réaliser. Par conséquent, si la conformité de la directive avec les principes généraux ne pose pas de difficultés particulières, le juge écarte le moyen d'inconventionnalité du décret d'application. Si au contraire la conformité pose problème, la Cour de justice peut être saisie d'une question préjudicielle¹³⁶¹. En l'espèce, la Charte avait été invoquée par les requérants mais écarté par le Conseil d'État au motif qu'elle n'avait pas valeur contraignante. Elle a depuis remplacé les principes généraux dans le contrôle¹³⁶².

423. Réception par la Cour de cassation de la distinction opérée par le Conseil constitutionnel. À la différence du Conseil d'État, la Cour de cassation n'a pas

¹³⁵⁸ Les principes étaient recherchés dans les principes généraux du droit de l'Union avant le traité de Lisbonne et le sont dans la Charte et les principes généraux depuis son entrée en vigueur. Par exemple : CE, 18 juill. 2018, req. n° 408805, §6 et 10, inédit au Lebon ; CE, 26 juill. 2018, req. n° 411717, prec., §9-10.

¹³⁵⁹ Conformément à la jurisprudence *Foto-Frost* de la CJUE, selon laquelle tous les tribunaux peuvent juger qu'une directive respecte les principes généraux du droit de l'Union, mais seule la Cour peut juger qu'une directive ne les respecte pas : CJCE, 22 oct. 1987, aff. C-314/85, *Foto Frost c/ Hauptzollamt Lübeck-Ost*.

¹³⁶⁰ CE Ass., 8 fév. 2007, *Société Arcelor*, prec.

¹³⁶¹ CE Sect., 10 avril 2008, req. n° 296845, *Conseil national des barreaux*, publié au Lebon p. 129.

¹³⁶² CE, 26 juill. 2018, req. n° 411717, prec.

immédiatement et manifestement pris en compte la distinction opérée par le Conseil constitutionnel. Elle y fait pour la première fois référence dans une décision du 7 juillet 2015 relative à un refus de renvoi d’une QPC au Conseil constitutionnel¹³⁶³. Pour justifier son refus, elle procède à un contrôle – un peu maladroit selon nous – proche de celui de l’article 88-1 C° développé par le Conseil constitutionnel¹³⁶⁴. Il en résulte que les dispositions en question du code du travail, interprétées à la lumière des directives et de la Charte, respectent les exigences constitutionnelles et ne vont à l’encontre d’aucune règle ou principe inhérent à l’identité constitutionnelle de la France. En réalisant un « pré-contrôle » de l’exigence de transposition et de l’identité constitutionnelle, la Cour de cassation prend acte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel dans les conditions de renvoi d’une QPC mais ne s’approprie pas pour autant ses fondements à l’instar du Conseil d’État.

424. Contrôle du champ d’application par le Conseil d’État. Si le contrôle du champ d’application de la Charte par le Conseil d’État est loin d’être exactement conforme et aussi abouti que celui exercé par la Cour de justice de l’Union, un effort notoire est fourni afin de s’en rapprocher¹³⁶⁵. Ainsi, le Conseil d’État a très clairement intégré la condition de « mise en œuvre du droit de l’Union » comme critère d’applicabilité de la Charte et le fait que cette dernière ne soit pas applicable de manière autonome¹³⁶⁶. Si le lien de rattachement au champ d’application du droit de l’Union n’est pas suffisant, le moyen tiré de la Charte sera alors jugé inopérant¹³⁶⁷. Toutefois, mis à part la mention de l’article 51 et l’affirmation selon laquelle la situation en cause met en œuvre le droit de l’Union, le Conseil d’État n’explique pas les raisons pour lesquelles la Charte devrait être applicable. D’après l’analyse de sa jurisprudence, il semblerait qu’il le détermine principalement en fonction de la transposition officielle de l’acte, c’est-à-dire lorsque ce lien formel apparaît dans la mesure nationale de transposition ou que cette dernière est référencée dans Eur-lex ou Légifrance comme la transposition nationale de la directive¹³⁶⁸. En l’absence de lien formel,

¹³⁶³ Cass. soc., 7 juill. 2015, req. n° 15-12.417.

¹³⁶⁴ Cf. *supra*, §369.

¹³⁶⁵ Notamment cf. *supra*, §421.

¹³⁶⁶ CE, 4 juill. 2012, req. n° 341533, *Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et des amblyopes*, §5, publié au Lebon p. 261 ; CE, 25 mars 2015, req. n° 374401, *M.A.B.*, §13, mentionné dans les tables du Lebon ; CE, 25 mars 2020, req. n° 411070, §11, publié au Lebon ; CE, 1^{er} juill. 2020, req. n° 423118, inédit au Lebon.

¹³⁶⁷ CE, 13 fév. 2015, req. n° 384302, *Communes de Punaauia, de Taiarapu-Est, de Bora-Bora et d’Arue*, §11, mentionné dans les tables du Lebon.

¹³⁶⁸ CE Ass., 8 fév. 2007, *Société Arcelor*, prec. ; CE, 4 juin 2014, *Halifa*, prec. ; CE, 23 déc. 2016, req. n° 399117, mentionné dans les tables du Lebon ; CE, 30 janv. 2017, req. n° 394686, inédit au Lebon ; CE, 1^{er} fév. 2017, req. n° 391058, inédit au Lebon ; CE Ass., 24 fév. 2017, req. n° 391000, *Mme C. e.a.*, publié au Lebon p. 59 ; CE, 18 juill. 2018, req. n° 408805, prec. ; CE, 26 juill. 2018, req. n° 411717, prec.

il arrive néanmoins que le Conseil d'État considère la mesure nationale comme appartenant au champ d'application de la directive¹³⁶⁹. Il peut être influencé en cela par le rapporteur public¹³⁷⁰.

De concert avec Édouard Dubout, Perrine Simon et Lamprini Xenou, on peut déplorer qu'aucune « “grande décision” du Conseil d'État n'[ait] encore été consacrée à l'étude des critères de délimitation du champ d'application de la Charte »¹³⁷¹. Toutefois, ce dernier semble opérer un véritable effort de construction de ses démonstrations relatives à la Charte et à son champ d'application depuis quelques années. Dans le sillage des nouveaux modes de rédaction de ses décisions, les considérants relatifs à la Charte apparaissent plus étoffés et se fondent davantage sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union. Cet effort rend le classement de la jurisprudence administrative selon la typologie de la jurisprudence européenne beaucoup plus aisé que pour la jurisprudence judiciaire.

425. Contrôle du champ d'application par la Cour de cassation. Bien que la Cour de cassation revendique son statut de juge de la conventionnalité, notamment à l'égard du droit de l'Union¹³⁷², elle ne semble pas témoigner d'un grand intérêt pour la question du champ d'application de la Charte. Il en résulte une jurisprudence très approximative et décousue.

En 2013 et 2014, le juge a par exemple rejeté sans explications l'application de la Charte dans des décisions relatives à l'exécution de mandats d'arrêt européens alors que cette procédure est entièrement réglementée par le droit de l'Union¹³⁷³. À l'inverse, dans trois autres arrêts rendus depuis sur le mandat d'arrêt européen, la Cour de cassation a appliqué la Charte, sans pour autant qu'aucune indication ne vienne justifier ce changement¹³⁷⁴. En outre, lorsque la Cour de cassation choisit de fonder sa décision sur un

¹³⁶⁹ CE, 28 déc. 2017, req. n° 400580, mentionné dans les tables du Lebon ; CE Ass., 18 mai 2018, req. n° 400675, mentionné dans les tables du Lebon ; CE, 26 juill. 2018, req. n° 394922, prec.

¹³⁷⁰ Conclusions du rapporteur public Louis Dutheil de Lamothe sous CE, 14 juin 2018, req. n° 408265, inédit au Lebon.

¹³⁷¹ É. DUBOUT, P. SIMON, L. XENOU, « France », *op. cit.*, p. 339. En ce sens également : P. DEUMIER, « Le champ d'application de la Charte entre droit de l'Union européenne et droits fondamentaux », in : *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : mode d'emploi*, Colloque organisé au Conseil d'État le 20 novembre 2014 par l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation et la Société de législation comparée, paru dans : *Justice et Cassation*, 2015, n° 9, p. 398. En ce sens également : P. CASSIA, S. VON COESTER, « L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par le juge national », *JCP G*, 2012, n° 10, p. 505.

¹³⁷² Cass. civ. 1^{ère}, 7 oct. 2015, req. n° 14-20.370 : la Cour de cassation rappelle que tout juge national est chargé de mettre en œuvre le droit de l'Union qu'il doit donc en assurer le plein effet en refusant d'appliquer une disposition législative si elle est contraire au droit UE. Également : Cass. com., 4 oct. 2016, req. n° 16-40.234 : la Cour de Cassation autorise le renvoi d'une QPC au Conseil constitutionnel, sauf concernant le moyen selon lequel la loi nationale n'est pas conforme à la CESDH et à la Charte.

¹³⁷³ Cass. crim., 25 juin 2013, req. n° 13-84.149 ; Cass. crim., 18 fév. 2014, req. n° 14-80.485.

¹³⁷⁴ Cass. crim., 10 août 2016, req. n° 16-84.725 et 16-84.506 ; Cass. crim., 22 juill. 2020, req. n° 20-82.379.

droit fondamental protégé par la Charte, elle le fait parfois sans même évoquer le fait que des règles de droit de l’Union soient applicables¹³⁷⁵. Si, à partir de 2011, l’habitude a été prise de citer une directive européenne en association avec la Charte, la Cour de cassation se fonde toutefois uniquement sur l’existence d’un lien potentiel entre une directive et le droit national. Ce lien peut être notamment un simple domaine commun et aucune démonstration de la teneur du lien n’est apportée¹³⁷⁶. La question de savoir si la mesure nationale en cause procède d’une transposition de la directive n’est donc pas examinée, alors même que la loi en cause n’est pas référencée dans les outils français ou européens¹³⁷⁷ comme transposition de la directive. La référence à la décision du 4 mai 2016 au Bulletin d’information de la Cour de cassation (BICC) ne permet pas non plus de trouver trace d’une étude approfondie du champ d’application de la Charte¹³⁷⁸.

À l’imperfection de ces interprétations du champ d’application de la Charte s’ajoute l’application quasi systématique de la CESDH aux côtés de la Charte, comme si la Convention se trouvait être toute aussi contraignante pour le droit de l’Union¹³⁷⁹. Quelle que soit la raison de l’application de la CESDH (juste « au cas où » ou parce que la Cour de cassation estime qu’elle est également contraignante pour le droit de l’Union), elle témoigne d’une grande méconnaissance du champ d’application de la Charte.

Ce constat est corroboré par deux récentes décisions relatives au droit de l’Union, dans lesquelles le champ d’application de la Charte est tout bonnement ignoré. Dans un arrêt du 30 mars 2017, rendu par la deuxième chambre civile, la Cour écarte l’application du droit de l’Union en estimant que la directive invoquée par la requérante n’est pas applicable en l’espèce. Elle poursuit toutefois le contrôle du droit national en vérifiant que les dispositions nationales ne portent pas atteinte à la CESDH, au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et à

¹³⁷⁵ Cass. com., 26 avril 2017, req. n° 15-25.701 : Le droit de l’Union était bel et bien applicable en l’espèce, étant donné que la situation en cause concernait un abus de position dominante, domaine réglementé par le droit de l’Union.

¹³⁷⁶ Cass. soc., 17 mai 2011, req. n° 10-12.852 ; Cass. soc., 31 janv. 2012, req. n° 10-19.807 ; Cass. crim., 5 juin 2012, req. n° 11-83.319 ; Cass. soc., 19 sept. 2012, req. n° 11-19.016 ; Cass. soc., 2 avril 2014, req. n° 12-22.054 ; Cass. soc., 31 janv. 2012, req. n° 10-19.807 ; Cass. soc., 19 sept. 2012, req. n° 11-19.016 ; Cass. soc., 24 sept. 2014, req. n° 13-24.851 ; Cass. soc., 7 juill. 2015, req. n° 15-12.417.

¹³⁷⁷ Il est possible de trouver sur Légifrance et Eur-lex les mesures nationales enregistrées comme transposant les directives européennes.

¹³⁷⁸ Note sous : Cass. civ. 2^{ème}, 4 mai 2016, req. n° 15-18.957, publiée au BICC n° 850 du 1^{er} nov. 2016, arrêt n° 1329.

¹³⁷⁹ Cass. soc., 6 juill. 2010, req. n° 09-40.428, 09-40.430, 09-40.427, 09-40.429, 09-40.431 et 09-40.432 ; Cass. soc., 24 sept. 2014, req. n° 13-24.851 ; Cass. civ. 2^{ème}, 4 mai 2016, req. n° 15-18.957 ; Cass. crim., 10 août 2016, req. n° 16-84.725 et 16-84.506 ; Cass. com., 4 oct. 2016, req. n° 16-40.234 ; Cass. civ. 2^{ème}, 30 mars 2017, req. n° 16-10.617.

la Charte des droits fondamentaux¹³⁸⁰. Or, le rejet de la directive aurait dû écarter également toute application de la Charte. Par une seconde décision rendue le 17 octobre 2018, la première chambre civile a statué sur un recours concernant des règles internes d'organisation judiciaire. Au lieu d'écarter le moyen relatif à la Charte invoqué par le requérant, elle recherche s'il existe un doute sur l'interprétation de la Charte afin de déterminer si un renvoi devant la Cour de justice serait nécessaire¹³⁸¹. Or, une saisine de la Cour aurait donné lieu à une ordonnance d'incompétence manifeste étant donné que la Charte ne s'applique que dans le cadre de son champ d'application et que celui-ci ne comprend pas les règles d'organisation judiciaire internes aux États membres. De telles décisions nous éclairent sur les raisons pour lesquelles, rien qu'entre 2013 et 2014, la Cour de justice de l'Union a rendu 22 ordonnances d'incompétence manifeste envers les juridictions françaises¹³⁸².

La jurisprudence de la Cour de cassation relative au champ d'application de la Charte laisse donc apparaître, selon les termes de Pascal Deumier, un « contraste saisissant entre la difficulté de définir la mise en œuvre et la facilité à l'identifier en situation »¹³⁸³. Elle paraît bien éloignée de l'examen détaillé effectué par la Cour de justice dans une même situation. Ce contraste peut en partie être attribué au mode de rédaction des arrêts¹³⁸⁴, certaines notes au BICC témoignant d'une recherche plus approfondie sur la question du champ d'application¹³⁸⁵. En particulier, les chambres criminelle et sociale apparaissent plus au fait de la question que les chambres civiles. Toutefois, il reste difficile de se fonder sur cette jurisprudence très fluctuante et peu précise pour créer une typologie à l'image de celle applicable à la jurisprudence de la Cour de justice. Contrairement aux juridictions administratives, les juges judiciaires semblent ne pas s'être saisi de la question du champ d'application de la Charte¹³⁸⁶.

426. Conclusion. La jurisprudence relative au champ d'application de la Charte diverge donc grandement selon les ordres de juridiction. L'approche se révèle fractionnée selon les limites et l'évolution de la jurisprudence de chacune des cours, sans véritable unité

¹³⁸⁰ Cass. civ. 2^{ème}, 30 mars 2017, req. n° 16-10.617.

¹³⁸¹ Cass. civ. 1^{ère}, 17 oct. 2018, req. n° 16-60.352.

¹³⁸² P. DEUMIER, « Le champ d'application de la Charte entre droit de l'Union européenne et droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 400.

¹³⁸³ *Ibid.*, p. 399.

¹³⁸⁴ *Ibid.*

¹³⁸⁵ Note sous : Cass. crim., 22 janv. 2014, req. n° 12-83.579, publiée au BICC n° 800 du 15 avril 2014, arrêt n° 782.

¹³⁸⁶ É. DUBOUT, P. SIMON, L. XENOU, « France », *op. cit.*, p. 340.

au niveau national. La typologie des cas d’application de la Charte devra donc prendre en compte ces divergences d’interprétation entre les juridictions, dans la mesure où il ne peut y avoir une « interprétation française » unifiée du champ d’application de la Charte. Un tel constat ne peut toutefois être transposé à la situation allemande. Si quelques différences d’interprétation existent entre les juridictions, l’interprétation poursuivie par la Cour constitutionnelle fédère assez largement la jurisprudence des juridictions ordinaires.

B) Les adaptations de la « Trennungsthese » par les juridictions allemandes

427. Prise en compte de la Charte en Allemagne depuis son entrée en vigueur. En Allemagne, l’article 51 de la Charte¹³⁸⁷ est régulièrement cité dans la jurisprudence et le champ d’application mieux pris en considération par les juridictions civiles, administratives et du travail. Les cours fédérales des finances et du contentieux social semblent, en revanche, ne s’en être jamais emparées. Pour partie, ce silence pourrait se justifier par le fait que la spécialité de leur juridiction ne les amène à appliquer le droit de l’Union que dans une moindre mesure.

La prise en compte de la Charte par les juridictions des trois premiers ordres se traduit le plus souvent par le refus du juge d’appliquer ce texte si la situation en cause ne met pas en œuvre le droit de l’Union¹³⁸⁸. À l’inverse, si la situation correspond à une mise en œuvre du droit de l’Union, la Charte sera appliquée mais souvent associée aux droits fondamentaux de la Loi fondamentale ou de la CESDH¹³⁸⁹. La question de la saisine d’office par les juges d’un moyen tiré de la Charte, bien qu’elle diffère entre le droit privé, le droit pénal et le droit administratif¹³⁹⁰, ne semble pas avoir de conséquences majeures sur le champ d’application.

¹³⁸⁷ Sur cette question : N. BERNSDORFF, « Die Europäische Grundrechte-Charta nach fünf Jahre Rechtsverbindlichkeit. Werkstattbericht und Bestandsaufnahme », *Recht und Politik*, 2014, n° 3, p. 170 ; É. LAGRANGE, A.-M. THEVENOT-WERNER, « Allemagne », *op. cit.*, p. 64-74.

¹³⁸⁸ BGH (1^{ère} ch. civ.), 14 oct. 2010, arrêt n° I ZR 191/08, *AnyDVD*, §19-26 ; BGH (1^{ère} ch. civ.), 19 mai 2011, arrêt n° I ZR 147/09, *Coaching-Newsletter*, §28.

¹³⁸⁹ Notamment : BGH, 14 oct. 2010, *AnyDVD*, *prec.* ; BVerwG, 18 avril 2013, arrêt n° 10 C 9.12, §13-14 ; BGH (ch. crim.), 4 juin 2013, décision n° 1 StR 32/13 ; BAG, 11 sept. 2013, arrêt n° 7 AZR 843/11, §39 et 44 ; BGH (1^{ère} ch. civ.), 2 avril 2015, arrêt n° I ZR 59/13, *Springender Pudel*, §41-51 ; BAG, 19 fév. 2015, arrêt n° 8 AZR 1007/13, §14, 21 et 29 ; BGH (1^{ère} ch. civ.), 21 avril 2016, arrêt n° I ZR 198/13, *Verlegeranteil*, §74-75 ; BVerwG, 26 janv. 2017, décision n° 1 C 1.16, §36.

¹³⁹⁰ É. LAGRANGE, A.-M. THEVENOT-WERNER, « Allemagne », *op. cit.*, p. 97 : En droit civil, la saisine d’office de la Charte par les juges n’est pas autorisée, ceux-ci sont liés par les moyens soulevés par les requérants (*Beibringungs- ou Verhandlungsgrundsatz*), à quelques exceptions près. En droit public et pénal au contraire, la saisine d’office est possible et même obligatoire (*Untersuchungsgrundsatz, Amtsermittlungsgrundsatz ou Inquisitionsmaxime*).

La Cour fédérale de justice et la Cour administrative fédérale sont de loin les plus actives et les plus didactiques en termes d'interprétation du champ d'application de la Charte. La question est abordée à plusieurs reprises de manière détaillée afin de guider les juridictions inférieures¹³⁹¹. Pourtant, leurs jurisprudences se caractérisent également par une très grande prudence. Ainsi, la Charte est rarement appliquée comme seul fondement¹³⁹² et le champ d'application retenu se révèle volontiers plus proche de l'interprétation donnée par la Cour constitutionnelle que par la Cour de justice de l'Union¹³⁹³. On peut aisément avancer que la puissante influence exercée par la Cour constitutionnelle fédérale a probablement imprégné les cours suprêmes sur cette question. En témoigne l'application jusque-là zélée de la *Trennungsthese* par celles qui se sont saisies de la Charte. Les velléités à utiliser ce texte doivent toutefois être lues au prisme de l'invocation des fondements par les requérants, par lesquels est liée la Cour fédérale de justice mais pas la Cour administrative fédérale¹³⁹⁴.

428. Contrôle du champ d'application par la Cour fédérale de justice. Du fait de sa compétence de cour de révision de droit commun, la Cour fédérale de justice est régulièrement confrontée à la Charte. Si elle l'a rapidement appliqué après son entrée en vigueur, la question du champ d'application n'a que peu été traitée. En effet, lorsque la mesure nationale en cause est susceptible d'avoir un rapport avec le droit de l'Union, l'application de la Loi fondamentale a systématiquement été jumelée à celle de la Charte¹³⁹⁵.

¹³⁹¹ BGH (1^{ère} ch. civ.), 26 nov. 2015, arrêt n° I ZR 174/14, *Störerhaftung des Access-Providers*, §31 et s. ; BGH (1^{ère} ch. civ.), 26 nov. 2015, arrêt n° I ZR 3/14, §31 et s. ; BGH (ch. de la concurrence), 26 janv. 2016, décision n° EnVR 51/14, *Karennzeiten*, §21-31 ; BVerwG, 25 janv. 2017, arrêt n° 6 C 15.16, §60-61 ; BVerwG, 25 janv. 2017, arrêts n° 6 C 11.16, 6 C 14.16 et 6 C 12.16, §58-59 ; BVerwG, 28 mars 2018, décision n° 6 B 76.17, §6-15.

¹³⁹² Notamment : BGH, 14 oct. 2010, *AnyDVD*, prec. ; BVerwG, 18 avril 2013, arrêt n° 10 C 9.12, §13-14 ; BGH (ch. crim.), 4 juin 2013, décision n° 1 StR 32/13 ; BAG, 11 sept. 2013, arrêt n° 7 AZR 843/11, §39 et 44 ; BGH, 2 avril 2015, *Springender Pudel*, prec., §41-51 ; BAG, 19 fév. 2015, arrêt n° 8 AZR 1007/13, §14, 21 et 29 ; BGH, 21 avril 2016, *Verlegeranteil*, prec., §74-75 ; BVerwG, 26 janv. 2017, décision n° 1 C 1.16, §36. Toutefois, il arrive de plus en plus souvent que la Charte soit invoquée seule, notamment devant la Cour administrative fédérale : BVerwG, 21 juill. 2015, décision n° 1 B 26.15, §5 ; BGH (1^{ère} ch. civ.), 21 oct. 2015, arrêt n° I ZR 51/12, *Davidoff Hot Water II* ; BVerwG, 8 janv. 2019, arrêt n° 1 C 16.18, §37 ; BVerwG, 9 janv. 2019, arrêts n° 1 C 36.18, 1 C 26.18, 1 C 24.18, 1 C 19.18, 1 C 35.18 et 1 C 25.18, §19 ou 20.

¹³⁹³ BVerwG, 27 fév. 2014, arrêt n° 2 C 1.13, §71-72 : le BVerwG prend position après les arrêts *Akerberg* (CJUE, GC, 26 fév. 2013, aff. C-617/10, *Akerberg Fransson*) et *Antiterrordatei* (BVerfG, 24 avril 2013, décision n° 1 BvR 1215/07, *Antiterrordateigesetz*, BVerfGE 133, 277). Il rejoint sensiblement la position de la Cour constitutionnelle fédérale en indiquant que la Charte s'applique seulement lorsque l'adoption d'une mesure nationale répond à une « obligation de mettre en œuvre le droit de l'Union ». En l'espèce, l'Union disposait d'une compétence dans le domaine en cause mais faute de réglementation, la Cour n'a pas contrôlé au regard de la Charte. Également : BAG, 11 sept. 2013, arrêt n° 6 AZR 843/11, §41.

¹³⁹⁴ La Cour administrative fédérale est donc susceptible de soulever d'office la Charte comme fondement d'une violation, ce que la Cour fédérale de justice ne peut faire.

¹³⁹⁵ BGH (6^{ème} ch. civ.), 15 déc. 2009, arrêt n° VI ZR 227/08, §23 et 25 ; BGH (4^{ème} ch. civ.), 15 déc. 2009, arrêt n° IV ZR 228/08, §23 et 25 ; BGH (6^{ème} ch. civ.), 9 fév. 2010, arrêt n° VI ZR 243/08, §26, 28 et 30-33 ; BGH (6^{ème} ch. civ.), 9 fév. 2010, arrêt n° VI ZR 244/08, §26, 28 et 30-33 ; BGH, 14 oct. 2010, *AnyDVD*,

La question de la marge d’appréciation permettant de délimiter le champ d’application a commencé à être envisagée à partir de 2011. Pour autant, la conformité aux droits fondamentaux est toujours vérifiée à l’aune de la Loi fondamentale en plus de la Charte¹³⁹⁶, même lorsque la directive est réputée précise et inconditionnelle¹³⁹⁷. L’absence de détachement envers la Loi fondamentale a été confirmée dans deux décisions du 26 novembre 2015¹³⁹⁸. En l’espèce, la GEMA (*Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte*) et une autre société de gestion des droits d’auteurs se plaignaient du fait que l’accès à internet par les deux fournisseurs attaqués rendait possible la consultation de sites recensant des liens permettant de télécharger librement de la musique pourtant protégée par le droit d’auteur, musique elle-même illégalement téléchargée par le biais d’hébergeurs de partages. La Cour fédérale de justice a rejeté les recours de ces deux sociétés. Elle a notamment estimé que le droit allemand applicable en l’espèce devait être interprété conformément à la directive 2001/29/CE sur l’harmonisation de certains aspects du droit d’auteur et des droits voisins dans la société de l’information et a détaillé à cette occasion son interprétation du champ d’application de la Charte. Conformément à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, elle estime qu’une mesure nationale entièrement déterminée par le droit de l’Union entre dans le champ d’application de la Charte ; la Loi fondamentale ne sera applicable que si la protection qu’offre la Charte se révèle insuffisante. *A contrario*, dès lors que la disposition européenne prévoit une quelconque marge d’appréciation au profit des États membres, les droits fondamentaux nationaux sont également applicables¹³⁹⁹. En présence d’une marge d’appréciation, les deux corps de règles sont ainsi appliqués parallèlement¹⁴⁰⁰.

Jusqu’alors, la Cour fédérale de justice avait choisi une approche qui s’inscrivait dans le cadre de la *Trennungsthese* développée par la Cour constitutionnelle fédérale mais qui prenait également soin de ne pas aller à l’encontre de la jurisprudence de la Cour de justice de l’Union. L’application de la Loi fondamentale et la vérification de l’interprétation qui

prec., §19-26 ; BGH (1^{ère} ch. civ.), 18 nov. 2010, arrêt n° I ZR 137/09, *Unser wichtigstes Cigarettenpapier*, §19-28.

¹³⁹⁶ BGH, 2 avril 2015, *Springender Pudel*, prec., §41-51 ; BGH (ch. des aff. notariales), 20 juill. 2015, décision n° NotZ (Brfg) 13/14, §26-27 ; BGH, 26 nov. 2015, *Störerhaftung des Access-Providers*, prec., §31-35 ; BGH, 26 janv. 2016, *Karennzeiten*, prec., §20-21 et 35.

¹³⁹⁷ BGH (ch. crim.), 4 juin 2013, décision n° 1 StR 32/13, §76 et 89.

¹³⁹⁸ BGH, 26 nov. 2015, *Störerhaftung des Access-Providers*, prec. ; BGH (1^{ère} ch. civ.), 26 nov. 2015, arrêt n° I ZR 3/14.

¹³⁹⁹ BGH, 26 nov. 2015, *Störerhaftung des Access-Providers*, prec., §34 ; BGH (1^{ère} ch. civ.), 26 nov. 2015, arrêt n° I ZR 3/14, §34.

¹⁴⁰⁰ BGH, 26 nov. 2015, *Störerhaftung des Access-Providers*, prec., §35 ; BGH (1^{ère} ch. civ.), 26 nov. 2015, arrêt n° I ZR 3/14, §35.

en ressort au regard de la Charte permettaient en effet de s'assurer que la décision est conforme tant au droit national et à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, qu'au droit de l'Union et à la jurisprudence de la Cour de justice¹⁴⁰¹. Suite aux décisions *Recht auf Vergessen* de la Cour constitutionnelle fédérale, la Cour fédérale de justice semble toutefois faire évoluer son contrôle. Dans une décision en date du 30 avril 2020, elle a constaté qu'une mesure nationale était entièrement déterminée par le droit de l'Union et l'a ainsi contrôlé uniquement au regard de la Charte¹⁴⁰². À l'inverse, en présence de mesure nationales mettant en œuvre le droit de l'Union lorsque ce dernier laisse une marge d'appréciation aux États membres, le contrôle est effectué uniquement à l'aune de la Loi fondamentale, sans mention de la Charte¹⁴⁰³.

429. Contrôle du champ d'application par la Cour administrative fédérale. À l'image de la Cour fédérale de justice, la jurisprudence de la Cour administrative fédérale ménage tant la Cour constitutionnelle que la Cour de justice de l'Union. En effet, depuis son entrée en vigueur, la Charte est appliquée de concert avec la Loi fondamentale¹⁴⁰⁴.

L'attachement de la Cour à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale sur la question du champ d'application de la Charte a toutefois été rendu explicite depuis la décision du 27 février 2014¹⁴⁰⁵. En l'espèce, le litige concernait une enseignante fonctionnaire qui avait fait grève à trois reprises à l'appel d'un syndicat de l'éducation, alors même que son statut de fonctionnaire le lui interdisait, contrairement aux enseignants contractuels. La décision disciplinaire qui s'en est suivie a été contestée jusque devant la Cour administrative fédérale. Celle-ci a jugé que les mesures nationales ne devaient être contrôlées au regard de la Charte que lorsqu'elles visaient à remplir une obligation de transposition. Elle ne distingue pas explicitement les mesures déterminées par le droit de l'Union de celles avec marge d'appréciation étant donné que le cas d'espèce concernait un domaine dans lequel le droit de l'Union disposait de compétences qui n'avaient pas été exercées. La question de la marge d'appréciation ne se posait donc pas. Néanmoins, la Cour reprend le langage restrictif utilisé par la Cour constitutionnelle fédérale. D'abord, le terme de « *Geltungsbereich* » (champ de validité), plus restrictif que « *Anwendungsbereich* »

¹⁴⁰¹ En ce sens : É. LAGRANGE, A.-M. THEVENOT-WERNER, « Allemagne », *op. cit.*, p. 58.

¹⁴⁰² BGH (1^{ère} ch. civ.), 30 avril 2020, décision n° I ZR 115/16, §24.

¹⁴⁰³ BGH (ch. de la concurrence), 23 juin 2020, décision n° KVR 69/19, §109. Voir également : BGH (1^{ère} ch. civ.), 30 avril 2020, décision n° I ZR 228/15 ; BGH (1^{ère} ch. civ.), 30 avril 2020, décision n° I ZR 139/15.

¹⁴⁰⁴ BVerwG, 30 mars 2010, arrêt n° 1 C 8.09, §32-36 ; BVerwG, 11 janv. 2011, arrêt n° 1 C 1.10, §30, 31 et 34 ; BVerwG, 15 nov. 2011, arrêt n° 1 C 15.10, §23-26 ; BVerwG, 21 janv. 2015, arrêt n° 10 CN 1.14, *Höchstaltersgrenze für Prüfsachverständige für technische Anlagen und Einrichtungen in Gebäuden*, §23, 24 et 25 ; BVerwG, 26 janv. 2017, décision n° 1 C 1.16, §36.

¹⁴⁰⁵ BVerwG, 27 fév. 2014, arrêt n° 2 C 1.13.

(champ d’application), est utilisé pour désigner le champ d’application. Ensuite, la Cour prend soin de rappeler le §2 de l’article 51 de la Charte selon lequel la Charte n’étend pas le champ de compétences du droit de l’Union. Enfin, il est expressément fait référence à la décision *Antiterrordatei* de la Cour constitutionnelle fédérale¹⁴⁰⁶, dans laquelle elle résume et applique l’essentielle de la *Trennungsthese*¹⁴⁰⁷.

Plus récemment, la Cour administrative fédérale a parfois fait le choix d’appliquer la Charte sans pourtant vérifier la solution au regard de la Loi fondamentale. Si auparavant, un tel contrôle s’accompagnait toujours d’une vérification à l’aune de la CESDH¹⁴⁰⁸, une série de décisions rendues les 8 et 9 janvier 2019 concernant les règlements européens sur le droit d’asile se fondent uniquement sur la Charte¹⁴⁰⁹. Ces décisions relatives aux mesures nationales entièrement déterminées par le droit de l’Union s’inscrivaient donc pleinement dans le champ d’application de la Charte tel qu’il résultait de la *Trennungsthese*, mais sont également conforme à la nouvelle approche de la Cour constitutionnelle fédérale. Cette tendance semble se confirmer à la suite des décisions *Recht auf Vergessen* de la Cour constitutionnelle fédérale¹⁴¹⁰.

430. Contrôle du champ d’application par la Cour fédérale du travail. À la différence de la Cour fédérale de justice et de la Cour administrative fédérale, la Cour fédérale du travail n’a appliqué la Charte qu’à quelques reprises. Plusieurs années après son entrée en vigueur, elle ne semblait toujours pas s’être saisie de la question de son champ d’application, l’appliquant parfois dans des situations sans rapport avec le droit de l’Union et toujours en marge de son raisonnement¹⁴¹¹. Si deux décisions de 2015 et 2017 ont évoquées le champ d’application spécifique de la Charte, elles ne s’accompagnent d’aucune explication de la raison pour laquelle la situation ou la mesure nationale en cause y appartiennent ou non¹⁴¹².

¹⁴⁰⁶ BVerfG, 24 avril 2013, *Antiterrordateigesetz*, prec.

¹⁴⁰⁷ BVerfG, 24 avril 2013, *Antiterrordateigesetz*, prec., §71-72. Décision confirmée à plusieurs reprises : BVerwG, 23 mars 2016, arrêt n° 10 C 20.14, §12-17 et 27 ; BVerwG, 21 sept. 2016, arrêt n° 6 C 2.15, §26-27 ; BVerwG, 25 janv. 2017, arrêt n° 6 C 15.16, §61-62 ; BVerwG, 25 janv. 2017, arrêts n° 6 C 11.16, 6 C 14.16 et 6 C 12.16, §58-59 ; BVerwG, 28 mars 2018, décision n° 6 B 76.17, §6-15.

¹⁴⁰⁸ BVerwG, 19 mars 2014, décision n° 10 B 6.14, §5-9 ; BVerwG, 6 juin 2014, décision n° 10 B 35.14, §5 ; BVerwG, 21 juill. 2015, décision n° 1 B 26.15, §5.

¹⁴⁰⁹ BVerwG, 8 janv. 2019, arrêt n° 1 C 16.18, §37 ; BVerwG, 8 janv. 2019, décision n° 1 C 18.18, §19 ; BVerwG, 9 janv. 2019, arrêts n° 1 C 36.18, 1 C 26.18, 1 C 24.18, 1 C 19.18, 1 C 35.18 et 1 C 25.18, respectivement §19 ou 20.

¹⁴¹⁰ BVerwG, 30 janv. 2020, arrêt n° 10 C 18.19, §34.

¹⁴¹¹ BAG, 19 janv. 2011, arrêt n° 3 AZR 29/09, §31 ; BAG, 25 sept. 2013, arrêt n° 10 AZR 270/12, §45.

¹⁴¹² BAG, 25 août 2015, arrêt n° 1 AZR 875/13, §38 ; BAG, 25 oct. 2018, arrêt n° 8 AZR 501/14, §24 et 43.

La jurisprudence de la Cour fédérale du travail n'apporte donc que peu d'informations susceptibles de s'intégrer à la typologie des cas d'application de la Charte, contrairement aux cours de justice et administrative qui proposent des interprétations assez proches. Évelyne Lagrange et Anne-Marie Thévenot-Werner ont résumé la jurisprudence des cours suprêmes allemandes ainsi : « Même si elle prend en compte la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union avec un zèle dans l'ensemble assez mesuré, la jurisprudence des juridictions ordinaires s'inscrit globalement dans celle de la Cour constitutionnelle fédérale, tout en veillant à ne pas franchir le seuil d'une incompatibilité décisive de leurs décisions avec le droit de l'Union »¹⁴¹³.

431. Conclusion. En France et en Allemagne, un « phénomène de combinaison des fondements »¹⁴¹⁴ s'observe avec l'arrivée de la Charte. À ce titre, elle a souvent été utilisée pour justifier, aux côtés d'autres grands textes de protection des droits fondamentaux, de grands principes universellement reconnus¹⁴¹⁵. Si cette pratique survit par quelques soubresauts¹⁴¹⁶, la combinaison des fondements permet désormais d'appliquer réellement la Charte, bien que cette application soit combinée avec un autre texte. En Allemagne, la Loi fondamentale et/ou la CESDH accompagnent très souvent les articles de la Charte¹⁴¹⁷, tandis que la seule CESDH est utilisée pour justifier la protection offerte par la Charte en France¹⁴¹⁸. Ces pratiques créent le sentiment que les juridictions ordinaires progressent à tâtons. Les premières hésitations laissent cependant peu à peu place à plus d'assurance. On constate ainsi une application plus massive et un peu plus précise de la Charte, bien que

¹⁴¹³ É. LAGRANGE, A.-M. THEVENOT-WERNER, « Allemagne », *op. cit.*, p. 74.

¹⁴¹⁴ É. DUBOUT, P. SIMON, L. XENOU, « France », *op. cit.*, p. 358.

¹⁴¹⁵ Allemagne : BGH (6^{ème} ch. civ.), 9 fév. 2010, arrêt n° VI ZR 244/08, §26 ; BGH (8^{ème} ch. civ.), 22 sept. 2010, arrêt n° VIII ZR 182/09, §16 ; BVerwG, 16 nov. 2010, arrêt n° 1 C 20.09, §31. France : CA Rennes, 19 sept. 2007, req. n° 06/04845 ; CA Paris, 7 oct. 2008, req. n° 05/09146 ; Cass. soc., 6 juill. 2010, req. n° 09-40.428, 09-40.430, 09-40.427, 09-40.429, 09-40.431 et 09-40.432 ; CE, 11 avril 2014, req. n° 352473, inédit au Lebon.

¹⁴¹⁶ BVerwG, 26 janv. 2017, décision n° 1 C 1.16, §36 ; Cass. civ. 2^{ème}, 10 oct. 2013, req. n° 12-22.507 ; CE, 23 déc. 2016, req. n° 399117, *prec.* : En témoigne dans cette affaire, les propos du rapporteur public. Il a estimé qu'il est difficile de savoir si la législation française mettait en œuvre le droit de l'Union, étant donné que la France avait saisi l'opportunité laissée par la directive d'aller plus loin dans la législation. Il estime que la Cour de justice, déjà saisie d'une question préjudicielle en ce sens, y répondra, mais qu'en l'espèce, le Conseil d'État peut se prononcer car « Le contrôle de compatibilité au regard de la Charte nous paraît de toute manière appeler des réponses analogues à celles que vous devez fournir au regard de la CEDH ». En ce sens : P. CASSIA, S. VON COESTER, « L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par le juge national », *op. cit.* ; P. DEUMIER, « Le champ d'application de la Charte entre droit de l'Union européenne et droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 391.

¹⁴¹⁷ BAG, 19 fév. 2015, arrêt n° 8 AZR 1007/13 ; BGH (ch. des aff. notariales), 20 juill. 2015, décision n° NotZ (Brfg) 13/14 ; BVerwG, 21 juill. 2015, décision n° 1 B 26.15 ; BGH, 26 janv. 2016, *Karenzzeiten*, *prec.* ; BVerwG, 23 mars 2016, arrêt n° 10 C 20.14 ; BVerwG, 26 janv. 2017, décision n° 1 C 1.16.

¹⁴¹⁸ Notamment : Cass. soc., 6 juill. 2010, req. n° 09-40.428, 09-40.430, 09-40.427, 09-40.429, 09-40.431 et 09-40.432 ; CE, 20 fév. 2019, req. n° 427918, inédit au Lebon.

l’étendue concrète du champ d’application soit restée encore assez différente de celle aménagée par la Cour de justice de l’Union.

En Allemagne, les cours suprêmes appliquent fidèlement les interprétations développées par la Cour constitutionnelle fédérale, tout en s’appliquant à ne pas aller à l’encontre de la jurisprudence de la Cour de justice. La doctrine semble donc jouer le rôle de contre-pouvoir face à une jurisprudence dans l’ensemble largement conduite par la Cour constitutionnelle. La reconnaissance de l’application cumulative des droits fondamentaux et de l’Union par cette dernière pourrait venir limiter la combinaison des fondements. En France, le Conseil constitutionnel a laissé une entière liberté aux cours suprêmes, que celles-ci ont su saisir ou non. Contrairement à la Cour de cassation, le Conseil d’État fait office de « bon élève » en la matière.

Selon nous, le décalage entre les deux États membres dans les interprétations du champ d’application de la Charte s’explique par des différences d’ordres institutionnels¹⁴¹⁹ et par des différences de problématiques qui prévalent entre la France et l’Allemagne. La question de la Charte des droits fondamentaux n’apparaît pas en France comme un étai contraignant et ne force donc pas la jurisprudence ou la doctrine à construire une protection en réaction. En Allemagne au contraire, tout élargissement du champ d’application de la Charte devait impliquer un rétrécissement de celui des droits fondamentaux nationaux ainsi que des compétences de la Cour constitutionnelle fédérale. Or, tous deux sont très largement ancrés dans la société allemande. Une telle transformation a inévitablement éveillé une certaine résistance chez les juges allemands. L’évolution amorcée par la Cour constitutionnelle fédérale laisse présager une nouvelle logique visant non plus à freiner les évolutions proposées par l’Union mais à aller au-devant afin de les influencer et de protéger ainsi les spécificités de l’ordre juridique national et les compétences de la Cour. Ces différences d’approches ont une incidence sur les interprétations du champ d’application de la Charte. Cette incidence est rendue visible par la typologie des cas d’application par les juridictions nationales.

¹⁴¹⁹ Voir notamment sur la différence entre la Cour constitutionnelle fédérale et le Conseil constitutionnel : P. MELS, *Bundesverfassungsgericht und Conseil constitutionnel*, Munich, F. Vahlen, 2003 ; P. KOENIG, W. RÜFNER (éd.), *Die Kontrolle der Verfassungsmässigkeit in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland. Le contrôle de constitutionnalité en France et en République fédérale d’Allemagne*, Cologne, Carl Heymanns Verlag, 1985.

Section 2. L'application de ces fondements à la typologie pratique des cas d'application de la Charte

432. La comparaison des cas d'application de la Charte au moyen de la typologie développée à l'égard de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union représente une étape essentielle dans l'analyse des différences d'interprétation du champ d'application de la Charte entre la Cour de justice, les juridictions allemandes et les juridictions françaises. Elle permet de faire surgir les similarités et les différences substantielles et de relever ainsi les conséquences concrètes des différences institutionnelles entre ces trois ordres juridiques. Afin de rendre la comparaison effective, la typologie dégagée sur le fondement de la jurisprudence de la Cour devient la typologie de référence et est appliquée aux jurisprudences nationales. Eu égard à la diversité des pratiques entre les cours ainsi qu'au mode de rédaction sommaire des décisions, la jurisprudence française se révèle toutefois difficile à organiser selon ce modèle. La jurisprudence allemande, articulée selon un modèle plus pyramidal et usant d'un mode de rédaction des décisions extrêmement détaillé, est davantage en mesure d'être organisée selon cette forme. Conformément à la typologie dégagée de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union, on trouve une première division entre la mise en œuvre des actes de l'Union par les États membres (§1) et les actes des États membres entravant les libertés économiques (§2).

§1- La mise en œuvre des actes de l'Union par les États membres

433. La mise en œuvre des actes de l'Union par les États membres représente la partie la plus classique du champ d'application de la Charte, directement visée par son article 51. Les actes en cause sont désignés à l'article 288 du TFUE. Il s'agit des règlements, des directives, des décisions et des recommandations¹⁴²⁰. Les décisions-cadres encore en vigueur sont également susceptibles d'être visées, tout comme certains accords spécifiques. Toutefois, la majorité des juridictions nationales ont fondé leurs jurisprudences sur la distinction entre dispositions précises et inconditionnelles et dispositions avec marge d'appréciation. Cette distinction permet d'assimiler les différentes actes soit à des

¹⁴²⁰ Cf. *supra*, §154.

règlements, soit à des directives. Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, la typologie concernera donc prioritairement la jurisprudence relative aux mesures d’application des règlements (A) et aux mesures de transposition des directives (B), auxquelles pourront être associées d’autres types d’actes.

A) L’application des règlements

434. Jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale. La caractéristique essentielle du règlement européen tient à sa précision suffisante pour être appliqué directement par les États membres sans nécessiter de transposition¹⁴²¹. Par conséquent, conformément à la *Trennungsthese*, la Cour constitutionnelle fédérale a aisément répertorié l’application nationale des règlements comme appartenant au champ d’application de la Charte. Dès les décisions *Solange I* et *II*, la Cour laisse entendre que les mesures nationales d’application des règlements européens ne devraient pas être contrôlés au regard des droits fondamentaux nationaux mais à l’aune des droits fondamentaux de l’Union. Seule l’insuffisance de protection adéquate par le droit de l’Union a pu justifier l’application des droits fondamentaux de la Loi fondamentale à ces mesures¹⁴²². Également appliquée dans les décisions *Bananenmarkt* et *Treibhausgas-Emissionsberechtigungen*¹⁴²³, cette jurisprudence est explicitement confirmée vis-à-vis de la Charte dans la décision *Vorratsdatenspeicherung* en 2010¹⁴²⁴. Si la situation d’espèce concernait en réalité deux directives, la Cour constitutionnelle fédérale retrace, comme elle le fait souvent, le contexte dans lequel s’inscrit sa décision. Elle rappelle ainsi son interprétation de l’ensemble du champ d’application de manière incidente¹⁴²⁵. L’évolution jurisprudentielle apportée par les deux décisions *Recht auf Vergessen* confirment l’appartenance des mesures nationales d’application entièrement déterminées par le droit de l’Union au champ d’application de la Charte¹⁴²⁶.

435. Jurisprudence de la Cour fédérale de justice. Conformément à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, la Cour fédérale de justice a également jugé qu’une mesure

¹⁴²¹ Cf. *supra*, §155.

¹⁴²² BVerfG, 29 mai 1974, *Solange I*, prec.

¹⁴²³ BVerfG, 7 juin 2000, décision n° 2 BvL 1/97, *Bananenmarkt*, BVerfGE 102, 147 ; BVerfG, 13 mars 2007, décision n° 1 BvF 1/05, *Treibhausgas-Emissionsberechtigungen*, BVerfGE 118, 79.

¹⁴²⁴ BVerfG, 2 mars 2010, décisions n° 1 BvR 256/08, 263/08, 586/08, *Vorratsdatenspeicherung*, BVerfGE 125, 260.

¹⁴²⁵ BVerfG, 2 mars 2010, *Vorratsdatenspeicherung*, prec., §181-182.

¹⁴²⁶ BVerfG, 6 nov. 2019, *Recht auf Vergessen II*, prec.

nationale d'application d'un règlement appartenait au champ d'application de la Charte¹⁴²⁷. Elle l'a confirmé plus explicitement à l'occasion de la décision *Karenzzeiten* rendue le 26 janvier 2016. En l'espèce, la loi applicable assurait la transposition des directives 2009/72/CE et 2009/73/CE relatives aux marchés intérieurs de l'électricité et du gaz naturel. Elle concernait notamment les interdictions d'exercer une activité et les temps de carence spécifiques aux dirigeants du secteur de l'énergie. Afin de contrôler la conformité de la loi de transposition au droit de l'Union, la Cour fédérale de justice rappelle l'étendue des mesures nationales entrant dans son champ d'application. Il s'agit des « cas dans lesquels les États membres transposent ou appliquent le droit de l'Union, notamment les règlements et directives »¹⁴²⁸.

436. Jurisprudence de la Cour administrative fédérale. La jurisprudence de la Cour administrative fédérale se distingue légèrement de celle de la Cour fédérale de justice. Cette différence tient au fait que, pour les règlements également, la Cour administrative semble rechercher si la disposition de droit de l'Union qui lui est soumise contient une marge d'appréciation. Si la décision rendue le 6 juin 2014 concernant l'application du règlement Dublin II (règlement n°343/2003) ne fait pas référence à cette distinction et applique simplement la Charte¹⁴²⁹, ce n'est pas le cas des décisions qui ont suivies. Le 17 septembre 2015, la Cour administrative a confirmé un arrêt du Tribunal administratif supérieur (*Verwaltungsgerichtshof*) du Land de Baden-Württemberg dans lequel le tribunal estimait que les règlements européens relatifs à l'asile laissaient certes aux États membres une certaine marge d'appréciation (« *einen gewissen Spielraum* ») quant à leur application, mais que cette marge était limitée par le principe de proportionnalité du droit de l'Union. Par conséquent, les dispositions du règlement devaient être appréhendées comme ne laissant pas de marge d'appréciation et la Charte devait donc être applicable aux mesures nationales d'application¹⁴³⁰. De même le 28 mars 2018, la Cour administrative fédérale rappelle que le droit de l'Union est applicable lorsqu'une mesure nationale est « sur le fond entièrement déterminée par le droit de l'Union »¹⁴³¹. Après une analyse des mesures nationales d'application du règlement de l'Union en cause, elle en conclut que celles-ci sont impératives et qu'elles ne laissent aucune marge d'appréciation. Les mesures nationales d'application des règlements entrent par conséquent dans le champ d'application de la

¹⁴²⁷ BGH (8^{ème} ch. civ.), 22 sept. 2010, arrêt n° VIII ZR 182/09, §11 et 16.

¹⁴²⁸ BGH, 26 janv. 2016, *Karenzzeiten*, prec., §20.

¹⁴²⁹ BVerwG, 6 juin 2014, décision n° 10 B 35.14, §5 et 6.

¹⁴³⁰ BVerwG, 17 sept. 2015, arrêt n° 1 C 26.14, *Abschiebungsanordnung im Dublin-Verfahren*, §5 et 11.

¹⁴³¹ BVerwG, 28 mars 2018, décision n° 6 B 76.17, §6.

Charte¹⁴³². Il serait toutefois délicat de déduire une différenciation du champ d’application de la Charte pour les règlements de cette recherche de distinction entre types de dispositions. En effet, si l’existence d’une marge d’appréciation est systématiquement recherchée, la Cour a, jusqu’à présent, toujours conclu que les dispositions en cause des règlements avaient un caractère précis et inconditionnel.

Cette jurisprudence de la Cour administrative fédérale pose la question de savoir si cette conclusion tire sa justification du caractère par nature précis et inconditionnel des dispositions des règlements ou de l’inexistence de cas d’espèce soumis à la Cour relatifs à des dispositions de règlements avec marge d’appréciation. Dans la seconde hypothèse, la Cour pourrait tout à fait déduire l’application principale des droits fondamentaux nationaux. Cette question ne trouve pas davantage de réponse dans la série de décisions rendues les 8 et 9 janvier 2019 relatives au système Dublin. En l’espèce, la Cour se fonde exclusivement sur le droit de l’Union et applique la Charte aux situations résultant de l’application des règlements.

437. Jurisprudence du Conseil constitutionnel. En France, l’interprétation de la jurisprudence se complexifie face au caractère pour le moins laconique des décisions et de leurs motivations. La pratique allemande de remise dans le contexte normatif ne se retrouve pas devant les juridictions françaises. Par conséquent, ces dernières ne proposent aucune décision résumant leur interprétation du champ d’application de la Charte. L’analyse des décisions permet néanmoins d’en déduire certains aspects. Ainsi, il ressort de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à l’article 88-1 C^o¹⁴³³, et de son extension aux règlements en 2018, l’appartenance des mesures nationales d’application des règlements au champ d’application de la Charte. Le refus de contrôler la constitutionnalité des mesures nationales de transposition des directives, puis des mesures nationales d’application des règlements, s’accompagne en effet d’un renvoi vers les juridictions administratives et judiciaires et vers le droit de l’Union pour « contrôler la compatibilité de la loi au regard des engagements européens »¹⁴³⁴. Si le Conseil constitutionnel refuse de contrôler des mesures issues du droit de l’Union au regard des droits fondamentaux nationaux, on peut légitimement en déduire que c’est parce qu’il estime que les droits

¹⁴³² BVerwG, 28 mars 2018, décision n° 6 B 76.17, §7.

¹⁴³³ Cons. const., 10 juin 2004, décision n° 2004-496 DC, *Loi pour la confiance dans l’économie numérique*, cons. 7 et 9 ; Cons. const., 29 juill. 2004, décision n° 2004-498 DC, *Loi relative à la bioéthique*, cons. 4 à 7 ; Cons. const., 27 juill. 2006, décision n° 2006-540 DC, *Loi relative au droit d’auteur et aux droits voisins dans la société de l’information*, cons. 17-20.

¹⁴³⁴ Cons. const., 12 juin 2018, décision n° 2018-765 DC, *Loi relative à la protection des données personnelles*, pt 3.

fondamentaux européens leurs sont applicables. Les mesures d'application des règlements sont donc susceptibles de faire partie du champ d'application du droit de l'Union selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

438. Jurisprudence du Conseil d'État. Le Conseil d'État s'est prononcé relativement tardivement sur la question des mesures nationales d'application des règlements. Il a saisi l'occasion pour la première fois dans une décision du 30 janvier 2017, dans laquelle le requérant invoquait l'inconstitutionnalité d'un décret¹⁴³⁵. Le décret lui-même indiquait qu'il était pris en application des règlements n°603 et 604/2013, ce qui a conduit le Conseil d'État à faire application de sa jurisprudence *Arcelor*¹⁴³⁶ pour une mesure d'application d'un règlement. De ce contrôle résulte l'appartenance des mesures nationales d'application d'un règlement au champ d'application de la Charte. Cette conclusion a été expressément confirmée par une décision du juge des référés du Conseil d'État le 26 juin 2018, selon laquelle le moyen relatif à la Charte soulevé devant le juge des référés était « en vertu de l'article 51 de cette charte, [...] opérant, s'agissant de la mise en œuvre par les autorités françaises d'un règlement du Parlement européen et du Conseil »¹⁴³⁷.

439. Jurisprudence de la Cour de cassation. À son tour, la Cour de cassation a également jugé que le champ d'application de la Charte comprenait les mesures nationales d'application de règlements. À l'occasion d'une décision relative à la condamnation de commerçants pour fausses déclarations, sur le fondement du règlement n°1964/82 relatif aux conditions d'octroi de restitutions particulières à l'exportation pour certaines viandes bovines désossées, la Cour a estimé que la Charte, et plus spécifiquement son article 49, étaient applicables en l'espèce¹⁴³⁸. Elle procède ainsi à l'application de la Charte à des mesures nationales d'application d'un règlement européen.

Malgré des disparités entre les jurisprudences, une convergence générale s'observe tant chez les cours suprêmes allemande que française. Elles s'accordent toutes à considérer que les mesures d'application des règlements font partie du champ d'application de la Charte. Si des distinctions entre dispositions précises et inconditionnelles et dispositions avec marge d'appréciation ont pu être évoquées, elles ne semblent pas renfermer de conséquences sur la délimitation du champ d'application de la Charte en matière de règlements, contrairement au cas des directives.

¹⁴³⁵ CE, 30 janv. 2017, req. n° 394686, prec., §14-17.

¹⁴³⁶ Cf. *supra*, §422.

¹⁴³⁷ CE, Juge des référés, 26 juin 2018, req. n° 421565, §3, inédit au Lebon.

¹⁴³⁸ Cass. crim., 23 nov. 2016, req. n° 15-82.333.

B) *La transposition des directives*

440. S’agissant de la transposition des directives et eu égard aux caractéristiques propres à ce types d’actes¹⁴³⁹, la question du champ d’application de la Charte se complexifie. Tant l’existence d’une marge d’appréciation (1) que le dépassement des exigences fixées par la directive (2) ou encore les délais de transposition (3) sont susceptibles d’avoir une influence sur l’appartenance des mesures nationales de transposition au champ d’application de la Charte.

1. Les différentes marges d’appréciation

441. Les spécificités des différents types de directives s’étendent à un large panorama allant des directives les plus détaillées aux directives ne prévoyant qu’une harmonisation minimale dans un domaine. Compte tenu de la teneur plus ou moins large de la marge d’appréciation, les mesures nationales qui en résultent n’appartiennent pas nécessairement toutes au champ d’application de la Charte, dès lors que le lien avec le droit de l’Union apparaît trop ténu. Doivent ainsi être distinguées les dispositions précises et inconditionnelles (a), les dispositions avec une marge d’appréciation (b) et les décisions d’exécution prises sur le fondement des mesures de transposition (c).

a) Les dispositions précises et inconditionnelles

442. Jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale. Antérieurement à l’entrée en vigueur de la Charte, la Cour constitutionnelle fédérale avait déjà considéré que les mesures nationales de mise en œuvre des dispositions précises et inconditionnelles des directives appartenaient au champ d’application des principes généraux du droit de l’Union. Elle avait à deux reprises refusé de contrôler ces mesures tant que le droit de l’Union apporterait une protection suffisante des droits fondamentaux¹⁴⁴⁰.

Cette jurisprudence a été appliquée à la Charte et confirmée par la Cour notamment dans la décision *Vorratsdatenspeicherung* en 2010, dans laquelle le juge rappelle son refus de contrôler les mesures nationales résultant de règles contraignantes (« *zwingende Vorgaben* ») d’une directive¹⁴⁴¹. Or, si ces mesures ne peuvent être appréciées par la Cour constitutionnelle, elles ne peuvent pas davantage être contrôlées au regard des droits

¹⁴³⁹ Cf. *supra*, §178.

¹⁴⁴⁰ BVerfG, 13 mars 2007, *Treibhausgas-Emissionsberechtigungen*, prec., considération principale (*Leitsatz*) n° 1 et §69 ; BVerfG, 14 mai 2007, décision n° 1 BvR 2036/05, *Emissionshandel*, §8.

¹⁴⁴¹ BVerfG, 2 mars 2010, *Vorratsdatenspeicherung*, prec., §181. Et en ce sens : BVerfG, 19 juill. 2011, décision n° 1 BvR 1916/09, BVerfGE 129, 78, §91.

fondamentaux de la Loi fondamentale. Étant donné qu'elles résultent du droit de l'Union, les droits fondamentaux de la Charte sont applicables. De même, la Cour constitutionnelle fédérale a été amenée à contrôler des mesures de transposition de la directive 2014/40/UE relative à la fabrication, la présentation et la vente des produits du tabac et des produits connexes dans une décision du 18 mai 2016¹⁴⁴². Elle a estimé que les mesures attaquées transposaient les dispositions de la directive en « copié-collé » (« *eins zu eins* ») et ne faisaient par conséquent l'objet d'aucune marge d'appréciation¹⁴⁴³. Le caractère déterminé des mesures nationales de transposition de la directive apparaît donc décisif pour leur appartenance au champ d'application de la Charte¹⁴⁴⁴. Il est établi lorsqu'une transposition de directive est entièrement déterminée par le droit de l'Union et que l'État membre ne dispose d'aucun choix. La moindre marge de liberté laissée aux États membres est susceptible de transformer le caractère précis et inconditionnel d'une disposition en une disposition avec marge d'appréciation et de d'exercer ainsi une influence sur l'application de la Charte.

La Cour constitutionnelle fédérale a étendu ce régime aux dispositions d'autres actes, également entièrement déterminées par le droit de l'Union. Les mesures précises et inconditionnelles des décisions-cadres relatives notamment au mandat d'arrêt européen appartiennent ainsi au champ d'application de la Charte¹⁴⁴⁵, de même que les accords de Schengen¹⁴⁴⁶.

443. Jurisprudence de la Cour fédérale de justice. La Cour fédérale de justice a adopté une interprétation identique à celle de la Cour constitutionnelle fédérale concernant les dispositions précises et inconditionnelles des directives¹⁴⁴⁷. Toutefois, elle semble rencontrer des difficultés pour déterminer le caractère précis et inconditionnel des dispositions. Dans un premier temps, la Cour fédérale de justice s'est simplement contentée de retranscrire la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union. Dans un arrêt du 4 juin 2013, elle reprend une décision de cette dernière estimant que la directive en cause dans le cas d'espèce est précise et inconditionnelle car suffisamment déterminée pour que, même en cas de mauvaise ou de non transposition par les États membres, les dispositions de la

¹⁴⁴² BVerfG, 18 mai 2016, décision n° 1 BvR 895/16, *Tabakerzeugnisse*.

¹⁴⁴³ BVerfG, 18 mai 2016, *Tabakerzeugnisse*, prec., §5, 7, 29, 30 et 43.

¹⁴⁴⁴ BVerfG, 6 nov. 2019, *Recht auf Vergessen II*, prec., §42.

¹⁴⁴⁵ BVerfG, 15 déc. 2015, décision n° 2 BvR 2735/14, *Europäischer Haftbefehl II*, BVerfGE 140, 317, §76 et s. ; BVerfG, 6 sept. 2016, décision n° 2 BvR 890/16, *Europäisches Haftbefehl III*, §31 et s.

¹⁴⁴⁶ BVerfG, 15 déc. 2011, décision n° 2 BvR 148/11, §40.

¹⁴⁴⁷ Confirmé dans : BGH, 30 avril 2020, prec., §24.

directive soient directement applicables¹⁴⁴⁸. Cette définition du caractère précis et inconditionnel apparaît plus large que celle adoptée par la Cour constitutionnelle fédérale. Pourtant, la Cour fédérale de justice reprend cette précision à son compte et constate en conséquence que la Charte est applicable aux mesures nationales de transposition des dispositions précises et inconditionnelles des directives¹⁴⁴⁹. Dans la décision *Karenzzeiten*, la Cour fédérale de justice se fonde sur des documents du *Bundestag* laissant entendre que la directive en cause ne laisse pas de marge d’appréciation aux États membres¹⁴⁵⁰. Elle en déduit une application de la Charte aux mesures nationales de transposition¹⁴⁵¹. Dans une troisième décision, elle constate en l’absence de référence permettant de déterminer le caractère précis et inconditionnel de la disposition en cause que la Charte est applicable, sans pour autant préciser si la mesure nationale qu’elle contrôle est issue d’une disposition européenne sans marge d’appréciation¹⁴⁵².

444. Jurisprudence de la Cour administrative fédérale. À la différence de la Cour fédérale de justice, la Cour administrative fédérale semble plus à même d’analyser le caractère précis et inconditionnel d’une disposition ou la présence d’une marge d’appréciation. Si la Charte est appliquée sans référence à aucune distinction dans un arrêt du 6 juin 2014¹⁴⁵³, la Cour a pris soin de rappeler la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, qu’elle s’applique à elle-même, dans une décision du 20 juin 2013 relative aux libertés économiques. Elle estime que le champ d’application de la Charte est ouvert lorsque la mesure nationale est déterminée par le droit de l’Union, c’est-à-dire lorsque des mesures nationales transposent des dispositions précises et inconditionnelles d’une directive¹⁴⁵⁴.

L’interprétation de l’article 51 de la Charte est ensuite plus largement développée à l’occasion d’une série d’arrêts rendus le 25 janvier 2017 sur la question de la légalité des contributions à la radio pour les résidences secondaires¹⁴⁵⁵. La Cour y indique que selon l’article 51, « le droit des États membres ne peut être contrôlé au regard des droits

¹⁴⁴⁸ BGH (ch. crim.), 4 juin 2013, décision n° 1 StR 32/13, §73-74.

¹⁴⁴⁹ BGH (ch. crim.), 4 juin 2013, décision n° 1 StR 32/13, §76.

¹⁴⁵⁰ BGH, 26 janv. 2016, *Karenzzeiten*, prec., §20.

¹⁴⁵¹ BGH, 26 janv. 2016, *Karenzzeiten*, prec., §20.

¹⁴⁵² BGH, 21 avril 2016, *Verlegeranteil*, prec. Malgré le silence de la Cour, cette décision est susceptible d’être classée comme appartenant au cas des directives précises et inconditionnelles car le Conseil constitutionnel a interprété la même disposition en ce sens : Cons. const., 27 juill. 2006, *Loi relative au droit d’auteur*, prec., cons. 17 et s.

¹⁴⁵³ BVerwG, 6 juin 2014, décision n° 10 B 35.14.

¹⁴⁵⁴ BVerwG, 20 juin 2013, arrêt n° 8 C 39.12, §34.

¹⁴⁵⁵ BVerwG, 25 janv. 2017, arrêts n° 6 C 15.16, 6 C 11.16, 6 C 14.16 et 6 C 12.16.

fondamentaux de la Charte que lorsqu'il est déterminé par le droit de l'Union. Le droit de l'Union doit contenir des exigences relatives au contenu pour l'organisation du droit national, et prévoir notamment des obligations de transposition »¹⁴⁵⁶. Elle s'attache ensuite à analyser longuement la situation en cause pour en conclure qu'elle n'est pas déterminée par les dispositions des directives de l'Union et qu'elle n'entre donc pas dans le champ d'application de la Charte¹⁴⁵⁷. Seules les mesures de transposition déterminées par des dispositions d'une directive applicable appartiennent donc au champ d'application de la Charte au sens de la Cour administrative fédérale¹⁴⁵⁸.

445. Jurisprudence du Conseil constitutionnel. Le raisonnement tiré de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et appliqué aux règlements pour déterminer le champ d'application de la Charte peut être transposé aux dispositions précises et inconditionnelles des directives. Au demeurant, la jurisprudence à l'origine de ce raisonnement concernait ce type même de directives. Le refus exprimé par le Conseil constitutionnel de contrôler les mesures nationales de transposition des dispositions précises et inconditionnelles des directives 2000/31/CE et 2001/29/CE, relatives respectivement à la société de l'information et aux droits d'auteurs, à l'aune des principes fondamentaux de la Constitution implique, par exclusion, que celles-ci doivent l'être au regard de la Charte et qu'elles appartiennent donc à son champ d'application¹⁴⁵⁹.

446. Jurisprudence du Conseil d'État. Le raisonnement poursuivi par le Conseil d'État est tiré de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et confirme l'appartenance des mesures nationales de transposition de directives précises et inconditionnelles au champ d'application de la Charte. Cette observation se vérifie dans l'arrêt *Arcelor*¹⁴⁶⁰ ainsi que dans les suivants exerçant ce même contrôle¹⁴⁶¹. Il est fondé d'une part sur une équivalence entre principes constitutionnels et principes fondamentaux de l'Union, et d'autre part sur une identité des mesures nationales de transposition des directives précises et inconditionnelles avec ces mêmes directives. Cette double équivalence permet au juge administratif de passer à loisir du contrôle de droit national requis à un contrôle de droit européen. L'existence même de ce contrôle repose donc sur le fait que les mesures

¹⁴⁵⁶ BVerwG, 25 janv. 2017, arrêts n° 6 C 15.16, 6 C 11.16, 6 C 14.16 et 6 C 12.16, §61 ou 58.

¹⁴⁵⁷ BVerwG, 25 janv. 2017, arrêts n° 6 C 15.16, 6 C 11.16, 6 C 14.16 et 6 C 12.16, §62 ou 59.

¹⁴⁵⁸ Confirmé dans : BVerwG, 30 janv. 2020, prec., §34.

¹⁴⁵⁹ Cons. const., 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, prec. ; Cons. const., 27 juill. 2006, *Loi relative au droit d'auteur*, prec.

¹⁴⁶⁰ CE Ass., 8 fév. 2007, *Société Arcelor*, prec.

¹⁴⁶¹ CE, 18 juill. 2018, req. n° 408805, prec. ; CE, 26 juill. 2018, req. n° 411717, prec. Sur le contrôle dans la décision *Société Arcelor*, cf. *supra*, §422.

nationales de transposition de directives précises et inconditionnelles appartiennent au champ d’application du droit de l’Union, donc à celui de la Charte, et ne peuvent de ce fait être contrôlées au regard du droit national.

447. Jurisprudence de la Cour de cassation. À l’image de l’ensemble de sa jurisprudence relative à la Charte, la Cour de cassation ne s’est pas exprimée clairement sur la question des mesures nationales de transposition des directives précises et inconditionnelles. Un arrêt permet toutefois de déduire une appartenance de ces mesures au champ d’application de la Charte étant donné que la Cour de cassation applique directement la directive 2002/15/CE relative à l’aménagement du temps de travail des personnes exécutant des activités mobiles de transport routier et la contrôle par rapport à la Charte¹⁴⁶². Sans aucune référence à une mesure nationale de transposition et sans autres explications, elle estime que la directive est « directement applicable en droit interne ». Or, pour être directement applicable en droit interne, cette directive doit être suffisamment précise et inconditionnelle au sens donné par la Cour de justice de l’Union¹⁴⁶³.

Les différentes jurisprudences relatives aux mesures nationales de transposition des directives précises et inconditionnelles aboutissent toutes à la conclusion de l’appartenance de ces mesures au champ d’application de la Charte. De manière plus ou moins explicite, cette interprétation semble trouver son fondement dans la connexité entre les directives précises et inconditionnelles et les règlements. Ceux-ci prévoient tous deux des mesures détaillées qui visent à atteindre un degré d’harmonisation maximal sur le territoire de l’Union. Il n’existe donc pas de place pour l’expression de spécificités nationales. Dès lors que ces caractéristiques s’estompent, les États membres, par le biais de leurs cours constitutionnelles et suprêmes, semblent en revanche reprendre un certain contrôle sur les mesures nationales de transposition.

b) Les dispositions avec marge d’appréciation

448. La marge d’appréciation laissée aux États membres par une directive peut être plus ou moins large et répondre à certaines caractéristiques. Les marges d’appréciation dites classiques (i) doivent être distinguées des marges d’appréciations plus (iii) ou moins (ii) accrues. Les solutions apportées à ces différentes marges d’appréciation ont pu être transposées par certaines cours à d’autres types de mesures de droit de l’Union, telles que

¹⁴⁶² Cass. crim., 5 juin 2012, req. n° 11-83.319.

¹⁴⁶³ CJCE, 4 déc. 1974, aff. C-41/74, *Van Duyn c/ Home Office*, pt 12.

les décisions ou les anciennes décisions-cadres, dans la mesure où elles répondent à la même problématique de l'étendue de la marge d'appréciation.

i) La marge classique d'appréciation

449. Jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale. Jusqu'à récemment, et conformément à la *Trennungsthese* développée par la Cour constitutionnelle fédérale, les mesures nationales de transposition de directives avec marge d'appréciation n'entraient pas dans les limites du champ d'application de la Charte. Ces mesures étaient à contrôler uniquement au regard des droits fondamentaux de la Loi fondamentale étant donné qu'elles ne sont pas entièrement déterminées par le droit de l'Union¹⁴⁶⁴. La Cour a ainsi longtemps refusé de contrôler au regard de la Charte toute mesure nationale issue d'une directive qui ouvre une marge d'appréciation aux États membres, aussi réduite que soit cette marge¹⁴⁶⁵.

Cette solution avait été étendue à d'autres types d'actes, dont les décisions-cadres prévoyant une marge d'appréciation au profit des États membres¹⁴⁶⁶. Tel est le cas de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen qui laisse aux États membres le soin de concrétiser certains motifs de non-exécution du mandat d'arrêt¹⁴⁶⁷. De même, les mesures d'application des décisions de la Commission adressées à l'Allemagne n'appartenaient pas au champ d'application de la Charte lorsqu'elles prévoient une marge d'appréciation au profit de l'Allemagne¹⁴⁶⁸.

Cette approche a néanmoins été modifiée par la décision *Recht auf Vergessen I* rendue le 6 novembre 2019. La Cour constitutionnelle fédérale juge en définitive qu'une mesure nationale qui n'est pas entièrement déterminée par le droit de l'Union appartient simultanément aux champs d'application de la Charte et des droits fondamentaux de la Loi fondamentale. Pour cela, la directive européenne mise en œuvre par la mesure nationale doit fournir un cadre suffisamment substantiel¹⁴⁶⁹, ce qui limite sensiblement l'étendue de

¹⁴⁶⁴ BVerfG, 22 janv. 1997, décision n° 2 BvR 1915/91, *Warnhinweise für Tabakerzeugnisse*, BVerfGE 95, 173, §45 ; BVerfG, 13 mars 2007, *Treibhausgas-Emissionsberechtigungen*, prec., §70 ; BVerfG, 2 mars 2010, *Vorratsdatenspeicherung*, prec., §182 et 186 ; BVerfG, 19 juill. 2011, prec., §88 ; BVerfG, 24 avril 2013, *Antiterrordateigesetz*, prec., §88 et s. ; BVerfG, 15 déc. 2015, *Europäischer Haftbefehl II*, prec., §39 ; BVerfG, 18 mai 2016, *Tabakerzeugnisse*, prec., §29-30.

¹⁴⁶⁵ Cf. *supra*, §399.

¹⁴⁶⁶ BVerfG, 18 juill. 2005, décision n° 2 BvR 2236/04, *Europäischer Haftbefehl*, BVerfGE 113, 273, §80 et 112. Rappelé dans : BVerfG, 13 mars 2007, *Treibhausgas-Emissionsberechtigungen*, prec., §70.

¹⁴⁶⁷ BVerfG, 18 juill. 2005, *Europäischer Haftbefehl*, prec., §112.

¹⁴⁶⁸ BVerfG, 18 mai 2016, *Tabakerzeugnisse*, prec., §29.

¹⁴⁶⁹ BVerfG, 6 nov. 2019, *Recht auf Vergessen I*, prec., §44. Confirmé par : BVerfG, 30 juin 2020, décision n° 1 BvR 1679/17, §169 ; BVerfG, 18 août 2020, décision n° 1 BvQ 82/20, §21.

cette catégorie¹⁴⁷⁰. Cette double application des droits fondamentaux n’ouvre toutefois que sur un seul contrôle à l’aune de la Loi fondamentale. Le respect de la Charte ne sera contrôlé que si des preuves concrètes démontrent qu’elle assure une protection plus importante¹⁴⁷¹.

450. Jurisprudence de la Cour fédérale de justice. Tout en reprenant la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale relative à la *Trennungsthese*, la Cour fédérale de justice a nuancé sa position en reconnaissant une double validité des droits fondamentaux de l’Union et nationaux (*Doppelgeltung*) pour les mesures nationales de transposition d’une directive avec marge d’appréciation¹⁴⁷². Si ce choix a longtemps conduit à une différenciation dans la typologie des cas d’application de la Charte par rapport à la Cour constitutionnelle fédérale, cette dernière s’est rapprochée de ce raisonnement en faisant évoluer sa jurisprudence. Il semble toutefois qu’en s’alignant à son tour sur la jurisprudence *Recht auf Vergessen I* de la Cour constitutionnelle, la Cour fédérale de justice ait écarté tout contrôle au regard de la Charte tant que le requérant ne démontre pas une meilleure protection par celle-ci¹⁴⁷³. Si le contrôle vis-à-vis de la Charte est parfois effectué en sus de celui à l’égard de la Loi fondamentale, la Cour fédérale de justice accepte malgré tout que les mesures nationales de transposition de directives avec une marge d’appréciation entrent dans le champ d’application de la Charte.

451. Jurisprudence de la Cour administrative fédérale. L’interprétation proposée par la Cour administrative fédérale emprunte une trajectoire identique, bien qu’elle soit appliquée de manière plus confuse. Une décision du 13 juin 2013 énonce que la Charte et la directive 2003/86/CE relative au regroupement familial sont applicables en l’espèce alors que les États membres disposaient d’un pouvoir discrétionnaire dans la transposition de la directive¹⁴⁷⁴. La Cour procède au contrôle à l’aune de la Loi fondamentale et de la CESDH avant de vérifier le résultat au regard de la Charte¹⁴⁷⁵. Elle confirme ainsi l’appartenance des mesures nationales de transposition de la directive avec marge d’appréciation au champ d’application de la Charte.

Plus récemment, la Charte a été appliquée dans le cadre du contrôle des mesures de transposition de la directive 2000/78/CE portant création d’un cadre général en faveur de

¹⁴⁷⁰ Par exemple concernant une mesure nationale sur la conservation des données, qui n’appartient pas au champ d’application de la Charte : BVerfG, 19 mai 2020, décision n° 1 BvR 2835/17, §326.

¹⁴⁷¹ BVerfG, 6 nov. 2019, *Recht auf Vergessen I*, prec., §63 et s.

¹⁴⁷² BGH, 26 nov. 2015, *Störerhaftung des Access-Providers*, prec., §31-35. Sur cette décision, cf. *supra*, §428.

¹⁴⁷³ BGH, 23 juin 2020, prec., §109 ; BGH, 30 avril 2020, prec., §29 et s. ; BGH, 30 avril 2020, prec., §24 et s.

¹⁴⁷⁴ BVerwG, 13 juin 2013, arrêt n° 10 C 16.12, §23-24.

¹⁴⁷⁵ BVerwG, 13 juin 2013, arrêt n° 10 C 16.12, §21-23.

l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail¹⁴⁷⁶. Si la directive semble comporter une marge d'appréciation¹⁴⁷⁷, cela n'est ni confirmé, ni infirmé par la Cour, qui vérifie simplement la conformité des mesures de transposition à la Loi fondamentale avant de vérifier leur conformité à la Charte¹⁴⁷⁸. Enfin, la Cour a repris en 2017¹⁴⁷⁹ l'attendu de principe de sa décision du 27 février 2014¹⁴⁸⁰. Elle y rappelle que le droit des États membres ne doit être contrôlé par rapport à la Charte que lorsqu'il est déterminé par le droit de l'Union¹⁴⁸¹, ce qui n'est pas le cas en l'espèce car la mesure nationale ne semble pas résulter de la transposition des directives¹⁴⁸². La Cour administrative fédérale interprète donc le champ d'application de la Charte comme comprenant les mesures nationales de transposition de directives laissant une marge d'appréciation aux États membres. Toutefois, les raisons ayant conduit à valider l'existence d'une marge d'appréciation ne sont pas toujours très explicite et la Loi fondamentale reste principalement applicable. Cette tendance pourrait se confirmer à la suite de la décision *Recht auf Vergessen I* de la Cour constitutionnelle, dans la mesure où cette décision prévoit qu'en présence d'une marge d'appréciation, la Charte ne soit appliquée que de manière accessoire.

452. Jurisprudence du Conseil d'État. En matière de marge d'appréciation des directives, la jurisprudence du Conseil d'État se dégage de manière assez claire, bien que l'existence d'une marge d'appréciation ne soit que rarement mentionnée. Dans l'arrêt *Halifa* rendu le 4 juin 2014¹⁴⁸³, les dispositions législatives nationales sont analysées afin de déterminer si elles constituent une mise en œuvre de la directive 2008/115/CE relative au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier. Le Conseil d'État répond positivement en estimant que ces dispositions ont été prises pour la transposition « des objectifs de la directive »¹⁴⁸⁴. Eu égard aux formulations utilisées¹⁴⁸⁵, il peut être légitimement convenu qu'une marge d'appréciation a été laissée au profit des États membres. L'application de la Charte aux mesures nationales de transposition implique une

¹⁴⁷⁶ BVerwG, 21 janv. 2015, *Höchstaltersgrenze*, prec.

¹⁴⁷⁷ En ce sens : BVerwG, 21 janv. 2015, *Höchstaltersgrenze*, prec., §20.

¹⁴⁷⁸ BVerwG, 21 janv. 2015, *Höchstaltersgrenze*, prec., §23-24 et 25.

¹⁴⁷⁹ BVerwG, 25 janv. 2017, arrêts n° 6 C 15.16, 6 C 11.16, 6 C 14.16 et 6 C 12.16.

¹⁴⁸⁰ BVerwG, 27 fév. 2014, arrêt n° 2 C 1.13, §71.

¹⁴⁸¹ BVerwG, 25 janv. 2017, arrêt n° 6 C 15.16, §61 ; BVerwG, 25 janv. 2017, arrêts n° 6 C 11.16, 6 C 14.16 et 6 C 12.16, §58.

¹⁴⁸² BVerwG, 25 janv. 2017, arrêt n° 6 C 15.16, §62 ; BVerwG, 25 janv. 2017, arrêts n° 6 C 11.16, 6 C 14.16 et 6 C 12.16, §59.

¹⁴⁸³ CE, 4 juin 2014, *Halifa*, prec.

¹⁴⁸⁴ CE, 4 juin 2014, *Halifa*, prec., §5.

¹⁴⁸⁵ Notamment les considérants 11 et 12 de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

prise en compte dans le champ d’application de la Charte des mesures nationales prises dans le cadre d’une marge d’appréciation. Ce raisonnement a été appliqué à plusieurs reprises, sans toutefois que le Conseil d’État ne fasse jamais explicitement référence à une quelconque marge d’appréciation¹⁴⁸⁶.

453. Jurisprudence de la Cour de cassation. La jurisprudence de la Cour de cassation suit en ce point celle du Conseil d’État mais apparaît nettement moins précise. En effet, ce n’est plus seulement l’existence d’une marge d’appréciation qui n’est pas explicitée mais plus généralement le lien entre la mesure nationale en cause et le droit de l’Union. La Charte est ainsi appliquée dès lors qu’une mesure nationale entre dans un domaine réglementé par une directive, quand bien même le lien entre les deux normes n’irait pas plus loin que cette connexité des matières¹⁴⁸⁷. Plus encore, une série d’arrêts appliquent la Charte sans pour autant que les liens entre les directives en cause et le droit national ne soient explicités d’une quelconque manière¹⁴⁸⁸. Cependant, parmi les règles nationales en question, on constate que certaines semblent transposer en droit national des directives laissant une marge d’appréciation au profit des États membres. C’est le cas de la directive 2003/6/CE relative aux abus de marché, qui oblige les États membres à prévoir des sanctions pour les comportements prévus par elle¹⁴⁸⁹. Selon la note publiée au BICC sur l’arrêt, « l’abus de marché relève d’une politique de l’Union européenne faisant l’objet de mesures d’harmonisation »¹⁴⁹⁰.

À quelques rares occasions, la Cour de cassation semble véritablement s’attacher à vérifier le lien entre le droit national et la directive invoquée. Si ce contrôle démontre que le droit national ne transpose pas la directive, le moyen tiré de l’application de la Charte est écarté¹⁴⁹¹. *A contrario*, si un lien de transposition peut être établi entre la mesure nationale en cause et une directive, la Cour de cassation applique la Charte et fait entrer la mesure nationale dans son champ d’application¹⁴⁹². Malgré la difficulté que la Cour de cassation

¹⁴⁸⁶ CE Ass., 24 fév. 2017, *Mme C.*, prec. ; CE, 28 déc. 2017, req. n° 400580, prec. La marge d’appréciation se déduit de la formulation des directives, notamment pour le second arrêt, lorsque les États membres sont chargés de procéder eux-mêmes à la liste des personnes exclues du don de sang.

¹⁴⁸⁷ Cass. soc., 17 mai 2011, req. n° 10-12.852 ; Cass. soc., 29 juin 2011, req. n° 09-71.107 ; Cass. civ. 2^{ème}, 4 mai 2016, req. n° 15-18.957.

¹⁴⁸⁸ Cass. soc., 17 mai 2011, req. n° 10-12.852 ; Cass. soc., 29 juin 2011, req. n° 09-71.107 ; Cass. civ. 2^{ème}, 4 mai 2016, req. n° 15-18.957 ; Cass. soc., 31 janv. 2012, req. n° 10-19.807 ; Cass. soc., 19 sept. 2012, req. n° 11-19.016 ; Cass. crim., 22 janv. 2014, req. n° 12-83.579 ; Cass. soc., 14 mai 2014, req. n° 13-10.637 ; Cass. soc., 24 sept. 2014, req. n° 13-24.851 ; Cass. soc., 9 nov. 2016, req. n° 15-15.064.

¹⁴⁸⁹ Cass. crim., 22 janv. 2014, req. n° 12-83.579.

¹⁴⁹⁰ Note sous : Cass. crim., 22 janv. 2014, req. n° 12-83.579, publiée au BICC n° 800 du 15 avril 2014, arrêt n° 782.

¹⁴⁹¹ Cass. crim., 8 juill. 2015, req. n° 15-81.731 ; Cass. soc., 30 mai 2018, req. n° 16-20.634.

¹⁴⁹² Cass. crim., 4 oct. 2016, req. n° 16-82.309.

éprouve à démontrer un lien entre les dispositions nationales et le droit de l'Union, et par conséquent la difficulté à constater l'existence d'une marge d'appréciation, la jurisprudence de la Cour de cassation semble inclure dans le champ d'application de la Charte les mesures nationales de transposition des directives prévoyant une marge d'appréciation au profit des États membres.

L'existence d'une marge d'appréciation laissée par la directive n'apparaît plus comme une source de divergences entre les différentes cours. La Cour constitutionnelle fédérale ayant légèrement élargi son interprétation du champ d'application de la Charte, ce cas de figure en fait désormais partie. Cette évolution suit les interprétations des autres cours suprêmes qui apparaissent promptes à le considérer comme tel, malgré la difficulté à déterminer l'existence d'une marge d'appréciation. Si la double application de la Charte et de la Loi fondamentale ou de la CESDH permettait de combler cette incertitude en s'assurant de la constitutionnalité et de la conventionnalité de la mesure nationale, l'évolution jurisprudentielle en Allemagne semble désormais écarter la partie du contrôle au regard de la Charte au nom de l'équivalence des protections.

ii) Le cas de la liberté restreinte laissée par la directive dans l'exercice de la marge d'appréciation

454. Organisation par la directive d'options de transposition. Trois cas de liberté restreinte de la marge d'appréciation peuvent être distingués. Il s'agit des cas où la directive organise des options de transposition, des cas où la directive autorise les États membres à prendre des réglementations plus strictes et des cas où la possibilité de déroger à la règle est ouverte par la directive elle-même¹⁴⁹³. Compte tenu de la spécificité de ces marges d'appréciation, les cours n'ont pas forcément eu l'occasion de prendre position sur ces différentes hypothèses.

S'agissant des options de transposition, la Cour fédérale de justice a jugé dans sa décision *Springender Pudel* que la loi en cause constituait la transposition d'une directive offrant une option de transposition¹⁴⁹⁴. À la suite de cette observation, elle contrôle la mesure nationale au regard de la Charte, de la Loi fondamentale et de la CESDH. Il peut donc en être déduit que selon la Cour fédérale de justice, la marge restreinte d'appréciation laissée par une directive sous la forme d'option de transposition fait entrer la mesure nationale qui la transpose dans le champ d'application de la Charte. L'évolution du contrôle

¹⁴⁹³ Cf. *supra*, §194.

¹⁴⁹⁴ BGH, 2 avril 2015, *Springender Pudel*, *prec.*, §41.

par la Cour fédérale de justice, qui fait suite aux décisions *Recht auf Vergessen*, pourrait toutefois conduire à ce que dans cette hypothèse, le contrôle ne soit plus effectué qu’à l’aune de la Loi fondamentale, même si la disposition entre dans le champ d’application de la Charte.

455. Organisation par la directive de possibilités d’établir une réglementation plus stricte. La possibilité laissée par une directive d’organiser une réglementation plus sévère que celle prévue restreint la marge d’appréciation des États membres en la limitant à un seul objectif possible. Dans une décision du 13 décembre 2016, le Conseil d’État a jugé que la Charte était applicable aux dispositions nationales relatives aux conditions de commercialisation des produits du tabac¹⁴⁹⁵. Dans ses conclusions, le rapporteur public avait indiqué que la France avait, en l’espèce, saisi l’opportunité laissée par la directive sur la fabrication, la présentation et la vente des produits du tabac d’aller plus loin dans la législation. Elle établissait donc une réglementation plus stricte, tel que prévu par la directive. Toujours selon le rapporteur, il en découlait toutefois une difficulté à déterminer si la législation mettait ou non en œuvre le droit de l’Union et si la Charte était par conséquent applicable¹⁴⁹⁶. Le Conseil d’État a jugé que la mesure nationale entraînait bien dans le champ d’application de la Charte.

456. Organisation par la directive de possibilités de dérogations. Les possibilités de dérogations laissées par certaines directives au profit des États membres permettent à ces derniers de ne pas appliquer certaines règles strictement définies. La Cour constitutionnelle fédérale a rendu une décision relative à une mesure nationale dérogeant à une directive autorisant une telle dérogation. La saisine concernait néanmoins la constitutionnalité du renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l’Union par la Cour fédérale de justice, ce qui impliquait pour la Cour constitutionnelle fédérale de simplement guider la Cour fédérale de justice et non de se prononcer sur les règles de droit applicables. La Cour constitutionnelle n’a pas pris expressément position sur les cas de dérogations autorisées par une directive¹⁴⁹⁷. Sur ce fondement, la Cour fédérale de justice a choisi de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l’Union et de la laisser décider de l’appartenance ou non au champ d’application de la Charte des mesures nationales de dérogation à une directive¹⁴⁹⁸. La Cour de justice de l’Union s’est prononcée en date du 29 juillet 2019 en ce

¹⁴⁹⁵ CE, 23 déc. 2016, req. n° 399117, prec., §32 et s.

¹⁴⁹⁶ Conclusions de la rapporteure publique Marie-Astrid de Barmon sous CE, 23 déc. 2016, req. n° 399117, prec.

¹⁴⁹⁷ BVerfG, 31 mai 2016, décision n° 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74, §114 et s.

¹⁴⁹⁸ BGH (1^{ère} ch. civ.), 27 juill. 2017, décision n° I ZR 228/15.

sens que les possibilités de dérogation, si elles laissent une marge d'appréciation aux États membres, doivent garantir les droits protégés par la Charte¹⁴⁹⁹. Faisant suite à cette réponse, la Cour fédérale de justice a rendu sa décision. Elle y reprend les indications de la Cour de justice et estime que les droits fondamentaux de la Charte doivent s'appliquer en plus des droits fondamentaux nationaux, même si le contrôle est effectué prioritairement au regard de ces derniers¹⁵⁰⁰.

En France, le Conseil d'État s'est prononcé à deux reprises sur la question. Il ne semble toutefois pas appréhender les dérogations autorisées par les directives comme une catégorie à part entière étant donné qu'il a rendu deux décisions contraires relatives à de telles dispositions. Dans la première décision, le Conseil d'État a analysé si le décret en cause transposait bien la directive 94/33/CE relative à la protection des jeunes au travail afin de contrôler sa conformité à la Charte¹⁵⁰¹. Il en conclut qu'il s'agissait bien d'une mise en œuvre¹⁵⁰² alors que conformément à l'article 7§3 de la directive, le décret déroge aux règles qu'elle prévoit. La mesure nationale dérogeant à la directive appartient donc en l'espèce au champ d'application de la Charte. À l'inverse dans sa seconde décision, le Conseil d'État distingue différentes dispositions de la directive 2002/58/CE relative au traitement des données à caractère personnel et à la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et les mesures nationales les mettant en œuvre¹⁵⁰³. Il refuse l'applicabilité de la Charte à certaines de ces mesures au motif qu'elles ne mettent pas en œuvre les obligations prévues par la directive¹⁵⁰⁴. Ces mesures nationales semblent toutefois résulter de l'article 15 de la directive, qui prévoit que les États membres peuvent déroger à la directive dans certains cas. Pourtant, les mesures nationales dérogeant à la directive ne sont pas réputées mettre en œuvre le droit de l'Union.

La spécificité des cas de liberté restreinte laissées par les directives dans l'exercice des marges d'appréciation conduit à une jurisprudence assez disparate entre les cours et contraste avec la jurisprudence de la Cour de justice à ce propos¹⁵⁰⁵. La question a finalement été tranchée positivement en Allemagne, tandis qu'elle l'a été de deux manières différentes par le Conseil d'État en France. En élargissant la marge d'appréciation laissée

¹⁴⁹⁹ CJUE, GC, 29 juill. 2019, aff. C-516/17, *Spiegel Online*, pts 18-39.

¹⁵⁰⁰ BGH, 30 avril 2020, *prec.*

¹⁵⁰¹ CE, 1^{er} fév. 2017, req. n° 391058, *prec.*, §5 et 12.

¹⁵⁰² CE, 1^{er} fév. 2017, req. n° 391058, *prec.*, §5.

¹⁵⁰³ CE, 26 juill. 2018, req. n° 394922, *prec.*

¹⁵⁰⁴ CE, 26 juill. 2018, req. n° 394922, *prec.*, §21.

¹⁵⁰⁵ Cf. *supra*, §194.

aux États membres, les cas d’une liberté accrue laissée aux États membres dans l’exercice de la marge d’appréciation sont également susceptibles de poser des difficultés.

iii) Le cas de la liberté accrue laissée par la directive dans l’exercice de la marge d’appréciation

457. Réponse française à l’harmonisation minimale prévue par la directive. Les directives peuvent également prévoir une grande liberté au profit des États membres. Celle-ci peut se matérialiser par une simple volonté d’harmonisation minimale dans un domaine ou par une large marge d’appréciation dans la mise en œuvre de la directive. En matière d’harmonisation minimale, le Conseil d’État et la Cour de cassation ont respectivement jugé que la Charte était applicable à des mesures nationales de mise en œuvre de telles directives, sans pour autant préciser l’existence d’une marge d’appréciation particulièrement grande. L’arrêt rendu en assemblée par le Conseil d’État le 18 mai 2018 interprète la conformité des mesures nationales prises dans le cadre de la directive 2000/78/CE par rapport à son article 6 et à la Charte¹⁵⁰⁶. Or, la directive semble ne prévoir qu’une harmonisation minimale pour la création d’un cadre général en faveur de l’égalité de traitement en matière d’emploi et de travail. En ce sens, elle reprend dès son article 1^{er} la notion de « cadre général » et les articles suivants laissent une très grande marge de manœuvre aux États membres pour mettre en œuvre les objectifs généraux qu’elle énonce. L’application de la Charte en l’espèce signifie donc que les mêmes mesures nationales de transposition d’une directive ne prévoyant qu’une harmonisation minimale entrent dans le champ d’application de la Charte.

Sans formuler davantage de précisions relatives à la marge d’appréciation, la Cour de cassation a également jugé qu’une mesure nationale mettaient en œuvre une directive européenne et que la Charte était à ce titre applicable au litige¹⁵⁰⁷. De la même manière que dans la décision du Conseil d’État, la directive 2002/14/CE vise à établir un « cadre général » relatif à l’information et à la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne en fixant des « exigences minimales »¹⁵⁰⁸. Ceci laisse à penser qu’elle ne prévoit qu’une harmonisation minimale et laisse ainsi une très large marge d’appréciation aux États membres. La saisine de la Cour de justice de l’Union d’une question préjudicielle afin d’interpréter la directive permet de rechercher des précisions relatives à la marge

¹⁵⁰⁶ CE Ass., 18 mai 2018, req. n° 400675, prec., §20-22.

¹⁵⁰⁷ Cass. soc., 11 avril 2012, req. n° 11-21.609.

¹⁵⁰⁸ Article 1 de la directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l’information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne.

d'appréciation dans la décision de la Cour de justice. Il en ressort que la directive laisse une « large marge d'appréciation » aux États membres¹⁵⁰⁹, bien que certaines dispositions puissent être qualifiées sous certains aspects de précises et inconditionnelles¹⁵¹⁰. L'application de la Charte aux mesures de mise en œuvre de la directive prévoyant une harmonisation minimale fait donc entrer ces mesures dans le champ d'application de la Charte¹⁵¹¹.

458. Réponse allemande à l'harmonisation minimale prévue par la directive. A *contrario*, la Cour administrative fédérale a tiré une conclusion bien différente relativement à l'application de la Charte. Dans une décision du 23 mars 2016, elle a estimé que la Charte n'était pas applicable au litige, dans la mesure où les mesures nationales en cause transposent une directive qui ne fait que poser des exigences minimales (« *Mindestanforderungen* ») et ne vise pas une harmonisation complète (« *Vollharmonisierung* »)¹⁵¹². Elle se réfère en cela au contenu de la directive 2006/43/CE concernant les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés, qui indique notamment qu'elle ne vise pas à une harmonisation totale des exigences¹⁵¹³. Du fait d'une trop grande liberté laissée aux États membres, les mesures de transposition de cette directive n'appartiennent donc pas au champ d'application de la Charte au sens de la Cour administrative fédérale. Pour autant, la Cour vérifie que la solution apportée par la Loi fondamentale ne viole pas la Charte, « en supposant, au bénéfice du requérant, que la Charte des droits fondamentaux est applicable au cas d'espèce »¹⁵¹⁴. Tout en suivant la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, elle se prémunit de toute interprétation contraire par la Cour de justice de l'Union.

Le cas des harmonisations minimales prévues par une directive se révèle tout particulièrement intéressant. Il dévoile en effet les conséquences de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale sur la jurisprudence des cours suprêmes allemandes et les répercussions découlant de la liberté dont jouissent en ce domaine les cours suprêmes françaises. Ainsi, les mesures nationales de transposition des directives prévoyant une harmonisation minimale n'appartiennent pas au champ d'application selon les

¹⁵⁰⁹ CJUE, GC, 15 janv. 2014, aff. C-176/12, *Association de médiation sociale*, pt 26.

¹⁵¹⁰ CJUE, GC, 15 janv. 2014, *Association de médiation sociale*, prec., pt 33.

¹⁵¹¹ Confirmé par : Cass. soc., 9 juill. 2014, req. n° 13-60.267 et 13-60.268.

¹⁵¹² BVerwG, 23 mars 2016, arrêt n° 10 C 20.14, §18.

¹⁵¹³ Considérant 5 de la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006 concernant les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés et modifiant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil, et abrogeant la directive 84/253/CEE du Conseil.

¹⁵¹⁴ BVerwG, 23 mars 2016, arrêt n° 10 C 20.14, §27.

interprétations des juridictions allemandes alors qu’elles en font partie d’après les juridictions françaises.

459. Interprétation allemande à l’égard d’un domaine commun à la mesure nationale et à une directive. Les imprécisions des décisions rendues par les cours nationales sur la détermination de la marge d’appréciation des normes européennes conduit à s’intéresser aux cas où, faute d’informations apportées par la Cour, la mesure nationale et la directive utilisée semblent ne partager qu’un domaine en commun. La Cour fédérale de justice a rendu une décision à ce propos relative à de la publicité comparative dans une newsletter de coaching nommant explicitement un concurrent. Elle a jugé que « la disposition du §4 n°7 de la loi contre la concurrence déloyale ne vise pas la protection du consommateur mais contribue essentiellement à la protection des concurrents concernés. Elle ne transpose donc en droit allemand ni la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales, ni une autre directive du droit de l’Union »¹⁵¹⁵. En refusant d’appliquer la Charte, la Cour estime qu’une mesure nationale appartenant au même domaine qu’une directive, sans pour autant la mettre en œuvre, n’appartient pas au champ d’application de la Charte.

460. Interprétation française à l’égard d’un domaine commun à la mesure nationale et à une directive. Dans une série de décisions rendues entre 2012 et 2016, la Cour de cassation a tiré des conclusions contraires à celles de la Cour fédérale de justice¹⁵¹⁶. Ces arrêts concernent pour la plupart la question du droit au repos au travail, notamment celle des heures supplémentaires effectuées par un cadre soumis au forfait-jour. Les principaux actes européens invoqués sont les directives 1993/104/CE et 2003/88/CE concernant certains aspects de l’aménagement du temps de travail. Les arrêts se fondent sur ces directives européennes et sur la Charte, sans pour autant expliciter le lien avec les mesures nationales. En outre, ces mêmes mesures n’apparaissent pas comme la transposition des directives sur les bases de données Eur-Lex ou Légifrance. Seule la similitude des domaines concernés semble donc à l’origine de l’application de la Charte.

Toutefois, la dernière décision rendue par la Cour de cassation le 30 mai 2018 pourrait modifier cette interprétation¹⁵¹⁷. Dans une analyse bien plus approfondie qu’à son habitude, la Cour livre une interprétation détaillée du champ d’application de la directive 2003/88/CE.

¹⁵¹⁵ BGH, 19 mai 2011, *Coaching-Newsletter*, prec., §28.

¹⁵¹⁶ Cass. soc., 31 janv. 2012, req. n° 10-19.807 ; Cass. soc., 19 sept. 2012, req. n° 11-19.016 ; Cass. soc., 24 sept. 2014, req. n° 13-24.851 ; Cass. soc., 7 juill. 2015, req. n° 15-12.417 ; Cass. civ. 2^{ème}, 4 mai 2016, req. n° 15-18.957.

¹⁵¹⁷ Cass. soc., 30 mai 2018, req. n° 16-20.634.

Elle en conclut que la directive ne vise pas directement la situation en cause bien que le domaine d'application (le calcul du temps de travail et des heures supplémentaires) soit commun. Par conséquent, les mesures nationales n'entrent pas dans le champ d'application de la Charte. Par cette approche, la question de la modification de la ligne jurisprudentielle suivie jusqu'à présent ou du caractère seulement isolé de cette décision se pose. Le fait que l'arrêt soit rendu par la chambre sociale et concerne la directive sur l'aménagement du temps de travail, comme la majorité des décisions précédentes, autorise cependant à penser que la Cour de cassation ait pu modifier sa jurisprudence relative à l'application de la Charte en cas de simple identité des domaines d'application.

c) Les décisions d'exécution des mesures de transposition

461. Décisions d'exécution de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen par la Cour constitutionnelle fédérale. À deux reprises, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a eu à juger de la conformité de décisions d'exécution d'un mandat d'arrêt européen prises par les autorités allemandes¹⁵¹⁸. Ces décisions d'exécution résultent de la transposition par la loi allemande sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale (*Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, IRG*) de la décision-cadre 2002/584 JAI. La Cour a chaque fois jugé que l'exécution du mandat d'arrêt européen était « en grande partie déterminée par le droit de l'Union »¹⁵¹⁹ et que la Charte était à ce titre applicable. Ainsi, la Cour constitutionnelle fédérale estime que les décisions d'exécution de lois nationales de transposition de décisions-cadres déterminées par le droit de l'Union doivent appartenir au champ d'application de la Charte.

462. Différentes décisions d'exécution par le Conseil d'État. Les juridictions administratives françaises ont longuement tergiversé concernant les mesures d'exécutions des lois de transposition du droit de l'Union avant d'en arriver à leur jurisprudence actuelle¹⁵²⁰. Les décisions relatives au droit des étrangers posaient la question de l'appartenance au champ d'application de la Charte des arrêtés d'obligations de quitter le territoire français (ci-après, OQTF). Ces OQTF constituent des actes administratifs individuels pris sur le fondement de l'article L511-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, transposant la directive 2008/115/CE relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de

¹⁵¹⁸ BVerfG, 18 août 2017, décision n° 2 BvR 424/17 ; BVerfG, 16 août 2018, décision n° 2 BvR 237/18.

¹⁵¹⁹ BVerfG, 16 août 2018, prec., §21. En ce sens également : BVerfG, 18 août 2017, prec., §32.

¹⁵²⁰ Cf. *supra*, §421.

pays tiers en séjour irrégulier. Dans les premières décisions, les juridictions administratives ont jugé que ces OQTF n’appartenaient pas au champ d’application de la Charte étant donné qu’elles ne constituaient pas une mise en œuvre directe du droit de l’Union, contrairement aux lois de transposition¹⁵²¹. Cette interprétation a été modifiée par la Cour administrative d’appel de Lyon le 14 mars 2013. Elle a considéré que la prise d’une OQTF par le préfet à l’encontre d’un étranger constituait tout autant une mise en œuvre du droit de l’Union que lorsque le législateur transpose le droit de l’Union¹⁵²². Reprise par d’autres cours administratives d’appel¹⁵²³, elle a été confirmée par le Conseil d’État dans la décision *Halifa* du 4 juin 2014¹⁵²⁴ ainsi que dans d’autres décisions relatives à des arrêtés d’exécution du droit de l’Union¹⁵²⁵.

Cette interprétation, selon laquelle les mesures d’exécution d’une loi de transposition du droit de l’Union appartenant au champ d’application de la Charte font également partie du champ d’application de la Charte, a par la suite été étendue à d’autres types de mesures d’exécution. Ainsi, il peut être déduit de l’arrêt du Conseil d’État rendu le 18 mai 2018 qu’un décret de mise en œuvre d’une loi nationale transposant une directive appartient au champ d’application de la Charte. Cela est dû au fait que la loi soit une mise en œuvre du droit de l’Union et qu’elle fait partie du champ d’application de la Charte¹⁵²⁶. De même, le refus de la Commission nationale de l’informatique et des libertés de mettre la société Google Inc. en demeure, refus fondé sur la loi de transposition de la directive 95/46/CE relative à la protection des personnes physiques à l’égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données¹⁵²⁷, appartient au champ d’application de la Charte dès lors que cette loi met en œuvre le droit de l’Union et doit elle-même respecter la Charte¹⁵²⁸.

463. Difficultés provoquées par la marge d’appréciation. Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l’Union, les décisions d’exécution suivent le destin des mesures de transposition des actes de droit de l’Union concernant le champ

¹⁵²¹ CAA Lyon, 11 oct. 2012, req. n° 11LY03003 ; CAA Douai, 4 déc. 2012, req. n° 12DA00478 ; CAA Versailles, 9 avril 2013, req. n° 12VE00838 ; CAA Nancy, 1^{er} août 2013, req. n° 12NC01772 et 12NC01771.

¹⁵²² CAA Lyon, 14 mars 2013, req. n° 12LY02737, pt 12.

¹⁵²³ CAA Marseille, 18 juin 2013, req. n° 12MA04450 ; CAA Nancy, 1^{er} août 2013, req. n° 12NC01848 ; CAA Bordeaux, 31 oct. 2013, req. n° 13BX00616 ; CAA Paris, 7 nov. 2013, req. n° 13PA00779.

¹⁵²⁴ CE, 4 juin 2014, *Halifa*, prec.

¹⁵²⁵ CE, 28 déc. 2017, req. n° 400580, prec.

¹⁵²⁶ CE Ass., 18 mai 2018, req. n° 400675, prec., §20.

¹⁵²⁷ Selon Eur-Lex, la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 constitue la mise en œuvre de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, 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.

¹⁵²⁸ CE Ass., 24 fév. 2017, *Mme C.*, prec.

d'application de la Charte. Si la mesure nationale entre dans le champ d'application de la Charte, toute décision d'exécution prise sur son fondement fera également partie de son champ d'application. *A contrario*, si une mesure nationale n'entre pas dans le champ d'application de la Charte, les mesures nationales d'exécution prises sur son fondement n'y appartiendront pas davantage.

L'existence d'une marge d'appréciation laissée par une directive ou tout autre acte du droit de l'Union est donc à l'origine de nombreuses difficultés pour les cours nationales. D'une part, ces dernières semblent avoir du mal à déterminer l'existence d'une telle marge d'appréciation et trouvent en conséquence des moyens pour l'éviter. Ces moyens sont le fait même d'éluder la question ou de se référer à d'autres décisions ou affirmations. D'autre part, estimer l'intensité du lien entre la mesure nationale et la norme de droit de l'Union, de laquelle découle ou non l'application de la Charte, relève d'une analyse encore toute subjective devant les cours françaises. Par définition, cette analyse est donc relativement changeante. Devant les cours allemandes, l'analyse se faisait sous le prisme de la *Trennungsthese* et de la veille constante qu'effectue la Cour constitutionnelle fédérale. La dernière évolution jurisprudentielle pourrait toutefois dégager les juridictions allemandes de la difficulté à déterminer l'étendue de la marge d'appréciation, dans la mesure où tant les droits fondamentaux nationaux que ceux de l'Union sont applicables, mais seul un contrôle à l'aune des droits fondamentaux nationaux est exécuté.

2. Le dépassement des exigences fixées par la directive

464. Application d'actes européens à une situation nationale. Le cas d'application d'un acte européen à une situation nationale se produit lorsqu'une règle du droit de l'Union est utilisée pour devenir une règle nationale relative à des situations qui, initialement, n'appartenaient pas au champ d'application du droit de l'Union. Dans sa décision *Antiterrordatei*¹⁵²⁹, la Cour constitutionnelle fédérale a jugé que, même si la mise en place du fichier antiterroriste touchait au domaine de la protection des données personnelles réglementé par l'Union, voire serait utilisée pour répondre à des exigences découlant du droit de l'Union, le droit de l'Union ne prévoyait pas en tant que telle la mise en place d'un tel fichier et les objectifs poursuivis étaient purement nationaux¹⁵³⁰. Ainsi, l'utilisation des règles de droit de l'Union dans un objectif autre que celui poursuivi par le droit de l'Union ne fait pas entrer cette nouvelle situation nationale dans le champ d'application de la Charte.

¹⁵²⁹ BVerfG, 24 avril 2013, *Antiterrordateigesetz*, prec. Cf. *supra*, §400.

¹⁵³⁰ BVerfG, 24 avril 2013, *Antiterrordateigesetz*, prec., §88-91.

Le Conseil constitutionnel français semble avoir adopté un positionnement identique dans une décision relative à la Loi de finance rectificative pour 2015. Elle distingue deux dispositions extrêmement proches, relatives à la distribution de dividendes transfrontalière avec des États membres et avec des États tiers. La première serait issue de la transposition d’une directive précise et inconditionnelle tandis que la seconde ne le serait pas¹⁵³¹. Sans que la Cour ne le formule expressément, on peut en déduire que si le droit applicable à la situation avec les États tiers résulte de la transposition du droit de l’Union et a été utilisé pour légiférer sur une autre situation, cela ne fait pas entrer pour autant cette dernière situation dans le champ d’application du droit de l’Union et de la Charte.

465. Ajout de règles nationales à une mesure de transposition d’une directive. La décision *Antiterrordatei* de la Cour constitutionnelle fédérale est également instructive concernant l’ajout de règles nationales à une mesure de transposition d’une directive¹⁵³². Étant donné que la loi relative à la création du fichier antiterroriste comprend également la transposition d’exigences européennes, la Cour, en refusant d’appliquer la Charte au contrôle du fichier antiterroriste, interprète son champ d’application comme ne comprenant par les règles nationales intégrées à une mesure de transposition du droit de l’Union¹⁵³³.

Ce raisonnement peut également être appliqué à la décision du Conseil constitutionnel relative à la loi de finance rectificative pour 2015¹⁵³⁴. Les mesures applicables uniquement au droit national, bien que faisant partie d’une loi de transposition, ne font pas pour autant partie du champ d’application du droit de l’Union et de la Charte. La décision du 9 juin 2011 vient plaider en ce sens¹⁵³⁵. En l’espèce, le Conseil constitutionnel estime que les dispositions en cause n’ont pas pour objet de transposer une directive ; il ne peut donc être procédé au contrôle de l’article 88-1 C^o¹⁵³⁶. En partant du présupposé que le champ d’application de cet article se rapproche peu ou prou de celui du champ d’application de la Charte, la disposition en cause n’en ferait pas partie¹⁵³⁷. Pourtant, la loi contrôlée par le Conseil constitutionnel relative à l’immigration, à l’intégration et à la nationalité apparaît dans la base de données Eur-Lex comme la transposition de la directive 2008/115/CE. Certaines dispositions de cette loi appartiennent donc au champ d’application de la Charte.

¹⁵³¹ Cons. const., 29 déc. 2015, décision n° 2015-726 DC, *Loi de finances rectificative pour 2015*, cons. 7-8.

¹⁵³² BVerfG, 24 avril 2013, *Antiterrordateigesetz*, prec. Cf. *supra*, §400.

¹⁵³³ BVerfG, 24 avril 2013, *Antiterrordateigesetz*, prec., §88-91.

¹⁵³⁴ Cons. const., 29 déc. 2015, décision n° 2015-726 DC, *Loi de finances rectificative pour 2015*, cons. 7-8.

¹⁵³⁵ Cons. const., 9 juin 2011, décision n° 2011-631 DC, *Loi relative à l’immigration, à l’intégration et à la nationalité*.

¹⁵³⁶ Cons. const., 9 juin 2011, *Loi relative à l’immigration*, prec., cons. 82-85.

¹⁵³⁷ Cf. *supra*, §382.

Ce *distinguo* montre que l'ajout de règles nationales à une mesure de transposition d'une directive n'implique pas l'appartenance de ces règles au champ d'application de la Charte.

466. Interprétation extensive du contenu normatif des directives transversales.

Enfin, la décision *Antiterrordatei*¹⁵³⁸ s'applique également à la question de l'interprétation extensive du contenu normatif des directives transversales. Les données personnelles et la non-discrimination constituent les principales directives transversales¹⁵³⁹ dans la mesure où elles s'appliquent à de nombreuses activités, lesquelles n'appartiennent pas toutes au champ de compétence de l'Union. La protection des données personnelles et la non-discrimination, qui se confondent avec les droits fondamentaux y afférents, se confrontent donc à la logique universelle propre à ces derniers. En se fondant sur la seule compétence d'attribution, la Cour constitutionnelle fédérale a estimé que la protection des données personnelles par l'Union n'impliquait pas que toute mesure nationale entrant dans ce domaine d'application tombe également dans le champ d'application de la Charte¹⁵⁴⁰.

Malgré le peu de jurisprudence sur la question, les juridictions nationales françaises et allemandes estiment dans la majorité des cas que les dépassements des exigences prévues par la directive n'appartiennent pas au champ d'application de la Charte, quelle que soit la forme qu'ils empruntent. Ce postulat se distingue de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union, plus mesurée dans les distinctions. Elle ne repousse pas en bloc cette catégorie mais recherche de manière approfondie le véritable objectif poursuivi par la disposition européenne et les conséquences sur l'appartenance ou non de la mesure nationale au champ d'application de la Charte. Elle a d'ailleurs procédé de même pour toutes les difficultés relatives au délai de transposition des directives.

3. Les délais de transposition des directives

467. Avant expiration du délai de transposition. La Cour de cassation a rendu une décision le 27 novembre 2012, de laquelle peut être tirée une interprétation du champ d'application de la Charte quant aux actes européens dont le délai de transposition n'a pas encore expiré¹⁵⁴¹. En l'espèce, le requérant invoquait au soutien de l'irrégularité de sa garde à vue le non-respect de la Charte, interprétée conformément à la directive 2012/13/UE du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales. Or, la

¹⁵³⁸ BVerfG, 24 avril 2013, *Antiterrordateigesetz*, prec. Cf. *supra*, §400.

¹⁵³⁹ Cf. *supra*, §229.

¹⁵⁴⁰ BVerfG, 24 avril 2013, *Antiterrordateigesetz*, prec., §88-91.

¹⁵⁴¹ Cass. crim., 27 nov. 2012, req. n° 12-85.645.

directive n’avait pas encore été adoptée au moment de la garde à vue contestée. Elle n’avait par ailleurs toujours pas été transposée au jour de la décision et le délai de transposition courrait jusqu’au 2 juin 2014. La Cour de cassation a jugé « les moyens inopérants en ce qu’ils se réfèrent à la charte des droits fondamentaux inapplicable en l’espèce, dès lors que la directive invoquée par les demandeurs n’est pas en vigueur ». Le rejet du moyen tiré de la directive reste néanmoins imprécis, dans la mesure où il peut être fondé tant sur l’inexistence de la norme au moment des faits, que sur l’absence d’expiration du délai de transposition, ou enfin sur l’absence de transposition de la mesure. Ces trois éléments sont en effet nécessaires pour qu’une directive soit pleinement applicable. Dans l’hypothèse où l’un des deux derniers fondements était celui retenu, les situations dans lesquelles il existe bien une directive mais son délai de transposition n’est pas encore expiré pourraient se voir exclues du champ d’application de la Charte.

En 1998, la Cour fédérale de justice allemande a également rendu une importante décision sur l’application des directives avant expiration de leur délai de transposition¹⁵⁴². Elle y modifie sa jurisprudence antérieure en prenant en compte la directive relative à la publicité comparative alors que le délai de transposition n’est pas encore expiré. Sous conditions, la Cour estime que les juridictions allemandes doivent éviter de prendre des décisions non conformes à des mesures européennes déjà adoptées, mais non encore transposées. Cette jurisprudence peut toutefois difficilement être étendue à l’application de la Charte étant donné que la Cour n’en déduit pas l’inclusion de la situation nationale dans le champ d’application du droit de l’Union. Une simple interprétation conforme à la directive est évoquée, qui n’implique pas nécessairement l’application de l’ensemble du droit de l’Union à la situation.

468. Après expiration du délai de transposition. La Cour de cassation s’est également prononcée le 29 mai 2013 sur les cas d’application de la Charte après expiration du délai de transposition d’une directive¹⁵⁴³. Il s’agissait de déterminer si la Charte était applicable au litige en vérifiant si la situation nationale mettait bien en œuvre la directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l’aménagement du temps de travail. Cette directive devait être transposée au plus tard le 2 août 2004 alors que les faits dont l’arrêt faisait l’objet, relatifs au droit au congés payés pour les usagers de centres d’aide par le travail, s’étendaient sur la période du 1^{er} juin 2003 au 31 mai 2005. Après la

¹⁵⁴² BGH (1^{ère} ch. civ.), 5 fév. 1998, arrêt n° I ZR 211/95. Voir notamment : C. HOFMANN, « (§15) Die Vorwirkung von Richtlinien », in : K. RIESENHUBER (éd.), *Europäische Methodenlehre*, 3^{ème} éd., Berlin, De Gruyter Recht, 2015, pts 29 et s.

¹⁵⁴³ Cass. soc., 29 mai 2013, req. n° 11-22.376.

saisine de la Cour de justice d'une question préjudicielle, la Cour de cassation a estimé que les usagers d'un centre d'aide par le travail « ne peuvent se prévaloir d'un droit à congés qu'à compter de l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2007, du décret n° 2006-703 du 16 juin 2006 réformant l'article R. 243-11 du code de l'action sociale et des familles et portant application de l'article L. 344-2-2 du code de l'action sociale et des familles ; que, pour une période antérieure à cette date, ils ne peuvent invoquer l'interprétation, à la lumière de la directive 2003/88 CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003, de textes de droit interne inapplicables »¹⁵⁴⁴. Par conséquent, la Charte n'est applicable concernant le droit au congé payé qu'à partir de l'entrée en vigueur du décret de transposition de la directive. Selon la Cour de cassation, le retard dans la transposition d'une directive peut donc temporairement – jusqu'à l'entrée en vigueur des mesures de transposition – exclure du champ d'application de la Charte les situations qui devraient y appartenir. Cette solution doit toutefois être relativisée car la situation en cause concernait un litige entre particuliers. Or, l'applicabilité de la Charte est soumise à certaines conditions dans les litiges horizontaux¹⁵⁴⁵ et la Cour de cassation pouvait difficilement imposer à une personne privée une exigence qui n'existait pas dans la législation pour cause de carence fautive de l'État.

En présence de modifications *a posteriori* des mesures nationales de transposition, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a estimé que celles-ci ne modifiaient rien au champ d'application de la Charte. Dans sa décision *Honeywell*, le §14 al. 3 de la Loi sur le travail à temps partiel et sur les CDD (*Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge, TzBfG*), transposant la directive 1999/70 sur le travail à durée indéterminée, a été modifié afin de faire passer l'âge minimal des personnes concernées par le dispositif d'exception à l'interdiction des CDD de 58 à 52 ans¹⁵⁴⁶. Cette modification n'emporte toutefois aucune conséquence sur la détermination ou sur l'appartenance de la situation nationale au champ d'application du droit de l'Union.

469. Conclusion. Lorsque des juridictions se sont prononcées sur les différents cas de mise en œuvre du droit de l'Union, elles semblent avoir adopté une approche légèrement plus restrictive que la Cour de justice de l'Union. Cette jurisprudence est cependant limitée en quantité et résulte parfois uniquement d'autres facteurs pris en compte sans s'intéresser à leurs conséquences sur le champ d'application de la Charte. L'application de la typologie issue de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union aux décisions des juridictions

¹⁵⁴⁴ Cass. soc., 16 déc. 2015, req. n° 11-22.376.

¹⁵⁴⁵ CJUE, GC, 15 janv. 2014, *Association de médiation sociale*, prec.

¹⁵⁴⁶ BVerfG, 6 juill. 2010, décision n° 2 BvR 2661/06, *Honeywell*, BVerfGE 126, 286.

françaises et allemandes relatives à la mise en œuvre des actes de l’Union doit être complétée par les décisions des juridictions françaises et allemandes relatives aux actes des États membres entravant les libertés économiques.

§2- Les actes des États membres entravant les libertés économiques

470. Les entraves aux libertés économiques par les États membres représentent une catégorie plus discutée du champ d’application de la Charte. Si la Cour de justice l’a validé, elle a toutefois posé des limites et organisé un contrôle précis de ces limites¹⁵⁴⁷. Ces contrôles concernent d’une part la conciliation articulée entre droits fondamentaux et libertés économiques (A) et d’autre part la place des droits fondamentaux dans le rapport entre citoyenneté européenne et libre circulation (B).

A) La conciliation entre droits fondamentaux et libertés économiques

471. Appartenance au champ d’application de la Charte des mesures limitant une liberté économique. Si les juridictions françaises ne se sont pas prononcées sur les situations de limitation aux libertés économiques par des mesures strictement nationales, la Cour administrative fédérale allemande a rendu plusieurs décisions en ce sens. Elle a même intégré à son considérant de principe relatif au champ d’application de la Charte que « la Charte est applicable lorsque les libertés économiques du TFUE du 9 mai 2008 sont en cause »¹⁵⁴⁸. Elle a toutefois jugé dans sa décision du 21 septembre 2016 que l’obligation légale d’inscription de son appartenance à une communauté religieuse pour les personnes résidant en Allemagne lors de leur enregistrement en mairie ne constituait pas une limitation normative aux libertés de circulation et d’installation garanties par les articles 21 et 49 du TFUE¹⁵⁴⁹, rendant la Charte inapplicable au cas d’espèce. La Cour estime donc que l’entrave à une liberté économique appartient au champ d’application de la Charte, mais elle pourrait avoir une interprétation restrictive de la définition de l’entrave.

¹⁵⁴⁷ Cf. *supra*, §246.

¹⁵⁴⁸ BVerwG, 21 sept. 2016, arrêt n° 6 C 2.15, §26 ; BVerwG, 25 janv. 2017, arrêts n° 6 C 15.16, 6 C 11.16, 6 C 14.16 et 6 C 12.16, §61 ou 58 : « *Darüber hinaus ist die Charta anwendbar, wenn Grundfreiheiten des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 9. Mai 2008 in Rede stehen* ».

¹⁵⁴⁹ BVerwG, 21 sept. 2016, arrêt n° 6 C 2.15, §27.

472. Distinction entre droits fondamentaux limites et droits fondamentaux soutiens aux libertés économiques. Dans la limitation des libertés économiques, la Cour administrative fédérale ne semble pas distinguer expressément les deux cas de figure dégagés par la Cour de justice de l'Union. Selon cette dernière, les droits fondamentaux peuvent limiter les libertés économiques lorsqu'ils protègent respectivement des valeurs qui ne peuvent être conciliées et peuvent venir à leur soutien lorsque la validité de la limitation à une liberté économique dépend de la conformité de cette limitation aux droits fondamentaux.

La Cour administrative fédérale allemande a rendu à ce titre une décision quelque peu maladroite¹⁵⁵⁰. En l'espèce, était en cause une décision interdisant à la requérante de continuer à exercer sa fonction de *bookmaker* en Bavière au motif que cette activité faisait l'objet d'un monopole du Land. Si la liberté de prestation de service garantie par le droit de l'Union est invoquée, le refus opposé dans le jugement se fonde sur les conditions de recevabilité du recours et non directement sur le fond de l'affaire. Ainsi, le droit fondamental protégé par la Charte retenu en l'espèce concerne le droit à un recours effectif et non directement à un droit faisant concurrence ou venant au soutien d'une liberté économique. Pourtant, la Cour estime que « conformément à l'article 51§1 phrase 1 de la Charte, le champ d'application matériel de cette dernière est ouvert car la requérante demande une protection contre une limitation de sa liberté de prestation de service »¹⁵⁵¹. La question de l'entrave à la liberté de prestation de service se trouve donc réduite à la marge, comme simple mécanisme d'ouverture du champ d'application de la Charte, alors qu'elle devrait être au cœur du contrôle. Le contrôle effectué ne reprend donc pas exactement celui développé par la Cour de justice de l'Union mais a pour avantage de procéder à un réel contrôle de la Charte afin de vérifier l'existence d'une éventuelle atteinte portée par la réglementation nationale.

473. Conclusion. La limitation des libertés économiques par des mesures strictement nationales a fait l'objet d'une reconnaissance par la Cour administrative fédérale seulement. Si sa jurisprudence n'apparaît pas aussi précise et rigoureuse que celle de la Cour de justice de l'Union, elle a le mérite d'exister alors que cette situation n'entre pas dans les limites initialement posées par la *Trennungsthese* de la Cour constitutionnelle fédérale et aujourd'hui développée dans les décisions *Recht auf Vergessen*. Elle contraste d'ailleurs

¹⁵⁵⁰ BVerwG, 20 juin 2013, arrêt n° 8 C 39.12.

¹⁵⁵¹ BVerwG, 20 juin 2013, arrêt n° 8 C 39.12, §34 : « [...] der sachliche Anwendungsbereich der Grundrechtecharta (ist) nach Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRC eröffnet, weil die Klägerin Rechtsschutz wegen einer Beschränkung ihrer Dienstleistungsfreiheit begehrt ».

avec la jurisprudence française, totalement inexistante dans ce cas de figure. Celle-ci s’est en revanche saisie des cas d’application de la Charte dans les situations relatives à l’association de la citoyenneté européenne avec les libertés économiques.

B) Les droits fondamentaux dans les apports de la notion de citoyenneté au contrôle des libertés économiques

474. Situations résultant de la synergie entre citoyenneté et libertés économiques.

La synergie entre la citoyenneté et le contrôle des libertés économiques implique des conséquences dans trois situations concrètes pour les citoyens européens, dans lesquelles le champ d’application de la Charte est susceptible d’être ouvert : le retrait de la citoyenneté européenne, le droit de séjour pour les parents, de nationalité tiers, d’enfants citoyens européens et un droit de séjour dérivé au profit des membres de la famille de nationalité tiers en cas d’exercice de la liberté de circulation par le citoyen européen. Les deux premiers cas dépendent directement du statut de citoyen européen. De ce fait, l’exigence d’extranéité, c’est-à-dire l’utilisation effective d’une liberté économique, y est largement nuancée. Le dernier cas dérive au contraire de la liberté de circulation, directement garantie par la citoyenneté européenne.

475. Retrait de la citoyenneté européenne. Un retrait de la citoyenneté européenne résulte directement du retrait de la nationalité décidé par un État membre à l’égard d’une personne ne disposant pas de la nationalité d’un autre État membre de l’Union. Alors qu’il relevait à l’origine d’une compétence strictement interne, le retrait de la nationalité a pénétré le droit de l’Union du fait des conséquences qu’il emporte sur la citoyenneté européenne et sur les droits qui y sont attachés, au point de faire entrer ce cas de figure dans le champ d’application de la Charte. Cette protection européenne permet de garantir le droit à l’existence même de la citoyenneté¹⁵⁵². L’arrêt rendu par le Conseil d’État le 11 mai 2015¹⁵⁵³ a fait sien ce raisonnement ainsi que les critères posés par la jurisprudence *Rottman* de la Cour de justice de l’Union¹⁵⁵⁴. En l’espèce, le requérant avait été déchu de sa nationalité par décret suite à une condamnation pour participation à une association de malfaiteurs en vue de préparer un acte de terrorisme. Le moyen relatif à la Charte est développé par le Conseil d’État qui estime que, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l’Union, « la définition des conditions d’acquisition et de perte de la nationalité

¹⁵⁵² Cf. *supra*, §306.

¹⁵⁵³ CE, 25 mars 2015, *M.A.B.*, *prec.*

¹⁵⁵⁴ Cf. *supra*, §300.

relève de la compétence de chaque État membre de l'Union ; que, toutefois, dans la mesure où la perte de la nationalité d'un État membre a pour conséquence la perte du statut de citoyen de l'Union, la perte de la nationalité d'un État membre doit, pour être conforme au droit de l'Union, répondre à des motifs d'intérêt général et être proportionnée à la gravité des faits qui la fondent, au délai écoulé depuis l'acquisition de la nationalité et à la possibilité pour l'intéressé de recouvrer une autre nationalité »¹⁵⁵⁵. De ce raisonnement est déduit la conformité du décret à la Charte et aux conditions posées par la Cour de justice¹⁵⁵⁶. Si le Conseil d'État applique fidèlement la jurisprudence de la Cour relative au champ d'application de la Charte dans le cas du retrait de citoyenneté¹⁵⁵⁷, le contrôle des critères d'intérêt général et de proportionnalité apparaît toutefois bien moins strict. Il s'apparente à un bref contrôle de conformité global des dispositions législatives avec les critères jurisprudentiels quand la Cour de justice procède à une analyse approfondie du cas d'espèce et de la situation concrète qui en résulte.

476. Droit de séjour pour les parents d'enfants citoyens européens – Jurisprudence du Conseil d'État. La reconnaissance d'un droit de séjour aux parents, de nationalité tierce à l'Union européenne, d'un enfant citoyen européen se fonde sur le même raisonnement que le retrait de la citoyenneté. En effet, l'obligation pour un parent d'enfant en bas âge de quitter le territoire de l'Union aurait pour conséquence directe le départ de l'enfant, pourtant citoyen européen. Afin de permettre à l'enfant de jouir des plus fondamentaux de ses droits relatifs à la citoyenneté, à savoir son droit de rester vivre sur le territoire de l'Union, la Cour a estimé qu'il était nécessaire de faire bénéficier les parents d'un droit de séjour¹⁵⁵⁸. Sur le fondement d'un risque de restriction d'une liberté économique et de la citoyenneté, cette situation entre donc dans le champ d'application de la Charte. Sans s'y intéresser de manière détaillée, le Conseil d'État a repris cette jurisprudence dans un arrêt du juge des référés du 9 décembre 2014. Il y applique les conditions prévues par la Cour de justice relatives au bas âge de l'enfant citoyen de l'Union, à la couverture par une assurance maladie et à la disposition de ressources suffisantes dont le parent citoyen d'un État tiers peut faire la preuve¹⁵⁵⁹. Toutefois, contrairement à la jurisprudence de la Cour de justice qui reste floue sur la condition relative à l'âge de

¹⁵⁵⁵ CE, 25 mars 2015, *M.A.B.*, prec., §6-7.

¹⁵⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁵⁷ CE, 19 juill. 2017, req. n° 405897, §8, mentionné dans les tables du Lebon ; CE, 9 nov. 2017, req. n° 409782, §7, mentionné dans les tables du Lebon ; CE, 24 sept. 2018, req. n° 415136, §9 et s., inédit au Lebon.

¹⁵⁵⁸ Cf. *supra*, §307.

¹⁵⁵⁹ CE, Juge des référés, 9 déc. 2014, req. n° 386029, *Mme B.A.C.*, §3 et s., publié au Lebon p. 379.

l’enfant, le Conseil d’État se réfère au critère de la minorité, à condition que le parent assume la charge de l’enfant.

477. Droit de séjour pour les parents d’enfants citoyens européens – Jurisprudence de la Cour administrative fédérale. La Cour administrative fédérale allemande a pour sa part adopté une interprétation de la situation des entraves qui diffère de la jurisprudence de la Cour de justice de l’Union. Dans le cas d’un mineur gambien âgé de 13 ans, dont les frères et sœurs, de nationalité allemande, et les parents, de nationalité gambienne, résident en Allemagne, elle estime que le droit de séjour résultant de la citoyenneté européenne ne s’applique pas au motif que les frères et sœurs ne sont pas visés par la directive 2004/38/CE relative au droit des citoyens de l’Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire de l’Union. Selon son raisonnement, les frères et sœurs allemands ne se verront pas retirés la jouissance effective des droits qu’ils tirent de la citoyenneté européenne si la demande de visa est refusée à leur frère gambien. Si le cas des frères et sœurs n’est pas directement visé par la directive, le droit de séjour des parents d’enfants citoyens européens résulte d’une construction purement jurisprudentielle qui a été rattachée à cette directive afin d’en définir le principe¹⁵⁶⁰. Cette jurisprudence vise à ne pas empêcher un enfant citoyen européen de résider sur le territoire de l’Union et non à consacrer un droit de séjour spécifique à certains membres de sa famille précisément listés. Or, si le frère de cet enfant citoyen européen ne bénéficie pas d’une autorisation de séjour, il existe un risque réel que les parents retournent vivre avec l’enfant dans leur pays d’origine. Les enfants citoyens européens seront alors contraints de les suivre et risquent de perdre la jouissance effective des droits qu’ils tirent de leur citoyenneté. La décision de la Cour administrative, si elle montre que la jurisprudence de l’Union ne lui est pas inconnue, ne va pourtant pas dans le sens de l’objectif poursuivit. Elle se limite à une interprétation stricte, mais en l’espèce incohérente, des conditions.

478. Droit de séjour dérivé pour la famille en cas d’exercice de la liberté de circulation. Le droit de séjour dérivé des membres de la famille, de nationalité tierce, d’un citoyen européen en cas d’exercice par lui de sa liberté de circulation trouve son fondement dans la liberté de circulation garantie par les articles 20§2 et 21§1 du TFUE et dans la concrétisation de ce droit par la directive 2004/38/CE relative au droit des citoyens de l’Union et des membres de leur famille de circuler et séjourner librement sur le territoire

¹⁵⁶⁰ BVerwG, 13 juin 2013, arrêt n° 10 C 16.12, §10-11.

des États membres. Face aux nombreux problèmes posés par le retour de ces citoyens dans leur État membre d'origine et la nationalité tiers de certains membres de leurs familles, la Cour de justice a développé une interprétation large de la directive et étendu son champ d'application. Le champ d'application de la Charte a simultanément été élargi à ces situations¹⁵⁶¹. Dans deux arrêts, le Conseil d'État a reproduit ce raisonnement sans pour autant se référer à la Charte¹⁵⁶². Le second arrêt du 22 octobre 2018 limite son application aux seuls conjoints mariés, estimant que le pacte civil de solidarité (PACS) « [ne] doit [pas] être regardé comme constituant un partenariat enregistré équivalent au mariage »¹⁵⁶³. Le partenaire de PACS citoyen d'un État tiers ne peut donc se prévaloir en France d'un droit de séjour dérivé de l'exercice de la libre circulation par son partenaire citoyen européen. De même que l'interprétation proposée plus haut par la Cour administrative fédérale, cette application de la jurisprudence de l'Union semble assez restrictive si l'on s'intéresse à l'objectif poursuivi par la Cour, qui est celui de préserver la jouissance des droits découlant du statut de citoyen européen.

479. Conclusion. En matière de synergie entre citoyenneté et liberté de circulation, le Conseil d'État s'est approprié la construction jurisprudentielle proposée par la Cour de justice de l'Union. Si le lien avec la Charte n'est que rarement évoqué, l'utilisation des règles et de la jurisprudence du droit de l'Union dans ces situations laisse à penser qu'elles entrent bien dans le champ d'application du droit de l'Union. Toutefois, les applications nationales se révèlent plus restrictives que celles préconisées par la Cour de justice dans des cas de figures connexes. Cela tient sans doute à la finalité poursuivie par la Cour de justice de protection des droits issus de la citoyenneté, ce que les cours nationales ne prennent pas forcément en compte dans le cadre de leur contrôle à cheval entre droit national et droit européen.

Cette conclusion s'applique également à la conciliation entre libertés économiques et droits fondamentaux. Elle est même d'autant plus valable que les cours semblent avoir des difficultés à se saisir de cette partie du champ d'application de la Charte. Jusqu'à présent, seule la Cour administrative fédérale l'a explicitement prise en compte. La conciliation entre libertés économiques et droits fondamentaux demande en effet une part de projection vers la finalité de la construction européenne qui n'est pas toujours aisée pour les

¹⁵⁶¹ Cf. *supra*, §303.

¹⁵⁶² CE, 17 mai 2017, req. n° 396832, inédit au Lebon ; CE, 22 oct. 2018, req. n° 407687, mentionné dans les tables du Lebon.

¹⁵⁶³ CE, 22 oct. 2018, req. n° 407687, *prec.*, §5.

juridictions nationales. Ces dernières évoluent dans des ordres juridiques nationaux distincts, orientés en fonction de contraintes qui leurs sont propres et avec un rapport à la construction européenne largement influencé par les pouvoirs exécutifs et législatifs. Penser le projet européen en se détachant des perspectives nationales relève donc d’un exercice complexe.

S’agissant de la mise en œuvre des actes de l’Union, le champ d’application de la Charte est plus aisément identifiable, à l’exception des normes avec marge d’appréciation. Le traitement de ces dernières fait l’objet d’une certaine fébrilité et d’une évolution de la jurisprudence depuis l’entrée en vigueur de la Charte. Malgré quelques ajustements encore nécessaires et une connaissance de la jurisprudence européenne parfois lacunaire, les juridictions françaises et allemandes tendent à suivre l’interprétation proposée par la Cour de justice de l’Union. Si seule la Cour constitutionnelle fédérale se fondait encore strictement sur la *Trennungsthese* sans nullement épouser la logique poursuivie par la Cour de justice de l’Union, cette situation a évolué vers un léger élargissement du champ d’application de la Charte. Eu égard à cette évolution, il se pourrait que la question de la marge d’appréciation, si problématique dans la détermination du champ d’application de la Charte, ne se pose plus eu égard à l’application cumulative des droits.

Conclusion de Chapitre

480. Les contrôles du champ d’application de la Charte effectués par les juridictions nationales résultent fondamentalement des exigences internes auxquelles elles sont assujetties. Les modes de constitutionnalisation écrit et jurisprudentiel du droit de l’Union, ainsi que les contrôles spécifiques développés par les cours constitutionnelles en constituent l’essence et imprègnent les approches poursuivies par les juridictions nationales. Ainsi en Allemagne, alors que les juridictions ordinaires auraient tout intérêt à se saisir du standard de protection des droits fondamentaux européens afin de « consolider l’autorité de leur jugement face [à la Cour constitutionnelle fédérale] »¹⁵⁶⁴ et de s’affirmer en dehors du champ d’influence de ce dernier, elles semblent jusqu’alors s’y refuser et adopter une toute autre ligne de conduite. L’interprétation du champ d’application de la Charte par les

¹⁵⁶⁴ É. LAGRANGE, A.-M. THEVENOT-WERNER, « Allemagne », *op. cit.*, p. 53

juridictions ordinaires résulte, en effet, essentiellement de l'interprétation de la Cour constitutionnelle fédérale.

En France, le non-interventionnisme du Conseil constitutionnel a laissé aux juridictions ordinaires toute latitude pour se saisir de la question du champ d'application de la Charte. Fidèles à leur pratique de protection des droits fondamentaux, les juridictions ont adopté une approche qui s'inscrit dans une logique de multiplication des sources consacrant les mêmes droits¹⁵⁶⁵.

On peut en déduire que le critère d'interprétation du champ d'application de la Charte diffère entre les ordres juridiques nationaux et à l'égard de la Cour de justice de l'Union. Cette différence de critère a pour effet des interprétations du champ d'application de la Charte qui ne sont pas identiques en tous points entre les juridictions françaises, allemandes et de l'Union, mais qui n'apparaissent pas radicalement différentes pour autant.

Les divergences se concentrent sur certaines hypothèses bien définies, à savoir lorsqu'il existe une marge d'appréciation et en cas de limitation des libertés économiques. Le cas des délais de transposition peut difficilement être pris en compte étant donné que la jurisprudence qui s'y réfère est très limitée. Les divergences se trouvent naturellement dans les situations les plus complexes, là où le droit de l'Union et le droit national sont particulièrement enchevêtrés. Cela rend difficile, voire impossible, la distinction de l'un et l'autre, étant donné que ces mesures sont, par nature, empreintes d'hybridité. Chaque interprète peut y voir une origine (nationale ou européenne) différente selon l'objectif et la logique poursuivis. Cet enchevêtrement rend les contours du champ d'application de la Charte largement soumis au bon vouloir des cours et aux cadres de leurs contrôles.

¹⁵⁶⁵ En ce sens : D. CAPITANT, « Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union in der französischen Rechtsordnung », in : P.J. TETTINGER, K. STERN (éd.), *Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta*, Munich, C.H. Beck, 2006, pt 8.

Conclusion de Titre

481. L’étude comparée des interprétations du champ d’application de la Charte par les juridictions nationales et par la Cour de justice de l’Union a démontré l’existence de différences. Plus concrètement, cette étude a permis de mettre en avant les cas d’application de la Charte dans lesquels l’interprétation est équivalente et les cas dans lesquelles elle diverge. Ces derniers se trouvent majoritairement en présence de mesures prévoyant une marge d’appréciation, l’étendue de la liberté laissée aux États membres étant difficile à évaluer. De même, des divergences se présentent lorsque le litige se produit entre l’entrée en vigueur d’une directive et l’expiration de son délai de transposition, les difficultés d’interprétation pouvant s’étendre en cas de transposition tardive. Les cas d’application de la Charte lors de limitations des libertés économiques ou de la citoyenneté ont été traités avec une interprétation globalement conforme à la jurisprudence de la Cour de justice, bien que légèrement plus restrictive.

482. Ces différences d’interprétation du champ d’application de la Charte sont souvent le reflet d’une « raison de mobiliser la Charte » – autrement appelé le critère d’interprétation – propre à chacun des acteurs¹⁵⁶⁶. Cette « raison de mobiliser la Charte » est fonction du rapport des États au droit de l’Union et aux droits fondamentaux. Le critère d’interprétation adopté par la Cour de justice est celui de la finalité du droit de l’Union. Il répond au sens même de la fonction de la Cour¹⁵⁶⁷. En effet, selon l’article 267 TFUE, cette dernière interprète les traités qui prévoient eux-mêmes une intégration toujours plus poussée. Son office doit donc être exécuté dans cette perspective de mouvement permanent, vers un rapprochement toujours plus étroit entre les États membres.

483. En France, l’interprétation du champ d’application de la Charte intervient dans le cadre d’une approche qui se rapporte aux droits humains et à leur caractère universel¹⁵⁶⁸. Elle peut être caractérisée de critère d’interprétation universaliste des droits fondamentaux. L’absence de catalogue *stricto sensu* dans la Constitution et la dimension philosophique de la DDHC ont en effet contribué à rendre les juridictions françaises perméables aux traités

¹⁵⁶⁶ P. DEUMIER, « Le champ d’application de la Charte entre droit de l’Union européenne et droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 392.

¹⁵⁶⁷ J.-P. PUISOCHET, S. GERVASONI, « Droit communautaire et droit national : à la recherche des situations de l’ordre interne », in : *Juger l’administration, administrer la justice. Mélanges en l’honneur de Daniel Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, p. 718-719.

¹⁵⁶⁸ P. DEUMIER, « Le champ d’application de la Charte entre droit de l’Union européenne et droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 398.

internationaux relatifs aux droits fondamentaux. Cette perméabilité est même devenue nécessaire à la protection de certains droits. L'essentiel se trouve ainsi dans la proclamation du droit et non dans les conditions matérielles qui l'accompagnent. Dans cette perspective, la Charte des droits fondamentaux de l'Union apparaît comme un nouvel outil à disposition. Le désengagement du Conseil constitutionnel, le désintérêt de la Cour de cassation et les difficultés du Conseil d'État à placer le curseur au bon endroit quant à l'interprétation du champ d'application de la Charte s'expliquent assurément par cette absence de culture contrainte, de systématique dans l'application des droits fondamentaux¹⁵⁶⁹. Claude Blumann estime en ce sens que « la question des droits de l'Homme se prête mal à la théorie des compétences »¹⁵⁷⁰. L'approche universaliste des juridictions françaises à l'égard des droits fondamentaux est donc en décalage avec les limites du champ d'application de la Charte et avec l'interprétation finaliste apportée par la Cour de justice. L'intérêt limité porté à l'article 51 de la Charte, l'application large qui peut être faite de ce texte, ainsi que la technique des petits pas afin de se rapprocher de l'interprétation défendue par la Cour de justice trouvent leur source dans ce décalage entre approche finaliste et approche universaliste des droits fondamentaux.

484. En Allemagne, l'addition d'un nouveau catalogue des droits fondamentaux au cœur de la Loi fondamentale, tout entière orientée vers la protection de la dignité humaine, nécessite d'organiser l'influence que la Charte est susceptible d'exercer afin de ne pas déstabiliser l'organisation de l'État dans son ensemble. La répartition des compétences entre droit national et droit de l'Union adoptée par le pouvoir législatif doit donc servir non seulement de référence, mais également de limite au champ d'application de la Charte. Dans le cas contraire, le droit de l'Union s'expose au risque de porter atteinte aux droits fondamentaux du citoyen allemand garantis par la Loi fondamentale. La théorie générale relative aux limitations du champ d'application de la Charte (*Trennungsthese*) développée par la Cour constitutionnelle fédérale visait ainsi à tracer une limite claire, prévisible et avant tout conforme à la répartition des compétences acceptée par les pouvoirs constituant et législatif. Dans ces conditions, le principe d'attribution des compétences fait office de critère d'interprétation du champ d'application de la Charte. Critère technique et figé, il contraste de manière saisissante avec les critères finaliste, qui détermine la jurisprudence de la Cour de justice, et universaliste, qui domine devant les juridictions françaises. La

¹⁵⁶⁹ En ce sens : D. CAPITANT, « Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union in der französischen Rechtsordnung », *op. cit.*, pt 13.

¹⁵⁷⁰ C. BLUMANN, « Les compétences de l'Union européenne en matière des droits de l'homme », *RAE*, 2006, n° 1, p. 12.

dernière décision en date de la Cour constitutionnelle fédérale d’Allemagne ne modifie pas ce critère mais l’assoupli sensiblement au moyen d’une équivalence des protections indexée sur la Loi fondamentale. Au lieu de freiner les évolutions, la nouvelle approche de la Cour constitutionnelle pourrait avoir pour objet de les devancer et d’offrir ainsi une interprétation « allemande » de la Charte visant à protéger les spécificités de l’ordre juridique allemand, peut-être au détriment de la liberté d’interprétation de la Cour de justice de l’Union et des vingt-six autres États membres. Devant la diversité des critères d’interprétation et les différences qu’elle engendre dans la détermination du champ d’application de la Charte, tout l’enjeu va finalement résider dans la manière de concilier ces contradictions.

Titre 4. La cohérence du champ d'application de la Charte à l'épreuve des divergences d'interprétation

485. Pour une même règle de droit, les interprétations sont susceptibles de diverger selon les auteurs de l'interprétation. Le champ d'application de la Charte en est un exemple notoire. Les divergences trouvent notamment leurs origines dans les différents critères d'interprétation qui président à l'exercice des contrôles auxquels se prêtent chacune des cours compétentes pour l'application du droit de l'Union. Appliquée dans vingt-sept ordres juridiques, en plus de l'ordre juridique de l'Union, le contenu de la Charte peut faire l'objet d'interprétations différentes. Pourtant, si l'on prend en compte les impératifs de sécurité juridique¹⁵⁷¹, d'effectivité¹⁵⁷², de l'application uniforme du droit de l'Union¹⁵⁷³ ou encore du principe de non-discrimination¹⁵⁷⁴, ces divergences pourraient se révéler problématiques. Dans le référentiel des ordres juridiques nationaux, il n'est pas envisageable d'appliquer une même norme de manière différente selon l'endroit et le juge devant lequel un citoyen se trouve. Au sein de l'Union, une telle situation reviendrait à protéger différemment un requérant selon l'endroit du territoire européen où il se trouve.

Toutefois, dans le système de l'Union composé de différents ordres juridiques, le réflexe national d'uniformité d'application du droit n'apparaît pas forcément comme le plus cohérent ou le plus souhaitable. Tant les solutions apportées par la Cour de justice pour faire face aux divergences d'interprétation du champ d'application de la Charte que les objectifs poursuivis par la Charte montrent que le réflexe d'uniformisation par la hiérarchie est de plus en plus souvent délaissé au profit d'une reconnaissance des différences. Cette reconnaissance se traduit juridiquement par des marges d'appréciation laissées aux différents acteurs et dont la fonction est d'*encadrer* les divergences, c'est-à-dire de

¹⁵⁷¹ Sur le principe de sécurité juridique, voir : J. MOLINIER, « Principes généraux », in : *Répertoire Dalloz de droit européen*, Mars 2011 (actualisation : avril 2018), §102 et s.

¹⁵⁷² Cf. *supra*, §85.

¹⁵⁷³ Cf. *supra*, §72.

¹⁵⁷⁴ Cf. *supra*, §2.

reconnaitre la pluralité des expériences vécues (et des solutions envisageables) sans pour autant laisser le champ totalement libre aux acteurs nationaux chargés d'interpréter le droit de l'Union. Les différences d'interprétation du champ d'application de la Charte sont ainsi moins abordées sous la forme contraignante d'anomalies devant être limitées ou corrigées que sous l'angle de leur ordonnancement dans un ordre pluraliste (Chapitre 7). Cette lecture que nous faisons des phénomènes en cours n'est pas isolée chez les spécialistes de droit européen, loin de là¹⁵⁷⁵ ; elle rejoint aussi les théories du pluralisme qui ont connu un essor important à l'occasion du débat relatif à la fragmentation du droit international¹⁵⁷⁶. Au regard des solutions apportées en pratique, telles que l'évitement systématique de confrontation entre les juges, les divergences d'interprétation du champ d'application de la Charte s'inscrivent dans un cadre d'acceptation des différences qui s'éloigne de la recherche de solution par voie de hiérarchie. Selon nous, les tendances à recourir à l'hétérarchie peuvent être renforcée dans la mesure où elles permettent de résoudre le problème soulevé par les divergences d'interprétation en partant du postulat que celles-ci ne sont pas nécessairement problématiques (Chapitre 8).

¹⁵⁷⁵ Voir par exemple : M. AVBELJ, J. KOMAREK (éd.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford, Oxford University Press, 2011 ; A. BERRAMDANE, « Considérations sur les perspectives de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne », *RDUE*, 2009, n° 3, p. 441-459 ; S. BESSON, « From European Integration to European Integrity : Should European Law Speak Just One Voice ? », *ELJ*, 2004, vol. 10, n° 3, p. 257-281 ; D. DERO-BUGNY, « La cohérence dans le système européen de protection des droits fondamentaux », in : *L'identité du droit de l'Union européenne. Mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 109-124 ; É. DUBOUT, « Le défi de la délimitation du champ de la protection des droits fondamentaux par la Cour de justice de l'Union européenne », *European Journal of Legal Studies* 6, 2013, n° 1, p. 16-19 ; C. GREWE, « L'impact de la protection internationale des droits de l'homme sur le droit constitutionnel comparé : flux et reflux », *RIDC*, 2016, n° 4, p. 936 et s. ; M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juge européen des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010 ; A. PETERS, « Rechtsordnungen und Konstitutionalisierung : Zur Neubestimmung der Verhältnisse », *ZÖR*, 2010, n° 3, p. 50 et s. ; N. WALKER, « The Idea of Constitutional Pluralism », *The Modern Law Review*, 2002, vol. 65, n° 3, p. 317-359.

¹⁵⁷⁶ Sur le sujet : A.-C. MARTINEAU, *Le débat sur la fragmentation du droit international : une analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, 2016 ; P. MUZNI, « Approches théoriques du pluralisme », in : M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juge européen des droits de l'homme*, op. cit., p. 13-31.

Chapitre 7. Les solutions d'ordonnancement mises en œuvre par la jurisprudence

486. Compte tenu des différents systèmes de protection des droits humains sur le territoire européen (CESDH, Charte des droits fondamentaux, droits fondamentaux nationaux), le risque d'absence complète de protection du citoyen en raison des divergences d'interprétation du champ d'application de la Charte doit être écarté. Ces divergences sont néanmoins susceptibles de provoquer une différence de protection entre citoyens de l'Union européenne. En effet, malgré leur équivalence, les droits fondamentaux de la Charte, les droits fondamentaux nationaux ou les droits protégés par la CESDH ne sont pas strictement identiques. Une interprétation plus ou moins extensive du champ d'application de la Charte conduirait donc à une protection légèrement différenciée selon que la Charte, les droits fondamentaux nationaux ou la CESDH soit finalement déclarée applicable.

L'interprétation différenciée du champ d'application de la Charte conduit à une concurrence des droits fondamentaux qui s'apparente à un conflit de normes. Ce conflit se définit, si l'on reprend les termes de Pascale Deumier, comme la question « de la règle applicable au litige dans une situation de concurrence normative. Cette question appelle un raisonnement qui se déroule en deux temps : premièrement, déterminer la norme applicable parmi les normes en concurrence ; deuxièmement, appliquer cette norme pour résoudre le litige. Le raisonnement conflictuel est celui du premier temps. Il repose sur un outil privilégié, la règle de conflit, qui [...] ne détermine pas le contenu du droit mais le titre d'application du droit »¹⁵⁷⁷. Le conflit de normes se caractérise donc par une « opération intellectuelle consistant pour le juriste à déterminer, parmi plusieurs normes en concurrence, celle qui est applicable au litige, en recourant à des outils spécifiques à cette opération »¹⁵⁷⁸. Le principe hiérarchique constitue à ce titre l'outil principal dans les ordres juridiques nationaux européens¹⁵⁷⁹. Ce principe s'inscrit dans une structure

¹⁵⁷⁷ P. DEUMIER, « Repenser les outils des conflits de normes entre systèmes », in : B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éd., 2016, p. 498. Voir également : D. BURCHARDT, *Die Rangfrage im europäischen Normenverbund : theoretische Grundlagen und dogmatische Grundzüge des Verhältnisses von Unionsrecht und nationalem Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, p. 342.

¹⁵⁷⁸ P. DEUMIER, *Ibid.*

¹⁵⁷⁹ La pyramide de Kelsen, fondement de la théorie positiviste (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. de la 2^{ème} éd. par C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1977), est encore dominante dans plusieurs États membres de l'Union européenne. Pour la France et l'Allemagne, voir : H.M. CRUCIS, *Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative française : contribution à l'étude du pouvoir normatif du juge de l'excès de*

constitutionnaliste et constitue un moyen d'uniformiser les interprétations afin de n'en consacrer qu'une applicable à tous. Pour ce faire, le juge compétent pour l'interprétation du champ d'application de la Charte, c'est-à-dire le juge en mesure d'avoir le dernier mot, doit être recherché. En effet, « une hiérarchie des juridictions clairement établie [...] serait “recomposante” du point de vue de l'unité du système juridique et plus avant de sa cohérence. En l'absence de cette hiérarchie juridictionnelle claire, le traitement de la divergence de jurisprudence va osciller entre la “politique de l'autruche” et un relatif mépris de la divergence »¹⁵⁸⁰.

Les spécificités que renferment l'ordre juridique de l'Union et ses liens avec les ordres juridiques des États membres rendent toutefois complexe le recours au principe hiérarchique et à un modèle de type constitutionnaliste dans la détermination du champ d'application de la Charte (Section 1). Afin de contourner ces difficultés, la Cour de justice a développé des solutions qui empruntent à un modèle hétérarchique d'organisation des ordres juridiques (Section 2).

Section 1. L'échec des solutions d'unification par hiérarchisation

487. Recours au principe hiérarchique pour l'unification de l'interprétation. La différence d'interprétation du champ d'application de la Charte entre les différentes cours est susceptible d'impliquer une différence de protection des citoyens européens et de porter ainsi atteinte à toute une série de garanties, telles que la sécurité juridique ou encore l'unité du droit de l'Union. Conformément au paradigme prévalant dans les ordres juridiques européens, la résolution de ces différences est d'abord envisagée avec l'uniformisation des interprétations par le prisme du recours au principe hiérarchique¹⁵⁸¹. Selon Jean-François Lachaume, « la notion de hiérarchie des actes joue un rôle capital dans la construction et

pouvoir, Paris, LGDJ, 1991, p. 142 ; Y. VILAIN, « (§3) Verfassungsprinzipien », in : N. MARSCH, Y. VILAIN, M. WENDEL (éd.), *Französisches und Deutsches Verfassungsrecht*, Berlin, Springer, 2015, p. 99 et s.

¹⁵⁸⁰ B. BONNET, « Le traitement des divergences de jurisprudence entre le Conseil d'État français et la Cour européenne des droits de l'homme : trois exemples en forme d'illustration », in : P. ANCEL, M.-C. RIVIER (dir.), *Les divergences de jurisprudence*, Saint-Étienne, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2003, p. 275.

¹⁵⁸¹ En ce sens : A. BOUVERESSE, « L'effectivité comme argument d'autorité de la norme », in : A. BOUVERESSE, D. RITLÉNG (dir.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Paris, Bruylant, 2018, p. 81 ; O. LEPSIUS, « Grundrechtspluralismus in Europa », in : J. MASING, M. JESTAEDT, D. CAPITANT et al. (éd.), *Strukturfragen des Grundrechtsschutzes in Europa*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, p. 60.

l’explication de l’ordre juridique. C’est par elle que se combinent, s’ordonnent, s’harmonisent au sein d’un système juridique les différentes sources de droit »¹⁵⁸². Ce principe vise à consacrer un interprète officiel sur une question donnée afin que sa jurisprudence essaime devant l’ensemble des juridictions. La norme objet d’interprétations plurielles trouve ainsi son unification par le haut au moyen d’une « pyramide de validité ».

Concernant l’interprétation du champ d’application de la Charte, il s’agit de déterminer la juridiction susceptible de se prononcer en dernier ressort lorsque le droit dérivé de l’Union est mis en œuvre ou appliqué par le droit national et qu’une différence entre les droits fondamentaux nationaux et de la Charte conduit à une divergence d’interprétation. Cette divergence peut être due à une différence d’étendue de la protection garantie par un droit fondamental (*Schutzbereich*) ou à une différence des possibilités de justification de l’atteinte au droit fondamental¹⁵⁸³. Dans ces situations, la Cour de justice de l’Union se dispute la compétence du « dernier mot » avec les cours constitutionnelles des États membres.

488. « Dernier mot » en faveur de la Cour de justice de l’Union. Du point de vue du droit de l’Union, l’unique fondement de validité du droit dérivé est le droit primaire européen¹⁵⁸⁴. Or, l’article 19§1 seconde phrase du TUE énonce que la Cour « assure le respect du droit dans l’interprétation et l’application des traités ». La Cour de justice en a donc déduit sa compétence exclusive pour assurer le respect du droit de l’Union et l’autonomie de cet ordre juridique¹⁵⁸⁵. Une telle conclusion emporte notamment trois conséquences. La Cour de justice dispose du pouvoir de faire prévaloir le droit de l’Union sur le droit national¹⁵⁸⁶. Pour ce faire, elle dispose également du dernier mot vis-à-vis des juridictions nationales concernant le contrôle de la conformité des actes du droit de l’Union aux droits fondamentaux et aux compétences de l’Union¹⁵⁸⁷. Enfin, au titre de l’interprétation et de l’application uniformes du droit de l’Union, ses décisions ont un

¹⁵⁸² J.F. LACHAUME, *La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public français*, Paris, LGDJ, 1966, p. 1, cité par H.M. CRUCIS, *Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative française*, op. cit., p. 1.

¹⁵⁸³ M. BÜDENBENDER, *Das Verhältnis des Europäischen Gerichtshofs zum Bundesverfassungsgericht*, Cologne, Carl Heymanns Verlag, 2005, p. 142 et s. ; O. LEPSIUS, « Grundrechtspluralismus in Europa », op. cit., p. 49-51.

¹⁵⁸⁴ A. PETERS, « Par-delà la hiérarchie des ordres juridiques – Le pluralisme ordonné vu d’Allemagne », in : B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, op. cit., p. 1640.

¹⁵⁸⁵ En ce sens également : M. BÜDENBENDER, *Das Verhältnis des Europäischen Gerichtshofs zum Bundesverfassungsgericht*, op. cit., p. 46.

¹⁵⁸⁶ CJCE, 19 juin 1990, aff. C-213/89, *The Queen c/ Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*, pts 18-23. Sur la primauté du droit de l’Union, voir : C. FRANZIUS, « 70 Jahre Grundgesetz und Europa : Passt das zusammen ? », *EuR*, 2019, n° 4, p. 369-372.

¹⁵⁸⁷ CJCE, 22 oct. 1987, aff. C-314/85, *Foto Frost c/ Hauptzollamt Lübeck-Ost*, pts 12-20.

caractère contraignant, notamment pour les juridictions nationales¹⁵⁸⁸. De ces conséquences naissent toute une série d'arguments pour un droit de la Cour de justice à décider en dernier ressort de l'application du droit de l'Union, et plus spécifiquement du champ d'application de la Charte. L'argument tenu pour fondamental conçoit l'article 19§1 du TUE comme une habilitation à rendre la dernière décision contraignante concernant la conformité d'une norme aux droits fondamentaux et aux compétences de l'Union. Dans cette perspective, les cours constitutionnelles seraient contraintes de respecter la jurisprudence de la Cour de justice, étant donné qu'elles font partie intégrante du pouvoir judiciaire des États membres¹⁵⁸⁹.

489. « Dernier mot » en faveur des cours constitutionnelles. Du point de vue national, le fondement de validité du droit de l'Union réside essentiellement dans le droit constitutionnel. Plusieurs cours suprêmes – constitutionnelles notamment – revendiquent à ce titre le droit au « dernier mot » dans l'application du droit de l'Union afin de pouvoir l'écarter en cas de violation du droit constitutionnel national ou d'aspects essentiels de celui-ci¹⁵⁹⁰. Ce raisonnement repose sur le postulat selon lequel les cours constitutionnelles détiennent le titre d'interprètes officiels des textes constitutionnels nationaux. La pénétration du droit de l'Union dans les ordres juridiques nationaux étant autorisée par ces mêmes constitutions en France et en Allemagne, les cours constitutionnelles sont tenues d'avoir le dernier mot sur l'application du droit de l'Union. En d'autres termes, la porte d'entrée ouverte au droit de l'Union par les constitutions doit pouvoir se refermer sur simple interprétation de non-conformité¹⁵⁹¹. À l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union défendu par la Cour de justice s'oppose ainsi la dépendance de l'ordre juridique de l'Union par rapport aux ordres juridiques nationaux défendue par plusieurs cours constitutionnelles nationales¹⁵⁹².

En France, le Conseil constitutionnel n'a pas posé d'opposition franche à l'application du droit de l'Union en raison d'une divergence entre les droits fondamentaux nationaux et les droits fondamentaux de l'Union¹⁵⁹³. Il a essentiellement développé une « solution

¹⁵⁸⁸ CJCE, 6 oct. 1982, aff. C-283/81, *CILFIT c/ Ministero della Sanità*, pts 5-12 ; M. BÜDENBENDER, *Das Verhältnis des Europäischen Gerichtshofs zum Bundesverfassungsgericht*, *op. cit.*, p. 46.

¹⁵⁸⁹ M. BÜDENBENDER, *Ibid.*, p. 179. Sur la question de la primauté du droit de l'Union : D. BURCHARDT, *Die Rangfrage im europäischen Normenverbund*, *op. cit.*, p. 67 et s.

¹⁵⁹⁰ A. PETERS, « Par-delà la hiérarchie des ordres juridiques ... », *op. cit.*, p. 1640. Voir également : C. FRANZIUS, « 70 Jahre Grundgesetz und Europa : Passt das zusammen ? », *op. cit.*, p. 372-377.

¹⁵⁹¹ Sur la question de la primauté du droit national : D. BURCHARDT, *Die Rangfrage im europäischen Normenverbund*, *op. cit.*, p. 101 et s.

¹⁵⁹² *Ibid.*, p. 347.

¹⁵⁹³ Sur la raison de cette absence d'opposition : Cf. *supra*, §352. , 362. et 366.

d’équilibrisme » visant à éviter un conflit ouvert en « rédui[sant] les hypothèses de confrontation entre la Constitution et la norme européenne »¹⁵⁹⁴. Pour autant, la perspective d’une revendication plus explicite du droit au dernier mot ne peut être totalement exclue¹⁵⁹⁵.

En Allemagne, le débat sur le « droit de décider en dernier » (*Letztentscheidungsrecht*) se manifeste plus âprement¹⁵⁹⁶. La Cour constitutionnelle fédérale, compétente pour interpréter la Loi fondamentale et assurer son respect au titre des articles 93 et suivants, juge que les traités européens disposent de la même valeur que la loi d’intégration qui les fait pénétrer dans l’ordre juridique allemand. Les dispositions intangibles de la Loi fondamentale sont donc supérieures aux traités européens et une décision de la Cour de justice de l’Union contraire à ces dispositions intangibles doit être rendue inapplicable en Allemagne¹⁵⁹⁷. En ce sens, le droit de l’Union ne doit pas dépasser le cadre dégagé par les articles 23 et 79§2 et 3 LF, sous peine de ne plus bénéficier d’une valeur contraignante au sein de l’ordre juridique allemand¹⁵⁹⁸. En effet, l’article 23§1 LF ne se réduit pas à « une simple disposition théorique » (« *einen bloßen Programmsatz* »), mais forme « une norme juridiquement contraignante avec un caractère réglementaire » (« *eine rechtlich verbindliche Norm mit Regelungscharakter* ») qui s’adresse également à la Cour constitutionnelle fédérale en tant qu’organe de la République fédérale d’Allemagne¹⁵⁹⁹. Dans les situations où la mise en œuvre ou l’application du droit de l’Union, malgré sa conformité à la Charte, conduirait à une violation des droits fondamentaux de la Loi fondamentale, la Cour constitutionnelle rejette toute application du droit de l’Union. Elle revendique à ce titre le droit au « dernier mot » afin d’assurer les garanties de la constitution nationale, notamment en ce qu’elles limitent le droit de l’Union.

¹⁵⁹⁴ L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN *et al.*, *Droit constitutionnel*, 22^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2019, p. 206. En ce sens également : C. DE ARANJO, *Justice constitutionnelle et justices européennes des droits de l’homme. Étude comparée France-Allemagne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 285 et s.

¹⁵⁹⁵ É. DUBOUT, B. NABLI, *Droit français de l’intégration européenne*, Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2015, p. 171-172.

¹⁵⁹⁶ Voir notamment : M. BOROWSKI, in : J. MEYER (éd.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4^{ème} éd., Baden-Baden, Nomos, 2014, Art. 51, pts 718 et s. ; D. BRODOWSKI, « Die drohende Verletzung von Menschenrechten bei der Anerkennung Europäischer Haftbefehle auf dem Prüfstand : Die zweifelhafte Aktivierung der Verfassungsidentität durch das BVerfG und eine Kurskorrektur in der Rechtsprechung des EuGH », *JR*, 2016, n° 8, p. 415-432 ; M. BÜDENBENDER, *Das Verhältnis des Europäischen Gerichtshofs zum Bundesverfassungsgericht*, *op. cit.*, notamment p. 134-135 ; C.D. CLASSEN, in : H. von MANGOLDT, F. KLEIN, C. STARCK (éd.), *Das Bonner Grundgesetz*, vol. 2, 7^{ème} éd., C.H. Beck, Munich, 2018, Art. 23, pt 54 ; A. HATJE, in : J. SCHWARZE (éd.), *EU-Kommentar*, 4^{ème} éd., Baden-Baden, Nomos, 2019, Art. 51 GR-Charta, pt 13 ; M.W. HUFF, « Versöhnlich im Ton – durchaus hart in der Sache » [en ligne], *Legal Tribune Online*, 10 juin 2011, disponible sous : www.lto.de/recht/hintergruende/h/verhaeltnis-bverfg-und-eugh-versoehnlich-im-ton-durchaus-hart-in-der-sache/

¹⁵⁹⁷ M. BÜDENBENDER, *Das Verhältnis des Europäischen Gerichtshofs zum Bundesverfassungsgericht*, *op. cit.*, p. 180-181.

¹⁵⁹⁸ BVerfG, 8 avril 1987, décision n° 2 BvR 687/85, *Kloppenburger*, BVerfGE 75, 223. En ce sens : *Ibid.*

¹⁵⁹⁹ *Ibid.*, p. 182.

490. Problème posé par la structure spécifique de l'Union européenne. À l'égard de ces arguments, la Cour de justice de l'Union comme la Cour constitutionnelle fédérale refusent toutes deux de transiger¹⁶⁰⁰. La désignation de l'interprète en dernier ressort est ainsi rendue délicate, dès lors que les spécificités organisationnelles de l'Union ne s'inscrivent pas dans un tel schéma. L'Union « représente moins un étage supplémentaire de l'édifice étatique qu'un principe d'organisation transnational qui en bouleverse la composition ». Elle « interfère à tous les niveaux de notre vie quotidienne et transforme en profondeur nos ordres juridiques »¹⁶⁰¹. L'enchevêtrement des compétences entre ordre juridique national et ordre juridique de l'Union est total : selon l'article 5 du TUE, les compétences exclusives de l'Union côtoient un grand nombre de compétences partagées entre Union et États membres, lesquelles peuvent conduire à une application simultanée du droit national et du droit européen pour une même situation, rendant le risque de collision important¹⁶⁰². Cet enchevêtrement des compétences est renforcé par l'enchevêtrement des normes : l'exercice par l'Union de ses compétences exclusives est en réalité imprégné des préoccupations et intérêts des États par le biais des différentes institutions européennes¹⁶⁰³. Plus encore, il revient essentiellement aux États de mettre en œuvre et d'appliquer le droit de l'Union (les règlements et directives notamment). Ce double enchevêtrement imbrique nécessairement les ordres juridiques nationaux et de l'Union. Par conséquent, « L'Union prend, de plus en plus, l'allure d'un ensemble de réseaux horizontaux »¹⁶⁰⁴. Ces réseaux peuvent être judiciaire, exécutif, parlementaire, *etc.*¹⁶⁰⁵ et requalifient les rapports entre ordres juridiques en termes de « pouvoirs partagés », « d'interdépendance » ou de « coordination » des citoyennetés, des espaces politiques, des souverainetés ou encore des hiérarchies normatives¹⁶⁰⁶. L'Union européenne et les États membres ne constitue pas un seul et même ordre juridique organisé selon une hiérarchie définie, mais plutôt un système composé de différents ordres juridiques interdépendants.

¹⁶⁰⁰ M.W. HUFF, « Versöhnlich im Ton – durchaus hart in der Sache », *op. cit.*

¹⁶⁰¹ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 65 et 76.

¹⁶⁰² M. BÜDENBENDER, *Das Verhältnis des Europäischen Gerichtshofs zum Bundesverfassungsgericht*, *op. cit.*, p. 10 ; F.-X. MILLET, « L'ordre juridique international et les doctrines constitutionnalistes : au-delà du monisme et du dualisme », in : É. LAGRANGE, A. HAMANN, J.-M. SOREL (dir.), *Si proche, si loin, la pratique du droit international en France et en Allemagne*, Paris, Société de législation comparée, 2012, p. 38.

¹⁶⁰³ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 75.

¹⁶⁰⁴ P. MAGNETTE, « L'intégration par la coopération. Un nouveau modèle de construction européenne ? », in : P. MAGNETTE, É. REMACLE (éd.), *Le nouveau modèle européen*, vol. 1 : Institutions et gouvernance, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 14.

¹⁶⁰⁵ *Ibid.*, p. 25 et s.

¹⁶⁰⁶ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 75-76. En ce sens également : O. LEPSIUS, « Grundrechtspluralismus in Europa », *op. cit.*, p. 63.

491. Impossible hiérarchisation. Sous l'angle du perspectivisme, c'est-à-dire d'une prise en compte de la pluralité des perspectives¹⁶⁰⁷, tant la Cour de justice de l'Union que les cours constitutionnelles présentent des justifications convaincantes pour détenir le droit au dernier mot et dominer ainsi le reste de la hiérarchie. Cette pluralité des légitimités est rendue possible par le fait qu'« il n'existe pas de point de vue divin », absolument extérieur, « que nous pourrions connaître ou imaginer utilement ; il y a uniquement les différents points de vue des personnes réelles qui reflètent les divers intérêts et buts que servent leurs descriptions et théorie »¹⁶⁰⁸. Dans leurs ordres juridiques respectifs, chacune des cours conserve ainsi toute légitimité pour interpréter en dernier ressort le droit de l'Union.

Les spécificités de la structure européenne empêchent de recomposer une hiérarchie au niveau européen. Le système de l'Union repose en effet d'une part sur des balances entre intérêts, au sein desquelles les principes de primauté, de subsidiarité ou encore de proportionnalité jouent le rôle de régulateurs, et d'autre part sur certaines ambiguïtés de la règle, telle que l'absence de réponse à la question du détenteur du pouvoir du dernier mot. Ces deux composantes permettent de donner suffisamment de latitude afin de maintenir un équilibre entre les forces, malgré des conjonctures qui évoluent. Le système de l'Union européenne étant organisé de manière à ne pas avoir recours au principe hiérarchique, son utilisation comme règle de conflit se révèle dès lors impossible. Ainsi, l'absence de hiérarchie entre les différents droits fondamentaux conduit à une absence de hiérarchie entre les cours suprêmes chargées de leur interprétation¹⁶⁰⁹. La coexistence de ces cours prend, selon les termes de Mireille Delmas-Marty, la forme de « hiérarchies discontinues »¹⁶¹⁰ rendant « La question de l'autorité respective du droit de l'Union européenne et de la Constitution nationale [...] objet d'un débat sans fin »¹⁶¹¹. Elle est qualifiée d'« aporie » car, « selon le point de vue adopté, la solution du conflit norme constitutionnelle/norme

¹⁶⁰⁷ A. PETERS, « Par-delà la hiérarchie des ordres juridiques ... », *op. cit.*, p. 1641.

¹⁶⁰⁸ H. PUTNAM, *Reason, Truth and History*, Londres, Cambridge University Press, 1982 (réimpression 1997), p. 50, traduction de A. PETERS, « Par-delà la hiérarchie des ordres juridiques ... », *op. cit.*, p. 1642.

¹⁶⁰⁹ O. LEPSIUS, « Grundrechtspluralismus in Europa », *op. cit.*, p. 63 ; S. PLATON, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, Paris, LGDJ, 2008, p. 520-553 ; H. SAUER, « Bausteine eines Grundrechtskollisionsrechts für das europäische Mehrebenensystem », *EuGRZ*, 2011, n° 8-9, p. 195 ; R. TINIERE, « Pluralisme juridictionnel et protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne », in : M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juge européen des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 358.

¹⁶¹⁰ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, Éd. du Seuil, 1994, p. 92-93 : « En droit interne, la chaîne s'interrompt entre la Cour de cassation et le Conseil d'État, comme entre l'une et l'autre juridiction et le Conseil constitutionnel ; en droit européen, entre la Cour de justice des communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme ; enfin, du droit interne au droit européen, il y a aussi interruption entre le Conseil constitutionnel et les cours européennes ».

¹⁶¹¹ É. DUBOUT, B. NABLI, *Droit français de l'intégration européenne*, *op. cit.*, p. 161 et s.

européenne, ne sera pas la même »¹⁶¹². Par conséquent, « le principe hiérarchique ne fournit pas ou plus de solution adéquate » pour le droit de l'Union¹⁶¹³. De plus, dans un tel système, la « bonne » interprétation du champ d'application de la Charte sera celle susceptible d'être la mieux appliquée par l'ensemble de ces cours. L'expression des différents avis, conditionnés aux différentes perspectives, est donc nécessaire afin de tendre vers l'interprétation la plus acceptable par chacune¹⁶¹⁴.

492. Conclusion. Devant l'impossibilité de résoudre la question du détenteur du dernier mot, le recours au critère hiérarchique et la recherche d'unification doivent être laissés de côté. Plus encore, si une réponse venait à être trouvée, elle risquerait de perturber profondément le fonctionnement et l'équilibre actuel de l'Union. C'est probablement la raison pour laquelle la Cour de justice n'a pas cherché de solutions à ce débat mais des moyens d'atténuer les effets négatifs des divergences d'interprétation et de les organiser. La question des interprétations divergentes du champ d'application de la Charte doit donc être traitée autrement. L'approche de la Cour de justice témoigne du nouveau rôle dévolu aux juges dans l'organisation des rapports entre ordres juridiques. Prenant en compte « les considérations systémiques et les contraintes institutionnelles (plutôt que textuelles) »¹⁶¹⁵, les décisions de justice se révèlent d'une nature pragmatique, fonctionnel et dynamique afin d'« aménage[r] les conditions [d'une] collaboration pacifique [entre les cours] »¹⁶¹⁶. Elles prennent une place de plus en plus dominante dans la construction des rapports en apportant des solutions de type réaliste aux conflits de systèmes posés par l'intégration européenne¹⁶¹⁷. L'absence de réponse au débat sur le droit au dernier mot pourrait d'ailleurs constituer un début de réponse, dès lors qu'elle serait volontaire et viserait à maintenir l'exercice d'une diplomatie entre les cours. Le devoir de diplomatie qui en découlerait conduirait à maintenir l'équilibre au fil des évolutions du droit. Cette hypothèse se vérifie dans diverses solutions apportées par la Cour de justice de l'Union en présence de divergences relatives à l'interprétation du champ d'application de la Charte.

¹⁶¹² L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN *et al.*, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 205.

¹⁶¹³ *Ibid.* En ce sens également : L. BURGOGUE-LARSEN, « Cour de justice et cours constitutionnelles ou le temps complexe du dialogue », in : G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES (dir.), *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne*, Paris, Société de législation comparée, 2012, p. 274-275 ; M. LUDWIGS, P. SIKORA, « Der Vorrang des Unionsrechts unter Kontrollvorbehalt des BVerfG », *EWS*, 2016, n° 3, p. 131 ; F.-X. MILLET, « L'ordre juridique international et les doctrines constitutionnalistes ... », *op. cit.*, p. 38.

¹⁶¹⁴ En ce sens : D. BURCHARDT, *Die Rangfrage im europäischen Normenverbund*, *op. cit.*, p. 348-349.

¹⁶¹⁵ F.-X. MILLET, *Ibid.*, p. 49.

¹⁶¹⁶ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 67-68.

¹⁶¹⁷ *Ibid.*, p. 97-98.

Section 2. L’application de solutions de type hétérarchique

493. Les divergences d’interprétation du champ d’application de la Charte qui se sont présentées de manière éparse devant la Cour de justice de l’Union ont été traitées par elle sans toujours recourir au principe hiérarchique à titre principal. Dans l’hypothèse où la Cour de justice aurait déclaré être en mesure d’avoir le dernier mot dans la distinction entre situations nationales et situations entrant dans le champ d’application du droit de l’Union, le risque de conflit irréductible avec les cours constitutionnelles aurait été trop grand.

En droit international privé, matière également confrontée à des questions de rapports entre ordre juridique, il semble que la règle hiérarchique soit progressivement écartée. Pascale Deumier écrit ainsi que « La règle de conflit classique impliquant la reconnaissance de la supériorité d’un système, c’est une règle de conflit à coloration matérielle plus souple qui rallie les juges de différents systèmes »¹⁶¹⁸. « [L]e point de départ de la construction de la solution n’est plus celui des ordres juridiques, et de la meilleure coordination entre eux, mais celui de la situation litigieuse, et de la meilleure solution matérielle pour elle. Dans les rapports de systèmes, les situations de blocage entre normes constitutionnelles et européennes touchant aux droits fondamentaux, le résultat recherché va être celui du niveau de protection. En garantissant la même protection substantielle, la question de la référence formelle à la norme constitutionnelle ou européenne devient plus indifférente »¹⁶¹⁹. Concrètement, cette règle se rapproche d’un examen de l’équivalence des protections.

De la même manière, les solutions apportées par la Cour de justice de l’Union s’inscrivent dans la recherche d’une règle de conflit autre que la règle hiérarchique. Ces solutions puisent leur source dans un fondement distinct, qui laisse à chacune des juridictions leur libre-arbitre. Elles se traduisent par la reconnaissance d’équivalences de protections comme règle de conflit de normes (§1), mais aussi par la création et le maintien d’un dialogue permanent entre les juges (§2).

¹⁶¹⁸ P. DEUMIER, « Repenser les outils des conflits de normes entre systèmes », *op. cit.*, p. 508-509.

¹⁶¹⁹ *Ibid.*

§1- L'équivalence comme règle de conflit de normes

494. Parmi la multitude de règles de conflit de normes existantes¹⁶²⁰, la règle de l'équivalence avec la CESDH et les droits fondamentaux nationaux est inscrite aux articles 52§3 et 4 et 53 de la Charte. Elle prime tant dans l'interprétation des droits fondamentaux que s'agissant des différences d'interprétation du champ d'application de la Charte¹⁶²¹. Formulée par la décision *M & Co* rendue en 1990 par la CEDH¹⁶²², la protection équivalente permet de ne pas rechercher l'uniformité et de laisser à chaque acteur une marge d'appréciation¹⁶²³. Elle se traduit par une application parallèle des différents droits fondamentaux et se fonde sur une présomption d'équivalence des protections, c'est-à-dire « une protection comparable, mais non identique »¹⁶²⁴. La conséquence directe de l'équivalence des protections est la reconnaissance d'« une certaine forme d'immunité directe ou indirecte à un acte »¹⁶²⁵. Néanmoins, l'équivalence pose la difficulté de sa mesure¹⁶²⁶ : lorsque deux droits fondamentaux se trouvent en opposition, « un “plus” de protection d'un côté cause un “moins” de protection de l'autre »¹⁶²⁷. La balance à effectuer peut dès lors se révéler délicate.

Selon l'analyse de Sébastien Platon, la règle de conflit de l'équivalence n'a « d'utilité que dans la mesure où [les] rapports [de systèmes] sont susceptibles de dégénérer non pas simplement en conflits de normes – car les conflits de norme sont en eux-mêmes des phénomènes “normaux”, face auxquels le droit n'est pas désarmé – mais en conflits de normes *insolubles* faute d'une règle de résolution du conflit qui soit *commune* aux systèmes

¹⁶²⁰ S.U. COLELLA, *La restriction des droits fondamentaux dans l'Union européenne : notions, cadre et régime*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 131 et s.

¹⁶²¹ M. GUYOMAR, « La recherche de l'harmonie entre normes internes et européennes : repenser l'équivalence », in : B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, op. cit., p. 586.

¹⁶²² Comm. EDH, déc., 9 fév. 1990, Req. n° 13258/87, *M. & Co*.

¹⁶²³ Sur la marge d'appréciation, voir : C. NIVARD, « Marge nationale d'appréciation et pluralisme dans la jurisprudence de la Cour de justice de Luxembourg », in : M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juge européen des droits de l'homme*, op. cit., p. 169-188. Voir également : F. SUDRE, « Le pluralisme saisi par le juge européen », in : M. LEVINET (dir.), *Ibid.*, p. 51-52.

¹⁶²⁴ J.-P. JACQUE, « Quelques considérations sur les rapports de systèmes entre ordres juridiques en Europe », in : B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, op. cit., p. 1129. En ce sens également : F.-X. MILLET, « Réflexions sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux », *RFDA*, 2012, n° 2, p. 307-308.

¹⁶²⁵ S. PLATON, « Le principe de protection équivalente. À propos d'une technique de gestion contentieuse des rapports entre systèmes », in : L. POTVIN-SOLIS (dir.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 470.

¹⁶²⁶ F.-X. MILLET, « Réflexions sur la notion de protection équivalente », op. cit., p. 311.

¹⁶²⁷ G. LÜBBE-WOLFF, « Cour Européenne des Droits de l'Homme et juridiction nationale : l'affaire Görgülü » [en ligne], Conférence donnée à l'université Robert Schuman à Strasbourg pour l'Association de Prospective Rhénane le 21 mars 2007, p. 9, disponible sous : www.apr-strasbourg.org/docutheques/cour-europeenne-des-droits-de-lhomme-et-juridiction-nationale-laffaire-gorgulu/

en présence »¹⁶²⁸. C’est en ce sens que la Cour a reconnu cet outil et établi l’équivalence des protections entre la Charte et la CESDH (A). Or, l’adhésion à l’Union par les États membres étant conditionnée à la ratification de la CESDH, la protection accordée par eux est au moins égale à celle de la Convention. Il paraît dès lors vraisemblable que cette équivalence entre droits fondamentaux nationaux et CESDH ait contribué à la reconnaissance d’une équivalence de protection entre la Charte et les droits fondamentaux nationaux (B).

Également mis à profit par la Cour, le principe de proportionnalité se conçoit comme une règle de conflit¹⁶²⁹. S’il est particulièrement usité lorsque deux droits fondamentaux se trouvent confrontés, son utilisation pour la détermination du champ d’application de la Charte reste toutefois marginale et ne sera pas traitée¹⁶³⁰.

A) La CESDH, seuil commun de protection

495. Garantie d’un seuil minimal par la CESDH. Selon son préambule, la CESDH vise « à prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle [des droits de l’Homme] ». Pour la Cour de justice de l’Union¹⁶³¹ comme pour nombre d’auteurs¹⁶³², ce mécanisme vise à instaurer un niveau minimum de protection des droits humains en Europe, que les États ou groupements d’États sont susceptibles de dépasser. Jean-Marc Sauvé juge qu’« Il n’est d’ailleurs pas rare que les États fixent des niveaux de protection supérieurs aux standards minimums imposés par la Convention européenne des droits de l’homme, ce que la Cour de Strasbourg admet sans difficulté »¹⁶³³. Il n’en va pas différemment de l’Union européenne, dont la Charte des droits fondamentaux est très largement inspirée de la CESDH.

¹⁶²⁸ S. PLATON, « Le principe de protection équivalente ... », *op. cit.*, p. 469 (nous soulignons).

¹⁶²⁹ *Ibid*, p. 393 et s.

¹⁶³⁰ Cf. *supra*, §279. En ce sens également : D. SZYMCAK, « Le principe de proportionnalité comme technique de conciliation des droits et libertés en droit européen », in : L. POTVIN-SOLIS (dir.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, *op. cit.*, p. 445-461.

¹⁶³¹ K. LENAERTS, Discours prononcé lors de l’Audience solennelle à l’occasion de l’ouverture de l’année judiciaire 2018 de la CEDH à Strasbourg, disponible sous : https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2018_FRA.pdf/

¹⁶³² J.-L. SAURON, « Le traitement des divergences de jurisprudence – La question en droit communautaire et européen », in : P. ANCEL, M.-C. RIVIER (dir.), *Les divergences de jurisprudence*, *op. cit.*, p. 286.

¹⁶³³ J.-M. SAUVE, « La protection européenne des droits fondamentaux » [en ligne], intervention à l’Université catholique de Lyon le 31 janvier 2017, disponible sous : www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/La-protection-europeenne-des-droits-fondamentaux#_ftnref150

496. Reconnaissance formelle de l'équivalence entre la CESDH et la Charte. Cette inspiration, loin d'être dissimulée, a été formellement consacrée aux articles 52§3 et 53 de la Charte en plus d'être inscrite à l'article 6 du TUE. Non seulement la Charte ne peut offrir une protection inférieure à celle garantie par la Convention, mais cette protection ne peut également être inférieure à l'interprétation de la CEDH. Sur ce fondement, la reconnaissance d'une équivalence entre la CESDH et la Charte est aisée. La CEDH l'a constaté dans sa décision *Bosphorus* du 30 juin 2005 en prêtant au droit de l'Union une présomption de conformité avec la Convention¹⁶³⁴. Cette solution, proche de la décision *Solange II* de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne¹⁶³⁵, prévoit toutefois un renversement de la présomption si « la protection des droits garantis par la Convention était entachée d'une insuffisance manifeste »¹⁶³⁶.

Quant à la Cour de justice de l'Union, elle réaffirme l'équivalence des protections entre la Convention et la Charte à chaque décision mettant en jeu un droit fondamental protégé par ces deux textes. Elle veille ainsi à ce que son interprétation de la Charte « assure un niveau de protection qui ne méconna[isse] pas celui garanti » par la Convention¹⁶³⁷. La recherche d'équivalence est toutefois pratiquée de manière parfois abusive, lorsque la Cour de justice n'hésite pas à anticiper une éventuelle décision de la CEDH en interprétant la position qu'elle pourrait un jour être amenée à prendre, alors que la jurisprudence sur la question n'apparaît pas évidente en tous points. Les équivalences du droit à un recours effectif, du droit au procès équitable et des droits de la défense reconnues par la Cour de justice entre la CESDH et la Charte dans l'arrêt *Melloni*¹⁶³⁸ pourraient être de celles-là¹⁶³⁹.

La reconnaissance de l'équivalence entre la CESDH et la Charte par les juridictions nationales n'apparaît pas indispensable, étant donné que la CEDH et la CJUE y ont déjà procédé. Une adhésion à cette équivalence peut toutefois être déduite du « phénomène de

¹⁶³⁴ CEDH, GC, 30 juin 2005, Req. n° 45036/98, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlande*, paragraphes 156 et s.

¹⁶³⁵ Cf. *supra*, §386.

¹⁶³⁶ CEDH, GC, 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlande*, *prec.*, paragraphe 156.

¹⁶³⁷ Par exemple : CJUE, 26 sept. 2018, aff. C-180/17, *X et Y*, pt 31. Selon Francesco Martucci et Dominique Ritleng, l'équivalence des protections entre la Charte et la CEDH a été largement favorisée par le recours aux principes généraux pour développer une protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : F. MARTUCCI, D. RITLENG, « L'Union européenne devant le prétoire de la Cour européenne des droits de l'Homme », in : L. DUBIN, M.-C. RUNAVOT, *Le phénomène institutionnel international dans tous ses états : transformation, déformation ou reformation ?*, Actes du colloque des 13 et 14 juin 2013, Paris, Pédone, 2014, p. 179.

¹⁶³⁸ CJUE, GC, 26 fév. 2013, aff. C-399/11, *Melloni*, pt 50.

¹⁶³⁹ É. DUBOUT, « Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : unitarisme constitutif versus pluralisme constitutionnel – Réflexions autour de l'arrêt Melloni », *Cahiers de droit européen*, 2013, n° 2, p. 300-301.

combinaison des fondements »¹⁶⁴⁰ : l’invocation commune des droits fondamentaux de la CESDH et de la Charte dans un même argument pourrait signifier que les deux consécutions du droit en cause sont équivalentes.

497. Équivalence CESDH-Charte comme fondement de l’équivalence droits fondamentaux nationaux-Charte. Tous les États membres de l’Union ayant adhéré à la CESDH, la protection des droits fondamentaux par les constitutions de ces États est au moins égale à celle de la Convention. Étant donné que cette dernière est elle-même jugée équivalente à la protection accordée par la Charte, cette équivalence pourrait fonder l’équivalence de protection entre droits fondamentaux nationaux et droits fondamentaux de la Charte. À ce titre, l’adhésion de l’Union à la Convention n’apparaît pas nécessaire au bon fonctionnement de la règle de conflit des équivalences, étant donné que la CEDH ne disposera d’aucune compétence en matière d’interprétation du champ d’application de la Charte. L’équivalence ayant déjà été reconnue, une différence d’interprétation du champ d’application de la Charte n’entraînerait pas de conséquence notoire sur le niveau de protection des droits fondamentaux du citoyen européen.

B) L’application parallèle des droits fondamentaux nationaux et de la Charte

498. Le rapport entre les droits fondamentaux nationaux et la Charte est aménagé par l’article 53 de cette dernière, selon laquelle « Aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l’homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d’application respectif [...] par les constitutions des États membres ». À défaut d’identité des protections, une telle mesure prévoit l’équivalence entre les droits fondamentaux nationaux et ceux garantis par la Charte. Cette équivalence a été reconnue par la Cour de justice de l’Union (1) ainsi que par les juridictions des États membres, français et allemand en particulier (2). Les aménagements successifs ont toutefois conduit la Cour de justice à organiser des limites à la règle de l’équivalence (3).

1. L’aménagement de l’équivalence par la Cour de justice

499. Reconnaissance de l’équivalence des protections. En énonçant qu’elle ne peut porter atteinte aux droits fondamentaux garantis par les constitutions nationales, la Charte

¹⁶⁴⁰ É. DUBOUT, P. SIMON, L. XENOU, « France », in : L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *La Charte des droits fondamentaux saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2017, p. 358. Cf. *supra*, §431.

établit que la protection assurée est, sinon identique, tout au moins équivalente à la protection nationale. La Cour de justice de l'Union a rendu plusieurs décisions en ce sens, autorisant une protection renforcée des droits fondamentaux par les États membres dans le champ d'application de la Charte. Dans l'arrêt *Omega*, elle autorise ainsi la Cour administrative fédérale d'Allemagne à restreindre une liberté économique sur le fondement d'une conception propre à la Loi fondamentale du droit à la dignité humaine, plus protectrice que celle garantie par la Charte¹⁶⁴¹. De même dans la décision *Sayn-Wittgenstein*, la Cour admet une restriction de la liberté de circulation des personnes sur le fondement d'une interprétation spécifique à l'Autriche du principe d'égalité qui comprend la stricte interdiction des titres de noblesse¹⁶⁴². L'arrêt *Åkerberg Fransson* s'inscrit également dans cette dynamique, en ce sens que la Cour laisse à la Suède, dans son interprétation de l'article 50 de la Charte relatif au droit à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même infraction, une large marge d'appréciation pour appliquer le principe *ne bis in idem* tel que garanti par le droit national¹⁶⁴³. Par ces décisions, elle admet une approche pluraliste des droits fondamentaux qui ne poursuit pas la recherche d'une seule et même interprétation des droits applicable à tous¹⁶⁴⁴. Elle rend possible l'expression des spécificités nationales au motif que la protection des droits fondamentaux garantie est équivalente à celle de l'Union, quand bien même cela impliquerait une interprétation du droit de l'Union légèrement différenciée.

500. Consécration de l'équivalence dans l'arrêt *Melloni*. Cette approche pluraliste a été confirmée dans l'arrêt *Melloni* du 26 février 2013¹⁶⁴⁵. Rendue sur saisine de la Cour constitutionnelle espagnole (*Tribunal constitucional*), la décision était relative à l'exécution par l'Espagne d'un mandat d'arrêt européen émis par l'Italie. Le mandat visait monsieur Melloni, arrêté une première fois en Espagne en 1996 où son extradition vers l'Italie pour être jugé avait été autorisée avant qu'il ne prenne la fuite. Après avoir été jugé en présence d'avocats choisis par lui et condamné par contumace à une peine de 10 ans de prison pour faillite frauduleuse, un mandat d'arrêt européen avait été émis par l'Italie pour l'exécution de sa condamnation. Arrêté une nouvelle fois en Espagne en 2008, il s'oppose à sa remise aux autorités italiennes sur le fondement d'une violation des droits de la défense ; le droit

¹⁶⁴¹ CJCE, 14 oct. 2004, aff. C-36/02, *Omega*.

¹⁶⁴² CJUE, 22 déc. 2010, aff. C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*.

¹⁶⁴³ CJUE, GC, 26 fév. 2013, aff. C-617/10, *Åkerberg Fransson*.

¹⁶⁴⁴ É. DUBOUT, « Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne ... », *op. cit.*, p. 307.

¹⁶⁴⁵ CJUE, GC, 26 fév. 2013, *Melloni*, *prec.*

italien ne permet pas de rejurer une personne en sa présence après sa remise. Le rejet de sa demande par les tribunaux espagnols le conduit à déposer une plainte constitutionnelle (*recurso de amparo*) devant la Cour constitutionnelle espagnole pour violation du droit à un procès équitable. Ce droit étant consacré à l’article 24§2 de la Constitution espagnole, la Cour constitutionnelle constate qu’une remise aux autorités italiennes porterait atteinte au contenu essentiel d’un procès équitable d’une manière qui nuit à la dignité humaine. Elle choisit alors de saisir la Cour de justice de l’Union d’une question préjudicielle. Le refus d’exécution du mandat d’arrêt européen, ou sa subordination à la possibilité d’un nouveau jugement, irait en effet à l’encontre de la décision-cadre 2002/584/JAI, telle que modifiée par la décision-cadre 2009/299/JAI¹⁶⁴⁶, qui prévoit à son article 4bis que l’exécution du mandat d’arrêt ne peut être empêchée par l’absence de comparution en personne de l’intéressé à son procès, dès lors qu’il en a eu connaissance, a donné mandat à un conseil juridique et a effectivement été défendu par celui-ci pendant le procès.

À cela, la Cour de justice de l’Union répond que, conformément à l’article 53 de la Charte, « lorsqu’un acte du droit de l’Union appelle des mesures nationales de mise en œuvre, il reste loisible aux autorités et aux juridictions nationales d’appliquer des standards nationaux de protection des droits fondamentaux »¹⁶⁴⁷. Ce consentement donné aux États membres pour appliquer leurs propres droits fondamentaux en lieu et place de la Charte exprime une reconnaissance de l’équivalence des protections. Il se traduit par une application parallèle des droits fondamentaux et s’inscrit dans la dynamique pluraliste de l’interprétation des droits fondamentaux dessinée plus haut. Il laisse même entrevoir l’application possible du « principe de faveur » qui, d’après Nicole Belloubet, « lorsque plusieurs sources de droits fondamentaux s’appliquent de manière simultanée, [permet au] particulier [de] revendiquer l’application du standard de protection le plus élevé »¹⁶⁴⁸. Joint à l’approche pluraliste esquissée par la Cour, ce principe pourrait avoir pour effet de rehausser le niveau de protection au moyen d’une dynamique d’influences croisées.

¹⁶⁴⁶ 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, modifiée par la décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil, du 26 février 2009, renforçant les droits procéduraux des personnes et favorisant l’application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions rendues en l’absence de la personne concernée lors du procès.

¹⁶⁴⁷ CJUE, GC, 26 fév. 2013, *Melloni*, prec., pt 60.

¹⁶⁴⁸ N. BELLOUBET, « Articulations de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne avec les normes constitutionnelles », in : *La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne : mode d’emploi*, Colloque organisé au Conseil d’État le 20 novembre 2014 par l’Ordre des avocats au Conseil d’État et à la Cour de cassation et la Société de législation comparée, paru dans : *Justice et Cassation*, 2015, n° 9, p. 418-419.

2. L'acceptation de l'équivalence par les cours nationales

501. Reconnaissance de l'équivalence par la Cour constitutionnelle fédérale.

L'équivalence de protections entre droits fondamentaux nationaux et de l'Union a été reconnue très tôt par la Cour constitutionnelle fédérale allemande. Elle l'a consacrée après le retentissant arrêt *Solange I*¹⁶⁴⁹ dans sa toute aussi illustre décision *Solange II*. La Cour y affirme que « la Cour de justice des Communautés, garanti[t] de manière générale une protection effective des droits fondamentaux contre les pouvoirs de souveraineté des Communautés, que cette protection est fondamentalement *équivalente* à la protection impérative et inaliénable des droits fondamentaux telle que garantie par la Loi fondamentale, et qu[']elle assure de manière générale la substance même des droits fondamentaux »¹⁶⁵⁰. Elle procède ainsi à une reconnaissance « générale et abstraite » de l'équivalence des protections qui l'a conduit à n'opérer qu'un contrôle global de l'absence d'affaiblissement de la protection des droits fondamentaux par l'Union¹⁶⁵¹. L'équivalence, et plus précisément la comparabilité des protections, a par la suite été entérinée à l'article 23§1 de la Loi fondamentale¹⁶⁵². Elle a naturellement été reprise par les juridictions nationales qui l'utilisent abondamment¹⁶⁵³ et confirmée par la Cour constitutionnelle fédérale le 6 novembre 2019 dans sa décision *Recht auf Vergessen I*. Cette décision intègre les droits garantis par la Charte aux normes de contrôle de la Cour constitutionnelle fédérale et énonce que la Loi fondamentale doit être interprétée à la lumière de la Charte¹⁶⁵⁴.

502. Reconnaissance de l'équivalence par le Conseil constitutionnel. Contrairement à la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, le Conseil constitutionnel français n'a pas explicitement reconnu l'équivalence des protections entre droits fondamentaux nationaux

¹⁶⁴⁹ BVerfG, 29 mai 1974, décision n° 2 BvL 52/71, *Solange I*, BVerfGE 37, 271.

¹⁶⁵⁰ BVerfG, 22 oct. 1986, décision n° 2 BvR 197/83, *Solange II*, BVerfGE 73, 339, §132 : « *Solange die Europäischen Gemeinschaften, insbesondere die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Gemeinschaften einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleisten, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im wesentlichen gleichzuachten ist, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt, wird das Bundesverfassungsgericht seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht, das als Rechtsgrundlage für ein Verhalten deutscher Gerichte und Behörden im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland in Anspruch genommen wird, nicht mehr ausüben und dieses Recht mithin nicht mehr am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes überprüfen* » (nous soulignons).

¹⁶⁵¹ F.-X. MILLET, « Réflexions sur la notion de protection équivalente », *op. cit.*, p. 311. Cf. *supra*, §386.

¹⁶⁵² Cf. *supra*, §388. Selon Johannes Masing, elle n'implique toutefois pas une substitution des droits fondamentaux constitutionnels mais une application complémentaire des droits fondamentaux de l'Union aux droits fondamentaux nationaux en présence d'une marge d'appréciation au profit des États membres : J. MASING, « Einheit und Vielfalt des Europäischen Grundrechtsschutzes », *JZ*, 2015, n° 10, p. 483 ; J. MASING, « Unité et diversité dans la protection européenne des droits fondamentaux », *RDP*, 2016, n° 2, p. 640.

¹⁶⁵³ Cf. *supra*, §427.

¹⁶⁵⁴ BVerfG, 6 nov. 2019, décision n° 1 BvR 16/13, *Recht auf Vergessen I*, §60 et 72.

et de l’Union. François-Xavier Millet soulève toutefois que l’identité constitutionnelle, telle qu’elle a été ébauchée par le Conseil constitutionnel, pourrait s’apparenter à une reconnaissance d’équivalence¹⁶⁵⁵. En effet, si l’on ne dispose que d’une image en négatif des éléments qui composent cette identité, celle-ci montre néanmoins que les principes constitutionnels, auxquels les droits fondamentaux appartiennent, ne font pas partie de l’identité constitutionnelle française dès lors qu’ils sont également consacrés par le droit de l’Union¹⁶⁵⁶. Or, ce mécanisme constitue justement une arme au service des États membres qui leur permet de rejeter l’équivalence des protections pour faire prévaloir leurs droits fondamentaux nationaux. Par conséquent, si le mécanisme national de limitation de l’équivalence des protections ne comprend volontairement pas les droits fondamentaux au motif qu’ils sont suffisamment protégés par le droit de l’Union, on peut en déduire que, selon le Conseil constitutionnel, la protection offerte par l’Union pourrait être équivalente à celle garantie par la Constitution.

503. Reconnaissance de l’équivalence par le Conseil d’État. Aux antipodes du Conseil constitutionnel, le Conseil d’État a procédé de manière concrète droit par droit à la reconnaissance explicite de l’équivalence¹⁶⁵⁷. Il évoque ainsi dans sa décision *Arcelor* que « le droit de propriété et la liberté d’entreprendre constituent des principes généraux du droit communautaire ; qu’ils ont, au regard du moyen invoqué, une portée garantissant l’effectivité du respect des principes et dispositions de valeur constitutionnelle dont la méconnaissance est alléguée », puis au regard du principe d’égalité que « la portée du principe général du droit communautaire garantit, au regard du moyen invoqué, l’effectivité du respect du principe constitutionnel en cause »¹⁶⁵⁸. Pour chaque saisine, la démarche poursuivie est « de rechercher s’il existe une règle ou un principe général du droit communautaire qui, eu égard à sa nature et à sa portée, tel qu’il est interprété en l’état actuel de la jurisprudence du juge communautaire, garantit par son application l’effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué »¹⁶⁵⁹. L’équivalence constitue la condition à la translation du conflit en droit de l’Union pour l’application de la jurisprudence *Arcelor*¹⁶⁶⁰.

¹⁶⁵⁵ F.-X. MILLET, « Réflexions sur la notion de protection équivalente », *op. cit.*, p. 308.

¹⁶⁵⁶ Cf. *supra*, §378.

¹⁶⁵⁷ F.-X. MILLET, « Réflexions sur la notion de protection équivalente », *op. cit.*, p. 311.

¹⁶⁵⁸ CE Ass., 8 fév. 2007, req. n° 287110, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, publié au Lebon p. 55.

¹⁶⁵⁹ CE Ass., 8 fév. 2007, *Société Arcelor*, *prec.*

¹⁶⁶⁰ É. DUBOUT, « Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l’Union européenne ... », *op. cit.*, p. 305.

La Cour de cassation ne semble en revanche pas avoir reconnu d'équivalence entre les droits fondamentaux, bien qu'elle y fasse sporadiquement référence, au cas par cas et après vérification¹⁶⁶¹.

504. Utilisation de l'équivalence comme prisme d'interprétation par la Cour constitutionnelle belge. L'exemple de la Cour constitutionnelle belge est également intéressant, dans la mesure où cette cour est allée plus loin encore que les juridictions françaises et allemandes. À l'image du juge constitutionnel français, elle juge en présence d'un conflit entre une loi de transposition du droit de l'Union et la Constitution belge que le conflit doit être translaté en droit de l'Union en un conflit entre une directive et le droit primaire¹⁶⁶². Cette translation est rendue possible par la présomption d'équivalence entre droits fondamentaux nationaux et de l'Union¹⁶⁶³. Si l'interprétation d'un droit fondamental par la Cour de justice s'avère toutefois moins protectrice que l'interprétation donnée au droit fondamental constitutionnel et si la Cour de justice s'est déjà prononcée sur une telle interprétation, le Conseil constitutionnel belge procède alors à une validation de la loi de transposition de la directive, assortie toutefois de réserves d'interprétation¹⁶⁶⁴.

La présomption d'équivalence des protections prend son fondement à l'article 34 de la Constitution belge, laquelle a confié l'exercice de certains pouvoirs législatifs, exécutifs et judiciaire à l'ordre juridique de l'Union¹⁶⁶⁵. Ce transfert conduit la Cour constitutionnelle à ne pas effectuer de contrôles juridictionnels des actes communautaires et s'apparente à une « bénédiction constitutionnelle » au profit du droit de l'Union¹⁶⁶⁶. Plus largement, la Cour a adopté une interprétation de l'article 34 très ouverte sur le droit international et européen en développant une « méthode conciliatoire », dite « du tout indissociable », en présence d'un concours des droits fondamentaux¹⁶⁶⁷. L'arrêt du 22 juillet 2004 énonce ainsi que « les garanties consacrées par [la] disposition conventionnelle constituent un ensemble indissociable avec les garanties inscrites dans [la disposition constitutionnelle] en cause »,

¹⁶⁶¹ Par exemple : Cass. soc., 7 juill. 2015, req. n° 15-12.417.

¹⁶⁶² M. VERDUSSEN, « Le droit de l'Union européenne jouit-il en Belgique d'une singularité constitutionnelle par rapport au droit international ? », in : L. BURGOGNE-LARSEN, É. DUBOUT, A. MAITROT DE LA MOTTE, *et al.* (dir.), *Les interactions normatives : droit de l'Union européenne et droit international*, Paris, Pedone, 2012, p. 95. Par exemple : Cour Constitutionnelle (Belgique), 18 juin 2009, arrêt n°103/2009, §B.5.1-B.5.6.

¹⁶⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁶⁴ Cour Constitutionnelle (Belgique), 23 janv. 2008, arrêt n°10/2008 ; Cour Constitutionnelle (Belgique), 10 juill. 2008, arrêt n°102/2008.

¹⁶⁶⁵ M. VERDUSSEN, « Le droit de l'Union européenne jouit-il en Belgique d'une singularité constitutionnelle par rapport au droit international ? », *op. cit.*, p. 93 et s.

¹⁶⁶⁶ *Ibid.*, p. 93.

¹⁶⁶⁷ *Ibid.*, p. 98 et s. ; F. MALHIÈRE (resp. scient.), *L'élaboration des décisions des cours constitutionnelles et européennes*, GIP Mission de recherche Droit & Justice, Mai 2017, p. 92.

de telle sorte que lorsqu’est alléguée la violation d’une disposition constitutionnelle, « la Cour tient compte, dans son examen, des dispositions de droit international qui garantissent des droits ou libertés analogues »¹⁶⁶⁸. Cette doctrine a été étendue à la Charte par une décision du 23 novembre 2005¹⁶⁶⁹ mais ne vaut que lorsque la situation en cause entre dans le champ d’application de la Charte¹⁶⁷⁰. Le Conseil d’État et la Cour de cassation belge vont plus loin encore que la Cour constitutionnelle lorsqu’ils jugent que l’article 34 de la Constitution fait primer le droit international sur la Constitution. Selon cette interprétation, tant la CESDH¹⁶⁷¹ que le droit de l’Union¹⁶⁷² primeraient sur la Constitution.

De manière générale, les juridictions belges reconnaissent une large équivalence des droits fondamentaux nationaux avec la Charte, d’autant plus que cette dernière doit nécessairement être intégrée au contrôle de constitutionnalité. La vision des droits fondamentaux apparaît ainsi « plus circulaire » et « moins hiérarchisée »¹⁶⁷³.

3. Les limites posées à l’équivalence

505. Limitations apportées à l’équivalence par l’arrêt *Melloni*. Tout en reconnaissant une équivalence des protections au profit des droits fondamentaux nationaux, la Cour de justice de l’Union a adjoint dans son arrêt *Melloni* des conditions venant limiter les velléités pluralistes et les perspectives d’application du principe de faveur¹⁶⁷⁴. L’application parallèle des droits fondamentaux introduite par l’article 53 de la Charte se révèle ainsi impossible si elle porte atteinte au « niveau de protection prévu par la Charte, telle qu’interprétée par la Cour, [à] la primauté, l’unité et l’effectivité du droit de

¹⁶⁶⁸ Cour d’arbitrage (anc. Conseil Constitutionnel) (Belgique), 22 juill. 2004, arrêt n° 136/2004, §B5.3-4.

¹⁶⁶⁹ Cour Constitutionnelle (Belgique), 23 nov. 2005, arrêt n° 167/2005, §B.18.3.

¹⁶⁷⁰ Cour Constitutionnelle (Belgique), 6 déc. 2012, arrêt n° 145/2012, §B.10.

¹⁶⁷¹ Cour de cassation (2^{ème} ch.) (Belgique), 9 nov. 2004, P.04.0849.N, §14.1.

¹⁶⁷² Avis du Conseil d’État (Belgique) n°44.028/AV, sous : Sénat de Belgique, Session de 2007-2008, document législatif n°4-568/1, Projet de loi portant assentiment au traité de Lisbonne modifiant le traité de l’Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, et à l’Acte final, faits à Lisbonne le 13 décembre 2007. En ce sens, voir : M. VERDUSSEN, « Le droit de l’Union européenne jouit-il en Belgique d’une singularité constitutionnelle par rapport au droit international ? », *op. cit.*, p. 93-94.

¹⁶⁷³ F. MALHIÈRE (resp. scient.), *L’élaboration des décisions des cours constitutionnelles et européennes*, *op. cit.*, p. 92. En ce sens également : M. VERDUSSEN, « Le dialogue entre les cours constitutionnelles et la Cour de justice de l’Union européenne : vers une justice post-nationale ? » [en ligne], in : *Défis constitutionnels : mondiaux et locaux*, IX^e Congrès mondial de droit constitutionnel, Colloque organisé à Oslo du 16 au 20 juin 2014, disponible sous : www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/ws5/w5-verdussen.pdf

¹⁶⁷⁴ N. BELLOUBET, « Articulations de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne avec les normes constitutionnelles », *op. cit.*, p. 418-419 ; V. LOBIER, « Les cours constitutionnelles et l’enchevêtrement des systèmes de protection des droits fondamentaux. L’exemple du mandat d’arrêt européen - 1^{ère} Partie » [en ligne], *RDLF*, 2015, chron. n° 3, disponible sous : www.revuedlf.com ; S. PLATON, « La Charte des droits fondamentaux et la “mise en œuvre” nationale du droit de l’Union : précisions de la Cour de justice sur le champ d’application de la Charte » [en ligne], *RDLF*, 2013, chron. n° 11, disponible sous : www.revuedlf.com

l'Union »¹⁶⁷⁵. Dans ces cas de figure, seuls les droits fondamentaux de la Charte doivent être appliqués, même s'ils ne constituent pas le standard le plus protecteur. La double limite ainsi posée contient deux types de conditions. Le premier type est relatif au seuil minimal de protection que garantit la Charte et qui ne peut être abaissé. Il apparaît quelque peu superfétatoire étant donné que les conflits en cause ont trait à l'application d'un standard national plus protecteur¹⁶⁷⁶. Le second type de conditions est autrement plus déterminant. Il intéresse « les fondements dogmatiques de l'existence même du droit de l'Union européenne en tant qu'ordre juridique » propre¹⁶⁷⁷ par le biais des principes de primauté, d'unité et d'effectivité, qualifiés de « caractéristique essentielle de l'ordre juridique de l'Union »¹⁶⁷⁸.

Dans ses conclusions, l'avocat général Yves Bot avait en effet estimé qu'« Il n'est [...] pas possible de raisonner uniquement en termes de niveau plus ou moins élevé de protection des droits fondamentaux sans prendre en compte les impératifs liés à l'action de l'Union et la spécificité du droit de l'Union ». « [M]ême si l'objectif est de tendre vers un niveau élevé de protection des droits fondamentaux, la spécificité du droit de l'Union implique que le niveau de protection découlant de l'interprétation d'une Constitution nationale n'est pas automatiquement transposable au niveau de l'Union ni opposable dans le cadre de l'application du droit de l'Union »¹⁶⁷⁹. La conséquence directe d'une telle approche est la limitation de l'article 53 de la Charte dans le champ d'application du droit de l'Union. Lorsque les principes directeurs de l'Union sont susceptibles d'être compromis, la règle de l'équivalence des protections doit faire place à la règle de la suffisance de la protection offerte par la Charte¹⁶⁸⁰. Selon Édouard Dubout, « On passe ainsi d'un paradigme de fusion par équivalence des standards à un paradigme de domination par suffisance du standard européen »¹⁶⁸¹. En effet, l'instauration d'un droit au dernier mot, même limité, au profit de la Cour de justice de l'Union fait basculer la résolution des conflits d'un modèle pluraliste vers une dynamique hiérarchique.

¹⁶⁷⁵ CJUE, GC, 26 fév. 2013, *Melloni*, préc., pt 60. Confirmé notamment par : CJUE, GC, 29 juill. 2019, aff. C-469/17, *Funke Medien NRW*, pt 32.

¹⁶⁷⁶ En ce sens : É. DUBOUT, « Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne ... », *op. cit.*, p. 309.

¹⁶⁷⁷ *Ibid.*

¹⁶⁷⁸ CJUE, GC, 26 fév. 2013, *Melloni*, préc., pt 59.

¹⁶⁷⁹ Conclusions de l'avocat général Yves Bot présentées le 2 octobre 2012, pts 108 et 111, sous CJUE, GC, 26 fév. 2013, *Melloni*, préc.

¹⁶⁸⁰ Conclusions de l'avocat général Yves Bot présentées le 2 octobre 2012, pt 83, sous CJUE, GC, 26 fév. 2013, *Melloni*, préc.

¹⁶⁸¹ É. DUBOUT, « Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne ... », *op. cit.*, p. 306.

506. Aménagement de l’équivalence selon une gradation. Cette bascule peut néanmoins être nuancée. Dans le cas de l’arrêt *Melloni*, la réglementation en cause porte sur le mandat d’arrêt européen, matière qui a fait l’objet d’une harmonisation législative approfondie au niveau de l’Union et pour laquelle le niveau de protection des droits a été fixé par les États membres et adopté par le Conseil à la règle de l’unanimité. La marge d’appréciation des États dans la mise en œuvre du mandat d’arrêt européen est donc quasiment inexistante. Or, le risque d’atteinte à la primauté, à l’unité ou à l’effectivité du droit de l’Union est d’autant plus fort que l’harmonisation au niveau de l’Union est approfondie¹⁶⁸². Se pose ainsi la question de savoir si le remplacement de l’équivalence, et du standard le plus protecteur qui en découle, par la suffisance de la protection de l’Union est uniquement mis en œuvre pour le cas spécifique de l’arrêt *Melloni* au regard de l’harmonisation dont la réglementation fait l’objet et de l’absence de marge d’appréciation.

Édouard Dubout y répond positivement en proposant une « grille de lecture dynamique » de l’équivalence, fondée sur une « pondération des intérêts des ordres juridiques »¹⁶⁸³. La différence de latitude laissée par la Cour aux juridictions nationales dans l’application des standards nationaux de protection des droits fondamentaux par les décisions *Melloni* et *Åkerberg Fransson*, pourtant rendues le même jour, vient donner du crédit à ce raisonnement par gradation dans l’harmonisation.

Cette interprétation a le mérite de limiter les effets des conditions apportées par la jurisprudence *Melloni* et de circonscrire à une quantité restreinte de situations la substitution de la règle de l’équivalence par celle de la suffisance. Elle limite toutefois la dimension pluraliste de l’approche en l’inscrivant dans un cadre dont les contours répondent à une logique hiérarchique et unitaire : la règle de l’équivalence prévaut tant que les fondements de l’Union, à savoir sa primauté, son unité et son effectivité, ne sont pas ébranlés. Si cela est le cas, le pouvoir du dernier mot est récupéré par la Cour de justice de l’Union afin de les garantir. Autrement dit, dans les termes de Dominique Ritleng, si est « implicitement consacrée la règle de conflit du droit le plus protecteur [...] celle-ci ne se voit conférer qu’un caractère secondaire car elle doit s’effacer, le cas échéant, devant la règle de conflit

¹⁶⁸² K. GAEDE, « Minimalistischer EU-Grundrechtsschutz bei der Kooperation im Strafverfahren », *NJW*, 2013, n° 18, p. 1281 ; R. GEIß, « Europäischer Grundrechtsschutz ohne Grenzen ? », *DÖV*, 2014, p. 271 ; T. KINGREEN, « Die Grundrechte des Grundgesetzes im europäischen Grundrechtsföderalismus », *JZ*, 2013, n° 17, p. 806 ; S. PLATON, « La Charte des droits fondamentaux et la “mise en œuvre” nationale du droit de l’Union ... », *op. cit.* ; D. RITLENG, « De l’articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l’Union – Les enseignements des arrêts Åkerberg Fransson et Melloni », *RTD Eur.*, 2013, n° 2, p. 283 ; M. SAFJAN, D. DÜSTERHAUS, A. GUERIN, « La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne et les ordres juridiques nationaux, de la mise en œuvre à la mise en balance », *RTD Eur.*, 2016, n° 2, p. 238-239.

¹⁶⁸³ É. DUBOUT, « Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l’Union européenne ... », *op. cit.*, p. 316.

de la primauté du droit de l'Union que commandent les impératifs d'unité et d'effectivité de ce droit »¹⁶⁸⁴. La règle de conflit de l'équivalence, tout comme le principe de faveur, rencontrent ici leurs limites. Elles posent néanmoins question vis-à-vis des juridictions des États membres qui ont accepté la règle de conflit de l'équivalence des protections et se trouvent confrontés à son aménagement unilatéral au profit de la Cour de justice de l'Union.

507. Prise en compte par la Cour constitutionnelle fédérale de l'aménagement de la règle de l'équivalence. La règle de l'équivalence étant reconnue par nombre de juridictions nationales, l'aménagement unilatéral par la Cour de justice dans la décision *Melloni* pourrait venir modifier l'équilibre intrinsèque qu'elle contient. Ce risque vient expliquer la décision acérée rendue par la Cour constitutionnelle fédérale le 15 décembre 2015 sur l'exécution d'un mandat d'arrêt européen (*Europäischer Haftbefehl II*)¹⁶⁸⁵. En l'espèce, le requérant, de nationalité américaine, avait été condamné en 1992 par contumace en Italie par la cour d'appel (*Corte di Appello*) de Florence à 30 ans de réclusion criminelle pour participation à une organisation criminelle, importation et possession de cocaïne. Sur le fondement d'un mandat d'arrêt européen délivré par l'Italie, il a été arrêté en Allemagne en 2014. La Cour d'appel de Düsseldorf (*Oberlandesgericht*, Tribunal supérieur du Land) ayant autorisé l'exécution du mandat d'arrêt, la Cour constitutionnelle a été saisie pour le même motif que dans l'affaire *Melloni* : l'Italie ne reconnaît pas à une personne condamnée par contumace la possibilité d'obtenir un réexamen de sa situation par une juridiction après son arrestation. Le requérant estime que sont ainsi violés un certain nombre de ses droits fondamentaux dont le droit à la dignité de la personne humaine (article 1 LF) et le droit à un procès équitable (articles 2§1 associé à l'article 20§3 LF et article 6§3 de la CESDH).

Par le biais de la question de la confiance mutuelle, qui rejoint celle de l'équivalence des protections¹⁶⁸⁶, la Cour constitutionnelle fédérale choisit de faire doublement acte de résistance. Malgré l'absence de marge d'appréciation laissée aux États membres par la décision-cadre 2002/584/JAI, telle que modifiée par la décision-cadre 2009/299/JAI¹⁶⁸⁷, elle refuse de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union. L'article 4 bis

¹⁶⁸⁴ D. RITLENG, « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union ... », *op. cit.*, p. 283. En ce sens : F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, « Repenser la coexistence des ordres – Repenser leurs relations », in : B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, *op. cit.*, p. 161.

¹⁶⁸⁵ BVerfG, 15 déc. 2015, décision n° 2 BvR 2735/14, *Europäischer Haftbefehl II*, BVerfGE 140, 317.

¹⁶⁸⁶ CJUE, GC, 5 avril 2016, aff. C-404/15 et C-659/15 PPU, *Aranyosi et Căldăraru*, pt 77 : « Le principe de reconnaissance mutuelle sur lequel est fondé le système du mandat d'arrêt européen repose lui-même sur la confiance réciproque entre les États membres quant au fait que leurs ordres juridiques nationaux respectifs sont en mesure de fournir une protection équivalente et effective des droits fondamentaux, reconnus au niveau de l'Union, en particulier, dans la Charte ».

¹⁶⁸⁷ Cf. *supra*, §500.

de la décision-cadre serait un acte-clair au sens de la jurisprudence *CILFIT*¹⁶⁸⁸ et le principe de confiance mutuelle qui prévaut entre États membres dans le cadre de l’exécution du mandat d’arrêt européen ne pourrait s’appliquer de manière absolue, notamment face à une violation des droits fondamentaux. Par cette solution, la Cour s’oppose sans détour à l’interprétation avancée par la Cour de justice dans l’arrêt *Melloni*, selon laquelle les garanties de protection des droits fondamentaux sont contenues dans la décision-cadre qui ne peut souffrir d’aucune exception¹⁶⁸⁹. En conséquence, elle considère que le principe de confiance mutuelle qui prévaut entre États membres, en particulier dans le cadre du mandat d’arrêt européen, ne peut s’appliquer de manière absolue face à une violation des droits fondamentaux.

En outre, la Cour constitutionnelle fédérale procède à un contrôle de l’identité constitutionnelle de l’exécution du mandat d’arrêt européen. S’il apparaît surabondant à la suite de l’analyse de la décision-cadre¹⁶⁹⁰, il se lit plus comme un *obiter dictum* que comme un élément à part entière du raisonnement¹⁶⁹¹. Il permet à la Cour constitutionnelle d’exploiter « l’unique angle mort » de l’arrêt *Melloni*¹⁶⁹² : celui de l’identité constitutionnelle. De cette manière, la Cour constitutionnelle fédérale présente ses propres limites à l’équivalence à la suite de celles posées unilatéralement par la Cour de justice de

¹⁶⁸⁸ BVerfG, 15 déc. 2015, *Europäischer Haftbefehl II*, prec., §125 : « Un renvoi à la Cour de justice de l’Union européenne conformément à l’article 267 du traité sur le fonctionnement de l’Union européenne n’est pas nécessaire. L’application correcte du droit de l’Union est à ce point évidente, qu’elle ne laisse aucune place à un doute raisonnable (« acte clair » [en français dans le texte], voir CJUE, 6 oct. 1982, C-283/81, *CILFIT*, pts 16 et s.) ».

¹⁶⁸⁹ CJUE, GC, 26 fév. 2013, *Melloni*, prec., pt 46 : l’article 4bis§1 s’oppose « à ce que l’autorité judiciaire d’exécution, dans les hypothèses indiquées à cette disposition, subordonne l’exécution d’un mandat d’arrêt européen délivré aux fins de l’exécution d’une peine à la condition que la condamnation prononcée par défaut puisse être révisée dans l’État membre d’émission », donc à ce que la garantie des droits fondamentaux soit contrôlée par l’État d’exécution – l’Allemagne en l’occurrence. En ce sens : D. BRODOWSKI, « Die drohende Verletzung von Menschenrechten bei der Anerkennung Europäischer Haftbefehle auf dem Prüfstand ... », *op. cit.*, p. 423 ; M. GUIRESSE, « Quand le juge constitutionnel allemand encadre la confiance mutuelle : réflexions sur le juge européen des droits fondamentaux » [en ligne], *ELSJ*, 8 février 2016, disponible sous : www.gdr-elsj.eu ; C. HAGUENAU-MOIZARD, « Identité constitutionnelle et mandat d’arrêt européen : l’exploitation de la jurisprudence Melloni par la Cour constitutionnelle allemande », *Europe*, 2016, n° 3, p. 39-40 ; H. SATZGER, « Grund- und menschenrechtliche Grenzen für die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls ? – “Verfassungsgerichtliche Identitätskontrolle“ durch das BVerfG vs. Vollstreckungsaufschub bei “außergewöhnlichen Umständen“ nach dem EuGH », *NStZ*, 2016, n° 9, p. 518-519.

¹⁶⁹⁰ D. BRODOWSKI, « Die drohende Verletzung von Menschenrechten bei der Anerkennung Europäischer Haftbefehle auf dem Prüfstand ... », *op. cit.*, p. 423 et 425 ; D. BURCHARDT, « Die Ausübung der Identitätskontrolle durch das Bundesverfassungsgericht », *ZaöRV*, 2016, n° 2, p. 548-549 ; C.D. CLASSEN, « Confiance mutuelle et identité constitutionnelle nationale – Quel avenir dans l’espace juridique européen ? À propos de la décision de la Cour constitutionnelle allemande sur le mandat d’arrêt européen du 15 décembre 2015 », *Cahiers de droit européen*, 2016, n° 2, p. 678 ; A. GAILLET, « Confiance et méfiance autour du mandat d’arrêt européen », *AJDA*, 2016, n° 20, p. 1114-1115 ; C. GOOS, « Solange Zweieinhalb – Teil I » [en ligne], 10 février 2016, [consulté le 5 décembre 2016], disponible sous : www.juwiss.de/14-2016/ ; H. SAUER, « “Solange“ geht in Altersteilzeit – Der unbedingte Vorrang der Menschenwürde vor dem Unionsrecht », *NJW*, 2016, n° 16, p. 1135.

¹⁶⁹¹ C.D. CLASSEN, *Ibid.* ; A. GAILLET, *Ibid.*, p. 1116 ; H. SATZGER, « Grund- und menschenrechtliche Grenzen für die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls ? ... », *op. cit.*, p. 519.

¹⁶⁹² C. HAGUENAU-MOIZARD, « Identité constitutionnelle et mandat d’arrêt européen ... », *op. cit.*, p. 37.

l'Union. Ces limites sont constituées par le standard national de protection des droits fondamentaux et l'identité constitutionnelle nationale, à laquelle les droits fondamentaux appartiennent.

La question qui sous-tendait l'arrêt *Melloni* était, selon Édouard Dubout, « de savoir s'il convenait de privilégier la qualité de la protection des droits fondamentaux ou l'unité de l'application du droit de l'Union »¹⁶⁹³. Manifestement, la Cour a opté pour la seconde solution, « voie apparemment plus simple [mais] certainement plus autoritaire »¹⁶⁹⁴. Devant cette manifestation d'autorité, la Cour constitutionnelle fédérale a choisi de ne pas renvoyer de question préjudicielle à la Cour de justice, vraisemblablement par peur de se confronter à une réponse identique à celle reçue par le Tribunal constitutionnel espagnol. Une telle réponse aurait inévitablement conduit à un renforcement de l'autorité de la Cour de justice. Claus Dieter Classen note toutefois qu'une formulation intelligente de la question préjudicielle, doublée d'une question sur les obligations découlant de la CESDH, aurait pu conduire la Cour de justice à nuancer par elle-même son interprétation de la décision-cadre et l'aménagement de l'équivalence¹⁶⁹⁵, comme elle l'a fait par la suite dans la décision *Aranyosi et Căldăraru*¹⁶⁹⁶. La nuance aurait été d'autant plus opportune que le cas dont la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne était saisie apparaissait plus *extrême* : en l'espèce, le requérant n'était pas au courant des poursuites engagées contre lui et encourait 30 ans d'emprisonnement¹⁶⁹⁷. La Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne a néanmoins choisi une autre voie : celle de l'appartenance des droits fondamentaux à l'identité constitutionnelle allemande lui permettant de s'opposer à l'attribution du « dernier mot » à la Cour de justice de l'Union.

508. Reconnaissance d'une limite à l'équivalence au profit des États par la Cour de justice de l'Union. Par l'arrêt *Aranyosi et Căldăraru* du 5 avril 2016, la Cour de justice de l'Union a infléchi la position défendue dans l'arrêt *Melloni*. Elle reconnaît une limite au principe de confiance mutuelle dans l'exécution d'un mandat d'arrêt européen lorsque la personne concernée court un risque réel de traitement inhumain et dégradant au sens de

¹⁶⁹³ É. DUBOUT, « Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne ... », *op. cit.*, p. 296.

¹⁶⁹⁴ *Ibid.*

¹⁶⁹⁵ C.D. CLASSEN, « Confiance mutuelle et identité constitutionnelle nationale ... », *op. cit.*, p. 676.

¹⁶⁹⁶ CJUE, GC, 5 avril 2016, *Aranyosi et Căldăraru*, *prec.*

¹⁶⁹⁷ M. STEINBEIS, « Europarechtsbruch als Verfassungspflicht : Karlsruhe zündet die Identitätskontrollbombe » [en ligne], *Verfassungsblog*, 26 janvier 2016, disponible sous : www.verfassungsblog.de/europarechtsbruch-als-verfassungspflicht-karlsruhe-zuendet-die-identitaetskontroll-bombe/

l’article 4 de la Charte¹⁶⁹⁸. Pour fonder sa décision, la Cour de justice raisonne différemment de la Cour constitutionnelle fédérale. L’évocation des droits fondamentaux à l’article premier §2 de la décision-cadre 2002/584/JAI, telle que modifiée par la décision-cadre 2009/299/JAI¹⁶⁹⁹, ne vise pas à interpréter le texte, mais à créer des exceptions non prévues de manière expresse¹⁷⁰⁰. Helmut Satzger estime que cette exception préciserait le contenu des « circonstances exceptionnelles » évoquées en tant que limite au principe de confiance mutuelle dans l’avis 2/13 de la Cour de justice¹⁷⁰¹.

Néanmoins, la Cour de justice encadre cette limite au principe de confiance mutuelle en arrêtant une série d’étapes à satisfaire avant de pouvoir définitivement renoncer à l’exécution d’un mandat d’arrêt européen. L’État membre d’exécution doit d’abord demander la fourniture d’informations supplémentaires à l’autorité judiciaire d’émission. Une fois communiquées, l’exécution du mandat d’arrêt peut être reportée s’il est constaté qu’existe un véritable risque de traitement inhumain et dégradant. Dans ce cas, le principe de proportionnalité doit être respecté en ce qui concerne la détention de la personne. Si le risque du traitement inhumain et dégradant ne peut être écarté dans un délai raisonnable, la Cour de justice évoque à demi-mot un possible abandon de la procédure¹⁷⁰².

509. Conséquences de l’arrêt *Melloni* sur la règle de l’équivalence. D’un point de vue strictement matériel, la différence entre l’encadrement de la non-exécution du mandat d’arrêt par une série d’étapes et la catégorique déclaration d’inconstitutionnalité de la Cour constitutionnelle fédérale peut se justifier par la différence de cas d’espèce entre les deux affaires. La Cour constitutionnelle faisait face à un problème de législation italienne apparemment contraire aux droits fondamentaux et à une peine de 30 ans de réclusion criminelle, tandis que la Cour de justice devait répondre à deux cas concrets de conditions de détention inhumaines et dégradantes pour des peines inférieures à deux ans d’emprisonnement. Or, si des conditions de détention peuvent s’améliorer de manière

¹⁶⁹⁸ CJUE, GC, 5 avril 2016, *Aranyosi et Căldăraru*, prec., pt 104. Également : CJUE, GC, 15 oct. 2019, aff. C-128/18, *Dorobantu*.

¹⁶⁹⁹ « La présente décision-cadre n’a pas pour effet de modifier l’obligation de respecter les droits fondamentaux et les principes juridiques fondamentaux tels qu’ils sont consacrés par l’article 6 du traité, y compris le droit de la défense des personnes faisant l’objet d’une procédure pénale, ni celle de les faire respecter par les autorités judiciaires des États membres ».

¹⁷⁰⁰ CJUE, GC, 5 avril 2016, *Aranyosi et Căldăraru*, prec., pts 83-84.

¹⁷⁰¹ H. SATZGER, « Grund- und menschenrechtliche Grenzen für die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls ? ... », *op. cit.*, p. 520, à propos de : CJUE, 18 déc. 2014, Avis 2/13, *Adhésion de l’Union à la CEDH*, pt 191. Confirmé par : CJUE, GC, 25 juill. 2018, aff. C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality*, pts 43-44.

¹⁷⁰² CJUE, GC, 5 avril 2016, *Aranyosi et Căldăraru*, prec., pts 98-104. Ces conditions ont été précisées par la Cour de justice dans : CJUE, GC, 25 juill. 2018, *Minister for Justice and Equality*, prec. ; CJUE, 25 juill. 2018, aff. C-220/18 PPU, *Generalstaatsanwaltschaft (Conditions de détention en Hongrie)*.

significative dans un délai raisonnable, il est plus complexe de modifier à courte échéance une règle de droit établie¹⁷⁰³. D'un point de vue stratégique, ce contraste s'explique par l'obligation pour la Cour de justice de l'Union de reconnaître la limite à la confiance mutuelle et à l'équivalence des protections posée par la Cour constitutionnelle fédérale afin d'écarter le risque d'un conflit ouvert. Le choix a ainsi été fait de circonscrire la limitation de la confiance mutuelle autant que faire se peut.

Tout en consacrant une certaine dimension hétérarchique, l'arrêt *Melloni* a réveillé l'éternel débat sur le droit au dernier mot. Or, celui-ci constitue l'une des caractéristiques fondamentales de la logique hiérarchique. À l'inverse, Sébastien Platon nous enseigne que « le principe de protection équivalente participe de la réflexion plus générale sur le fonctionnement non hiérarchique du droit, réflexion dans laquelle s'inscrit également la théorie du réseau. Il permet de s'affranchir de la rigidité des règles hiérarchiques au profit d'une approche à la fois plus pragmatique et plus souple, laissant une place au dialogue entre les systèmes et entre les juridictions »¹⁷⁰⁴.

Dernièrement, la Cour constitutionnelle fédérale a proposé une nouvelle approche de son office¹⁷⁰⁵. Si elle s'inscrit en apparence dans une perspective horizontale et positive pour une résolution hétérarchique des différences d'interprétation du champ d'application de la Charte, le constat est plus nuancé lorsqu'on y regarde de plus près. À la reconnaissance de sa propre compétence pour contrôler le respect des droits fondamentaux de l'Union ainsi que d'une équivalence fonctionnelle générale entre la Charte et les droits fondamentaux de la Loi fondamentale, la Cour constitutionnelle adjoint différentes exigences permettant d'écarter un contrôle au regard de la Charte. Ainsi, les mesures nationales avec marge d'appréciation appartenant au champ d'application de la Charte sont contrôlées prioritairement à l'aune de la Loi fondamentale, dans la mesure où cette dernière assure une protection équivalente. Un contrôle à l'aune de la Charte ne sera effectué que si des éléments probants d'une meilleure protection par cette dernière sont apportés. En se déclarant compétente pour contrôler le respect des droits fondamentaux de l'Union, mais en écartant par la même occasion la Charte du contrôle, la Cour constitutionnelle fédérale donne des signaux ambivalents quant à une réelle volonté de coopération avec la Cour de

¹⁷⁰³ H. SATZGER, « Grund- und menschenrechtliche Grenzen für die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls ? ... », *op. cit.*, p. 521.

¹⁷⁰⁴ S. PLATON, « Le principe de protection équivalente ... », *op. cit.*, p. 473.

¹⁷⁰⁵ BVerfG, 6 nov. 2019, *Recht auf Vergessen I*, *prec.*, §44 ; BVerfG, 6 nov. 2019, décision n° 1 BvR 276/17, *Recht auf Vergessen II*.

justice de l’Union. En effet, la manière de faire apparaît un peu trop centrée autour de l’ordre juridique allemand pour s’intégrer dans un modèle de type hétérarchique.

Ainsi, tout en proposant une solution de type horizontale aux différences d’interprétation des droits fondamentaux, les Cours l’encadrent systématiquement de garde-fou de type vertical. Cette solution permet de repousser la question des désaccords à des situations spécifiques et particulièrement rares, mais elle ne permet pas de les dépasser autrement que par un intense dialogue entre les juges.

§2- Le dialogue des juges comme moyen d’évitement des conflits

510. « Si le double langage fait partie de l’arsenal déjà traditionnel de la négociation politique et diplomatique, il ne fait pas partie, à première vue, du registre juridictionnel, l’office du juge consistant à dire le droit et à trancher un litige. Mais le langage juridictionnel ne se réduit plus à un choix clair – binaire – entre blanc et noir ; les techniques de motivation et d’argumentation ouvrent au juge tout un espace de persuasion, de temporisation et donc de négociation. Ce phénomène est particulièrement accusé pour les Cours constitutionnelles nationales, celles-ci devant prêter une attention particulière à leur légitimité et se trouvant directement en prise avec d’autres systèmes juridiques, notamment les droits international et européen. Pour exister, ce langage requiert des prises de position relativement élaborées, faisant intervenir à la fois des éléments d’ouverture et de fermeture, en particulier sous la forme de réserves de constitutionnalité. Les ouvertures doivent préparer, justifier et légitimer les fermetures et *vice versa*. [...]. Ce faisant, elle montre à quel point l’argumentation juridique s’entoure d’une rhétorique politique au fond, celle de la négociation »¹⁷⁰⁶. Cette observation de Constance Grewe sur la nouvelle fonction de juger s’inscrit en tout point dans une perspective de dialogue entre les juges.

L’expression « dialogue des juges » (*Richterdialog*) a été formulée pour la première fois par le Commissaire du gouvernement Bruno Genevois dans ses conclusions relatives à l’arrêt *Cohn-Bendit* du Conseil d’État. Dans cette affaire concernant l’effet direct des directives européennes en droit interne, il y défendait l’idée selon laquelle il ne devait y avoir de la place « ni pour le gouvernement des juges, ni pour la guerre des juges, mais pour

¹⁷⁰⁶ C. GREWE, « Conclusions générales », in : S. HENNETTE-VAUCHEZ, J.-M. SOREL (dir.), *Les droits de l’homme ont-ils constitutionnalisés le monde ?*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 280.

le *dialogue des juges* »¹⁷⁰⁷. Le terme « dialogue » signifie un « entretien entre deux ou plusieurs personnes »¹⁷⁰⁸ et vient du latin *dialogus*, qui désignerait un « entretien philosophique à la manière des dialogues de Platon », ainsi que du grec *dialogos* qui signifie « entretien, discussion »¹⁷⁰⁹. Il fait donc tant référence à l'opposition qu'à l'accord, à l'influence, à l'échange et à la persuasion¹⁷¹⁰. Pris dans une dimension juridique, « C'est le chassé-croisé des références à des décisions de justice "externes" (nationales et/ou internationales) qui est la marque du dialogue judiciaire »¹⁷¹¹. La divergence de jurisprudence peut être vue comme nécessaire au débat, qui lui-même provoque l'évolution du droit¹⁷¹². Par conséquent, le dialogue contient souvent une part de dissension entre les acteurs.

Si la juridicité du dialogue des juges peut être questionnée, son effet sur le droit est pour autant loin d'être négligeable¹⁷¹³. En effet, le dialogue des juges tend à satisfaire deux besoins selon Mattias Guyomar : celui de « faciliter la résolution des conflits de normes » et celui de « favoriser la définition du réglage optimal entre les offices des différents juges »¹⁷¹⁴. Par l'originalité de son organisation, la logique de l'Union force le dialogue entre juges¹⁷¹⁵. Les divergences de jurisprudences relatives au champ d'application de la

¹⁷⁰⁷ CE Ass., 22 déc. 1978, req. n° 11604, *Ministre de l'Intérieur c/ Cohn-Bendit*, publié au Lebon p. 524. En témoignent les mélanges consacrés à Bruno Genevois : *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009.

¹⁷⁰⁸ J. PRUVOST (dir.), *Le nouveau Littré*, Paris, éd. Garnier, 2004, p. 406.

¹⁷⁰⁹ A. REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Le Robert, 2010, p. 643.

¹⁷¹⁰ L. BURGORGUE-LARSEN, « De l'internationalisation du dialogue des juges. Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois », in : *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, op. cit., p. 97. En ce sens également : J. ALIX, « Intégrations européennes et dialogue des juges en droit pénal », in : J. BOUDON (dir.), *Concurrence des contrôles et rivalité des juges*, Paris, Mare & Martin, 2012, p. 182.

¹⁷¹¹ L. BURGORGUE-LARSEN, « De l'internationalisation du dialogue des juges ... », op. cit., p. 99.

¹⁷¹² H. CROZE, « Le traitement des divergences de jurisprudence (Les procédures de traitement et de prévention) », in : P. ANCEL, M.-C. RIVIER (dir.), *Les divergences de jurisprudence*, op. cit., p. 208 ; J.-P. MARGUENAUD, « Les divergences de jurisprudence. La question en droit européen et communautaire », in : P. ANCEL, M.-C. RIVIER (dir.), *Les divergences de jurisprudence*, op. cit., p. 270 ; M.H. RANDALL, « Der grundrechtliche Dialog der Gerichte in Europa », *EuGRZ*, 2014, n° 1-5, p. 6.

¹⁷¹³ Sur ces questions : P.-Y. MONJAL, P. JAN, C. GESLOT (dir.), *La concurrence des juges en Europe. Le dialogue en question*, Actes du colloque international de Tours des 25, 26 et 27 novembre 2015, Paris, Clément Juglar, 2018, et notamment dans cet ouvrage : N. LEPOUTRE, « L'impact de l'hétérogénéité du dialogue sur sa juridicité », p. 130 : « [...] les juridictions semblent unanimes sur son existence et sa nécessité alors que la doctrine peine à reconnaître sa juridicité [...] ». Voir également : J. ALLARD, L. VAN DEN EYNDE, « Le dialogue des jurisprudences comme source du droit », in : I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT *et al.* (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 3 : normativités concurrentes, Limal, Université Saint Louis, 2012, p. 285 et s ; M.H. RANDALL, « Der grundrechtliche Dialog der Gerichte in Europa », op. cit., p. 5-19.

¹⁷¹⁴ M. GUYOMAR, « La recherche de l'harmonie entre normes internes et européennes ... », op. cit., p. 585.

¹⁷¹⁵ S. BRACQ, « Conflits horizontaux de normes et droit de l'Union européenne. Sur la frontière entre droit de la concurrence et libertés de circulation », in : F. PERALDI LENEUF, S. SCHILLER (dir.), *Les conflits horizontaux de normes*, Paris, Mare & Martin, 2014, p. 383. En ce sens également : F. KIRCHHOF, « Grundrechtsschutz durch europäische und nationale Gerichte », *NJW*, 2011, n° 51, p. 3682 et s. ; S. MENETREY, « Dialogues et communications entre juges : pour un pluralisme dialogal », in : S. MENETREY, B. HESS, *Les dialogues des juges en Europe*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 116 ; A. SCHWERTFEGGER, in : J. MEYER, S. HÖLSCHIEDT (éd.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 5^{ème} éd., Baden-Baden, Nomos, 2019, Art. 51, pt 52.

Charte ont à ce titre fait l’objet d’un intense dialogue entre les différentes cours. Il s’inscrit tant dans le cadre institutionnel créé par les traités (A) que dans un cadre plus informel (B).

A) Organisation institutionnelle du dialogue des juges

511. L’organisation institutionnelle du dialogue des juges dans l’Union européenne peut être envisagée au regard de deux démarches. Elle s’inscrit, d’une part, dans le cadre de mécanismes structurés de questions préjudicielles (1) et se manifeste, d’autre part, par des décisions propres à chacune des cours qui, en se lisant de manière croisée, forment un véritable dialogue (2).

1. Les mécanismes de questions préjudicielles

512. Mécanisme de renvoi préjudiciel de l’Union. Dès son origine, l’Union s’est dotée d’un mécanisme de question préjudicielle à destination des juridictions nationales, « juges communautaires de droit commun »¹⁷¹⁶. Désormais inscrit à l’article 267 du TFUE, le mécanisme prévoit que la Cour de justice statue à titre préjudiciel lorsqu’une question sur l’interprétation des traités ou sur la validité ou l’interprétation des actes pris par les institutions, organes et organismes de l’Union soulevée devant une juridiction d’un État membre lui est transmise. Seules les juridictions dont les décisions ne sont plus susceptibles de recours en droit interne sont tenues de saisir la Cour ; la saisine restant une faculté pour les autres. Le juge national auteur de la question doit sursoir à statuer jusqu’à la réponse de la Cour, par laquelle il est contraint pour rendre sa solution¹⁷¹⁷. Le dialogue des juges ne peut toutefois fonctionner à partir de ce seul mécanisme ; il nécessite le concours de l’ensemble des juridictions. Qualifiée de « Vital pour le développement du processus d’intégration européenne » par Laurence Burgorgue-Larsen, « il s’établit et se développe dans une sorte de verticalité dénuée de hiérarchie » et constitue « le ciment de l’entente juridictionnelle »¹⁷¹⁸. Il contient une charge dialogique importante étant donné qu’il vise à « mettre en relation les juridictions sur une question commune et identique »¹⁷¹⁹. Expression de la coopération entre les juridictions, il permet, sans pour autant recourir à un modèle hiérarchique, d’éviter que les interprétations divergentes des juges nationaux

¹⁷¹⁶ TPICE, 10 juill. 1990, aff. T-51/89, *Tetra Pak c/ Commission*, pt 42.

¹⁷¹⁷ CJCE, ord. 5 mars 1986, aff. C-69/85, *Wünsche c/ Allemagne*, pt 13.

¹⁷¹⁸ L. BURGORGUE-LARSEN, « De l’internationalisation du dialogue des juges ... », *op. cit.*, p. 100.

¹⁷¹⁹ N. LEPOUTRE, « L’impact de l’hétérogénéité du dialogue sur sa juridicité », *op. cit.*, p. 135.

conduisent à la naissance de vingt-sept droits de l'Union aux contenus différents selon les États membres¹⁷²⁰.

513. Risques causés par l'encadrement institutionnel ? Laurence Burgorgue-Larsen estime que l'organisation institutionnelle du dialogue des juges, et notamment l'obligation de renvoi à l'égard des juridictions statuant en dernière instance, aurait pu tuer le dialogue dans l'œuf. En effet, une obligation de dialoguer organisée par une partie conduit presque irrémédiablement à un refus de la part de l'autre. Le dialogue nécessite une part de liberté « car, l'obligation respectée, la liberté et donc le dialogue disparaiss[ent] »¹⁷²¹. Ainsi, le mécanisme de la question préjudicielle pourrait s'apparenter plutôt à un mode de communication judiciaire, le dialogue s'instaurant par la résistance de l'un des interlocuteurs¹⁷²².

On ne partage que partiellement cet avis. D'une part, il n'est pas exclu que le mécanisme de renvoi préjudiciel puisse faire l'objet de résistances et conduise à un véritable dialogue au sens « conflictuel » du terme¹⁷²³. D'autre part, le renvoi préjudiciel consensuel peut également être appréhendé comme un dialogue. En effet, selon Naïké Lepoutre, « les dialogues consultatifs et préjudiciels ne se limitent pas, contrairement à ce qui est couramment énoncé, à un jeu de questions-réponses sans échange sur le fond. Ces dialogues institutionnalisés sont le siège d'échange d'arguments entre les interlocuteurs, en ce que d'une part le juge *a quo* peut représenter une force de proposition pour le juge *ad quem*, et que, d'autre part, les juges ont montré, à plusieurs reprises, qu'ils n'étaient pas liés de manière contraignante par les relations ainsi nouées et restent autonomes dans l'application du droit à leur niveau, même si les procédures en disposent autrement »¹⁷²⁴. La jurisprudence récente relative à l'État de droit en témoigne¹⁷²⁵.

514. Exemple de dialogue à plusieurs voix. Un exemple de dialogue entre le Conseil constitutionnel et la Cour de justice est le long chemin parcouru par le Conseil avant d'accepter de poser une question préjudicielle à la Cour. Le Conseil constitutionnel avait

¹⁷²⁰ J.-P. JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 9^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2018, p. 790.

¹⁷²¹ L. BURGORGUE-LARSEN, « De l'internationalisation du dialogue des juges ... », *op. cit.*, p. 101.

¹⁷²² L. BURGORGUE-LARSEN, « Le dialogue des juges – L'ère dialogique en question(s) – De quelques clarifications pour de meilleurs échanges académiques sur le dialogue des juges », in : B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, *op. cit.*, p. 777.

¹⁷²³ Par exemple : Cf. *infra*, §514.

¹⁷²⁴ N. LEPOUTRE, « L'impact de l'hétérogénéité du dialogue sur sa juridicité », *op. cit.*, p. 135.

¹⁷²⁵ Sur cette question, voir : J. TEYSSÉDRE, « La judiciarisation du contrôle du respect de l'État de droit : la Cour de justice au chevet des juges nationaux », *RTD Eur.*, 2020, n° 1, p. 23-42.

en effet jugé dès 2006 qu’en raison du délai dont il disposait pour rendre ses décisions, il ne pouvait saisir la Cour de justice¹⁷²⁶.

La loi relative à la question prioritaire de constitutionnalité, largement influencée par les défenseurs du Conseil constitutionnel et par le Conseil constitutionnel lui-même¹⁷²⁷, a émis une seconde fin de non-recevoir à une participation au mécanisme en instaurant la règle de priorité du contrôle de constitutionnalité sur le contrôle de conventionnalité¹⁷²⁸. Dans son contrôle *a priori* de la loi, le Conseil constitutionnel avait notamment jugé qu’ « en imposant l’examen par priorité des moyens de constitutionnalité avant les moyens tirés du défaut de conformité d’une disposition législative aux engagements internationaux de la France, le législateur organique a entendu garantir le respect de la Constitution et rappeler sa place au sommet de l’ordre juridique interne ; que cette priorité a pour seul effet d’imposer, en tout état de cause, l’ordre d’examen des moyens soulevés devant la juridiction saisie ; qu’elle ne restreint pas la compétence de cette dernière, après avoir appliqué les dispositions relatives à la question prioritaire de constitutionnalité, de veiller au respect et à la supériorité sur les lois des traités ou accords légalement ratifiés ou approuvés et des normes de l’Union européenne ; qu’ainsi, elle ne méconnaît ni l’article 55 de la Constitution, ni son article 88-1 »¹⁷²⁹. La saisine de la Cour de justice par la Cour de cassation afin de contrôler la conformité de cette règle au droit de l’Union¹⁷³⁰ a donné lieu à une nouvelle prise de position du Conseil constitutionnel, dans laquelle il se montre moins catégorique¹⁷³¹ et interprète la règle de priorité de manière à ce qu’elle n’empêche pas les juges d’exercer un contrôle de conventionnalité plein et entier¹⁷³². Ce premier

¹⁷²⁶ Cons. const., 27 juill. 2006, décision n° 2006-540 DC, *Loi relative au droit d’auteur et aux droits voisins dans la société de l’information*, cons. 20.

¹⁷²⁷ D. SIMON, A. RIGAUX, « La priorité de la QPC : harmonie(s) et dissonance(s) des monologues juridictionnels croisés », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, octobre 2010, n° 29, Dossier QPC, p. 63-64.

¹⁷²⁸ La loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l’application de l’article 61-1 de la Constitution, intègre à l’ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel les articles 23-2 et 23-5. Le premier prévoit à son §2 : « En tout état de cause, la juridiction doit, lorsqu’elle est saisie de moyens contestant la conformité d’une disposition législative, d’une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d’autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d’Etat ou à la Cour de cassation ». Le second prévoit à son §2 : « En tout état de cause, le Conseil d’Etat ou la Cour de cassation doit, lorsqu’il est saisi de moyens contestant la conformité d’une disposition législative, d’une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d’autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur le renvoi de la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel ».

¹⁷²⁹ Cons. const., 3 déc. 2009, décision n° 2009-595 DC, *Loi organique relative à l’application de l’article 61-1 de la Constitution*, cons. 14.

¹⁷³⁰ Cass. QPC, 16 avril 2010, req. n° 10-40.002, *MM. Melki et Abdeli*.

¹⁷³¹ D. SIMON, A. RIGAUX, « La priorité de la QPC ... », *op. cit.*, p. 75. En ce sens également : J. ALIX, « Intégrations européennes et dialogue des juges en droit pénal », *op. cit.*, p. 182 et s.

¹⁷³² Cons. const., 12 mai 2010, décision n° 2010-605 DC, *Loi relative à l’ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d’argent et de hasard en ligne*, cons. 10-16.

infléchissement témoigne d'une certaine efficacité du dialogue des juges dans le renvoi préjudiciel.

Afin de le renforcer, la Cour de justice de l'Union a proposé une réponse subtile à la question préjudicielle posée par la Cour de cassation. Elle y juge l'interprétation stricte de la règle de priorité comme non conforme aux exigences inhérentes au droit de l'Union, mais l'interprétation fournie par le Conseil constitutionnel depuis sa saisine comme compatible avec ces mêmes exigences. Elle suggère ainsi à la Cour de cassation d'adopter la technique de l'interprétation conforme afin d'anéantir la possibilité même du conflit entre droit constitutionnel et droit de l'Union¹⁷³³. Un mois après cette décision, le Conseil constitutionnel s'est une nouvelle fois prononcé sur la question prioritaire de constitutionnalité et a jugé que, « Considérant qu'un grief tiré du défaut de compatibilité d'une disposition législative aux engagements internationaux de la France ne saurait être regardé comme un grief d'inconstitutionnalité ; que, par suite, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, saisi en application de l'article 61-1 de la Constitution, d'examiner la compatibilité des dispositions contestées avec les engagements internationaux de la France ; que l'examen d'un tel grief relève de la compétence des juridictions administratives et judiciaires »¹⁷³⁴. L'interprétation qu'il fournit semble avoir vidé de sa substance la règle de priorité, la rendant ainsi conforme au droit de l'Union.

Malgré le refus de dialoguer par le biais du mécanisme préjudiciel, la mise en œuvre de ce dernier par la Cour de cassation a permis d'influencer le Conseil constitutionnel dans son interprétation et d'écarter ainsi la potentialité d'un conflit de normes. Si ce conflit n'avait pas directement trait au champ d'application de la Charte, la mise en œuvre du mécanisme préjudiciel par le Conseil constitutionnel trois ans plus tard¹⁷³⁵, qui témoigne de l'abandon de la résistance opposée depuis de longues années, pourrait permettre de contribuer à organiser les différences d'interprétation dont il fait l'objet.

515. Exemple de dialogue entre les juridictions administratives et la Cour de justice par le biais du renvoi préjudiciel. S'agissant plus directement du champ d'application de la Charte, un exemple d'échanges jurisprudentiels ayant trouvé son salut dans le recours au mécanisme préjudiciel est le débat évoqué précédemment entre les juridictions administratives sur la question de l'application de la Charte aux actes nationaux d'exécution des mesures de transposition de directives européennes et du champ

¹⁷³³ CJUE, GC, 22 juin 2010, aff. C-188 et 189/10, *Melki et Abdeli*.

¹⁷³⁴ Cons. const., 22 juill. 2010, décision n° 2010-4/17 QPC, *M. Alain C. et autres*, cons. 11.

¹⁷³⁵ Cons. const., 4 avril 2013, décision n° 2013-314 QPC, *M. Jeremy F.*

d’application de l’article 41 de la Charte¹⁷³⁶. La question à laquelle ont été confrontées nombre de juridictions administratives avait trait à l’application au contentieux du droit des étrangers de l’article 41 de la Charte relatif au droit à une bonne administration. Les affaires concernaient plus particulièrement les titres de séjour et les obligations de quitter le territoire français, deux types d’actes administratifs individuels exécutant les mesures nationales de transposition des directives européennes relatives aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier¹⁷³⁷.

Après un certain nombre d’interprétations divergentes des champs d’application des articles 51 et 41 de la Charte, la Cour de justice a été saisie de questions préjudicielles par deux tribunaux administratifs¹⁷³⁸. En signe de résistance, ou peut-être en signe de dialogue, le Conseil d’État a statué sur la même question sans attendre la réponse de la Cour. Il a rendu une interprétation du champ d’application de l’article 41 de la Charte qui ne correspond pas à celle de la Cour de justice de l’Union, estimant que le champ d’application n’était pas dérogoire à celui prévu par l’article 51 de la Charte. Par ailleurs, il a jugé que les mesures d’exécution des lois de transposition des directives appartenaient bien au champ d’application de la Charte¹⁷³⁹. La Cour l’a partiellement contredit quelques mois plus tard dans sa réponse aux questions préjudicielles en confirmant l’appartenance des mesures d’exécution au champ d’application du droit de l’Union mais en consacrant un champ d’application restreint de l’article 41¹⁷⁴⁰. Le Conseil d’État s’est finalement aligné sur la jurisprudence de la Cour de justice un an plus tard¹⁷⁴¹, instaurant une fois encore un dialogue entre des cours suprêmes françaises et la Cour de justice par le biais de questions préjudicielles. Il s’est manifesté par un refus de communication directe, rendant l’utilisation de la question préjudicielle par d’autres juridictions, également concernées par la question, nécessaire au rétablissement d’un canal de communication. Cette communication s’est

¹⁷³⁶ Cf. *supra*, §421.

¹⁷³⁷ Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, transposée notamment par la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l’immigration, à l’intégration et à la nationalité. Cette loi a, entre autres, modifié l’article L511-1 du CESEDA, fondement des actes administratifs individuels pris par les Préfets dans les affaires en cause.

¹⁷³⁸ TA Melun, 8 mars 2013, req. n° 1301686, *S. Mukarubega* et TA Pau, 30 avril 2013, req. n° 1300264, *K. Boudjlida*.

¹⁷³⁹ CE, 4 juin 2014, req. n° 370515, *Halifa*, publié au Lebon p. 152. Le Conseil d’État a suivi en cela les conclusions de son rapporteur public : X. DOMINO, « Droit d’être entendu et OQTF : un exemple du dialogue entre les jurisprudences », *AJDA*, 2014, n° 26, p. 1501-1506.

¹⁷⁴⁰ CJUE, 5 nov. 2014, aff. C- 166/13, *Mukarubega*, pts 42-45 et CJUE, 11 déc. 2014, aff. C-249/13, *Boudjlida*, pts 30-35.

¹⁷⁴¹ CE, 9 nov. 2015, req. n° 381171, mentionné dans les tables du Lebon.

muée en influence réciproque et a permis de trouver un compromis afin de débloquent une situation dans lesquelles des juridictions proposaient des interprétations divergentes d'une même règle. Par conséquent, le dialogue des juges au moyen du mécanisme de la question préjudicielle contribue à organiser les divergences d'interprétation du champ d'application de la Charte.

516. Utilisation limitée du mécanisme préjudiciel comme moyen de dialogue en Allemagne. En matière de champ d'application de la Charte, le mécanisme préjudiciel se révèle moins exploité en Allemagne. La Cour constitutionnelle fédérale, principale interlocutrice de la Cour de justice sur le sujet¹⁷⁴², est en effet plus réticente à utiliser la question préjudicielle comme moyen de dialogue, malgré les affirmations en ce sens¹⁷⁴³. Elle procède de préférence par décisions croisées avec la Cour de justice, ce qui lui permet d'opposer une résistance formelle à une hypothétique soumission à la Cour de justice.

Dans deux cas seulement, tous deux relatifs à la Banque centrale européenne, la Cour constitutionnelle fédérale s'est saisie du mécanisme préjudiciel¹⁷⁴⁴. La première question a toutefois été encadrée par tant de précisions et d'avertissements que la marge de manœuvre de la Cour de justice s'en est trouvée considérablement limitée. La décision de renvoi se révèle non seulement particulièrement longue, mais elle reprend également l'ensemble de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale sur la participation de l'Allemagne à l'Union européenne et les limites que cela implique en matière de compétences de l'Union et de la Cour de justice¹⁷⁴⁵. Pour chaque question posée, des orientations précises sur le sens de la réponse à apporter sont produites ainsi que sur les conséquences en droit allemand – et donc également sur le contrôle par la Cour constitutionnelle fédérale – des différentes réponses. Enfin, la moitié de l'arrêt, soit 50 paragraphes, est consacrée aux réponses qu'aurait apporté la Cour. La décision rendue par la Cour de justice a été extrêmement conciliante afin de ne pas heurter la Cour constitutionnelle mais a permis d'apporter une interprétation propre à la Cour de justice permettant un dialogue par influences croisées. La seconde question préjudicielle posée par la Cour constitutionnelle a pour sa part conduit à une foudroyante déclaration d'*ultra-vires* à l'égard de la réponse apportée par la Cour de

¹⁷⁴² Cf. *supra*, §431.

¹⁷⁴³ Cf. *supra*, §408.

¹⁷⁴⁴ BVerfG, 14 janv. 2014, décisions n° 2 BvR 2728/13, 2729/13, 2730/13, 2731/13, 2 BvE 13/13, *OMT-Vorlagebeschluss*, BVerfGE 134, 366 ; BVerfG, 18 juill. 2017, décisions n° 2 BvR 859/15, 1651/15, 2006/15, 980/16, BVerfGE 146, 216. Cf. *supra*, §408.

¹⁷⁴⁵ BVerfG, 14 janv. 2014, *OMT-Vorlagebeschluss*, *prec.*, §17-32.

justice de l’Union¹⁷⁴⁶. Si la charge dialogique apparaît difficile à appréhender dans une telle situation, les suites apportées à ce conflit ne manqueront pas de la révéler.

Si les juridictions allemandes utilisent abondamment le mécanisme préjudiciel¹⁷⁴⁷, elles sont d’une grande fidélité à la Cour constitutionnelle fédérale concernant le champ d’application de la Charte. Sur cette question, elles se positionne ainsi moins en confrontation avec la Cour de justice, laissant à la Cour constitutionnelle le rôle d’interlocuteur principal dans le dialogue par la résistance¹⁷⁴⁸.

517. Procédure de demande d’avis devant la CEDH. Outre le mécanisme de la question préjudicielle devant la Cour de justice de l’Union, une autre procédure d’envergure européenne « institutionnalis[ant] en quelques sortes le dialogue des juges »¹⁷⁴⁹ a été instaurée le 2 octobre 2013 par l’adoption du protocole n°16 à la CESDH. La procédure de demande d’avis est entrée en vigueur le 1^{er} août 2018 en raison de la ratification du protocole par un dixième état membre du Conseil de l’Europe, en l’occurrence la France. Elle « prévoit la possibilité pour les plus hautes juridictions des États parties d’adresser des demandes d’avis consultatif à la Cour sur des questions de principe relatives à l’interprétation ou à l’application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles »¹⁷⁵⁰.

Cette procédure se situe en dehors du dialogue interne à l’Union européenne, étant entendu qu’une adhésion de l’Union à la CESDH ne devrait en rien modifier l’interprétation du champ d’application de la Charte. La CEDH n’est en effet compétente que pour l’interprétation des droits fondamentaux, et uniquement ceux appartenant à la Convention. La demande d’avis consultatif ne permet donc pas de dialoguer directement sur le champ d’application de la Charte. Il n’est toutefois pas exclu qu’elle donne lieu à un dialogue croisé entre la Cour de justice de l’Union, la CEDH et les cours suprêmes nationales sur des questions relatives à la protection des droits fondamentaux touchant indirectement au

¹⁷⁴⁶ BVerfG, 5 mai 2020, décisions n° 2 BvR 859/15, 980/16, 2006/15, 1651/15, *EZB-Kaufprogramm*.

¹⁷⁴⁷ Entre 1965 et 2019, 2641 questions préjudicielles ont été posées à la Cour de justice par les juridictions allemandes (hors Cour constitutionnelle fédérale) qui détiennent le record de questions posées tous les États membres confondus. La France se situe loin derrière avec seulement 1052 questions préjudicielles posées. Source : *Rapport annuel 2019 de l’activité judiciaire de la Cour de justice et du Tribunal de l’Union européenne*, disponible sous : www.curia.eu

¹⁷⁴⁸ Cf. *supra*, §427. Les questions préjudicielles posées par les juridictions allemandes sur le champ d’application de la Charte se révèlent être d’une dimension plus technique que « stratégique ». Par exemple : CJUE, 8 nov. 2012, aff. C-40/11, *Iida* (*Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg*) ; CJUE, GC, 11 nov. 2014, aff. C-333/13, *Dano* (*Sozialgericht Leipzig*) ; CJUE, GC, 6 nov. 2018, aff. C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften* (*Bundesarbeitsgericht*).

¹⁷⁴⁹ N. BELLOUBET, « Repenser le rôle du juge constitutionnel. Les rapports entre le Conseil constitutionnel français et les ordres juridiques européens », in : B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, *op. cit.*, p. 708.

¹⁷⁵⁰ Descriptif du protocole n° 16 sur le site de la CEDH.

champ d'application de la Charte. Ce nouveau mécanisme préjudiciel d'échange avec la CEDH pourrait venir enrichir l'autre modèle de dialogue institutionnel, le dialogue par décisions croisées, qui a court tant avec la CEDH qu'entre les juridictions au sein de l'Union européenne.

2. Les discussions jurisprudentielles

518. Notion de discussion jurisprudentielle. Malgré l'absence d'un quelconque encadrement, la discussion jurisprudentielle peut être envisagée parmi les dialogues institutionnalisés « car [elle] est consubstantiel[le] au processus d'intégration »¹⁷⁵¹. La conception de la primauté du droit de l'Union défendue par la Cour de justice, loin d'être partagée par toutes les cours constitutionnelles des États membres, en est l'exemple le plus flagrant¹⁷⁵². La discussion jurisprudentielle repose sur la compréhension d'une décision par sa mise en perspective avec d'autres, rendues par une/des juridictions différente(s), leur lecture croisée formant un véritable dialogue qui se lit entre les lignes. En effet, il est rarement expressément indiqué dans les décisions qu'elles s'inscrivent dans le cadre d'un dialogue et répondent à une autre précédemment rendue. Le recours à la technique de l'interprétation conforme constitue néanmoins une exception à ce caractère implicite¹⁷⁵³.

De manière générale, la discussion jurisprudentielle est un mode de dialogue très usité au sein de l'Union. Elle présente le bénéfice de se situer en dehors de toute structure, contrairement au mécanisme préjudiciel, et de laisser ainsi toute latitude aux différentes cours non seulement pour commencer un dialogue, mais également pour le poursuivre. Elle ne porte en elle aucune contrainte autre que politique, susceptible de lier les cours dans leurs décisions futures. La seule volonté de réagir ou de faire réagir infléchit la décision à prendre.

519. Discussion jurisprudentielle permanente entre la Cour constitutionnelle fédérale et la Cour de justice – Protection des droits fondamentaux. Ce mode de dialogue est très largement préféré par la Cour constitutionnelle fédérale. Cette dernière a ainsi établi une discussion quasi permanente avec la Cour de justice depuis les années 1970, sur la question des droits fondamentaux d'abord, puis au sujet de l'interprétation du champ d'application de la Charte. Les échanges relatifs aux droits fondamentaux ont constitué un

¹⁷⁵¹ L. BURGORGUE-LARSEN, « De l'internationalisation du dialogue des juges ... », *op. cit.*, p. 104.

¹⁷⁵² *Ibid.*

¹⁷⁵³ D. SIMON, « Repenser le raisonnement interprétatif : autonomie ou circulation des principes, des méthodes et des techniques, dans les rapports de systèmes », in : B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, *op. cit.*, p. 611 et s.

maillon essentiel du développement de leur protection dans l’Union européenne¹⁷⁵⁴. Ce récit a par conséquent maintes fois été traité par la doctrine¹⁷⁵⁵. La résistance opposée par la Cour constitutionnelle fédérale et l’influence de cette résistance sur la Cour de justice ont émaillé tout l’échange et conduisent à le qualifier de véritable dialogue au sens proposé par Laurence Burgogue-Larsen¹⁷⁵⁶.

Après une reconnaissance un peu vague de principes généraux du droit de l’Union par la Cour de justice¹⁷⁵⁷, la Cour constitutionnelle fédérale d’Allemagne, dans l’arrêt *Solange I*, a estimé que la protection des droits fondamentaux garantie par l’Union n’apparaissait pas suffisante. En conséquence, les normes de droit de l’Union devaient jusqu’à nouvel ordre être contrôlées au regard des droits fondamentaux garantis par la Loi fondamentale¹⁷⁵⁸. Tout en continuant d’affirmer que le droit de l’Union ne devait être jugé qu’au regard des droits fondamentaux de l’Union, la Cour de justice a pris en compte l’avertissement lancé par la Cour constitutionnelle et entrepris un chantier considérable d’approfondissement de sa jurisprudence relative aux principes généraux du droit de l’Union¹⁷⁵⁹. Le travail a porté ses fruits car, quelques années plus tard, la Cour constitutionnelle fédérale est revenue sur sa décision dans l’arrêt *Solange II*. Elle y juge la protection des droits fondamentaux nouvellement garantie par la Cour de justice suffisante pour ne plus contrôler le droit de l’Union à l’aune des droits fondamentaux de la Loi fondamentale¹⁷⁶⁰. Cette ligne jurisprudentielle vaut, toutefois, uniquement tant que la protection générale apportée est suffisante et équivalente à celle garantie par la Loi fondamentale¹⁷⁶¹.

¹⁷⁵⁴ Cf. *supra*, §44. et 384.

¹⁷⁵⁵ Voir notamment : T. VON DANWITZ, « (§6) Gerichtlicher Schutz der Grundrechte », in : A. HATJE, P.-C. MÜLLER-GRAFF, C. GRABENWARTER (éd.), *Enzyklopädie Europarecht*, vol. 2 : Europäischer Grundrechtsschutz, Baden-Baden, Nomos, 2014, pts 11 et s.

¹⁷⁵⁶ Cf. *supra*, §513.

¹⁷⁵⁷ CJCE, 12 nov. 1969, aff. C-29/69, *Stauder c/ Stadt Ulm* ; CJCE, 17 déc. 1970, aff. C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c/ Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* ; CJCE, 14 mai 1974, aff. C-4/73, *Nold KG c/ Commission*. Pour un développement de ces décisions, Cf. *supra*, §44.

¹⁷⁵⁸ BVerfG, 29 mai 1974, *Solange I*, prec.

¹⁷⁵⁹ Notamment : CJCE, 27 oct. 1976, aff. C-130/75, *Prais c/ Conseil* (liberté de pensée, de conscience et de religion) ; CJCE, 8 avril 1976, aff. C-43/75, *Defrenne c/ SABENA* (non-discrimination en raison du sexe) ; CJCE, 13 fév. 1979, aff. C-85/76, *Hoffmann-La Roche c/ Commission* (droits de la défense) ; CJCE, 13 déc. 1979, aff. C-44/79, *Hauer c/ Land Rheinland-Pfalz* (droit de propriété et droit au libre exercice d’une activité économique) ; CJCE, 26 juin 1980, aff. C-136/79, *National Panasonic c/ Commission* (droits de la défense) ; CJCE, 18 mai 1982, aff. C-155/79, *AM & S c/ Commission* (droit au respect de la correspondance) ; CJCE, 10 juill. 1984, aff. C-63/83, *Kirk* (principe de la légalité des délits et des peines) ; CJCE, 15 mai 1986, aff. C-222/84, *Johnston c/ Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* (droit à une protection juridictionnelle effective) ; CJCE, 25 nov. 1986, aff. C-201 et 202/85, *Klensch c/ Secrétaire d’État* (principe général d’égalité).

¹⁷⁶⁰ BVerfG, 22 oct. 1986, *Solange II*, prec.

¹⁷⁶¹ BVerfG, 7 juin 2000, décision n° 2 BvL 1/97, *Bananenmarkt*, BVerfGE 102, 147.

520. Discussion jurisprudentielle permanente entre la Cour constitutionnelle fédérale et la Cour de justice – Champ d'application des droits fondamentaux. Par la suite, la Cour constitutionnelle fédérale a développé deux autres types de contrôles qui ont directement ou non trait à la protection des droits fondamentaux¹⁷⁶². Tant le contrôle de l'identité constitutionnelle que le contrôle de l'*ultra-vires* ont pour objet de freiner les velléités de la Cour de justice d'étendre sa compétence de contrôle à l'excès en attribuant un champ d'application perçu comme trop étendu aux principes généraux du droit, sur le fondement d'une conception toute personnelle de la primauté et de l'unité du droit de l'Union¹⁷⁶³.

La conjugaison des arrêts *Åkerberg Fransson* et *Melloni*, rendus par la Cour de justice le même jour et visant à clarifier le champ d'application de la Charte, a puissamment relancé le dialogue. Dans ces deux décisions, le champ d'application de la Charte est assimilé à celui du droit de l'Union. Par conséquent, toutes les réglementations nationales entrant dans le champ d'application du droit de l'Union, peu importe qu'elles aient été adoptées pour le transposer ou non, appartiennent au champ d'application de la Charte¹⁷⁶⁴. Lorsque la situation n'est que partiellement déterminée par le droit de l'Union, les droits fondamentaux nationaux peuvent également être appliqués sous réserve de ne pas porter atteinte aux droits fondamentaux garantis par l'Union, à sa primauté, à son unité et à son effectivité¹⁷⁶⁵.

Dans sa décision *Antiterrordatei*, la Cour constitutionnelle fédérale a exprimé une franche opposition à l'interprétation proposée dans l'arrêt *Åkerberg Fransson* en rendant, dans un intervalle de deux mois seulement, une décision en tout point contraire. Dans une longue simagrée, l'arrêt de la Cour de justice est interprété par la Cour constitutionnelle comme restreignant le champ d'application de la Charte aux seules dispositions entièrement déterminées par le droit de l'Union, toute autre disposition relevant du champ d'application des droits fondamentaux nationaux. La Cour oppose ainsi sa vision du champ d'application de la Charte et menace indirectement la Cour de justice de mettre en œuvre ses contrôles

¹⁷⁶² Sur le contrôle de l'identité constitutionnelle : BVerfG, 30 juin 2009, décision n° 2 BvE 2/08, *Lissabon*, BVerfGE 123, 267. Sur le contrôle *ultra-vires* : BVerfG, 12 oct. 1993, décisions n° 2 BvR 2134/92, 2159/92, *Maastricht*, BVerfGE 89, 155 ; BVerfG, 6 juill. 2010, décision n° 2 BvR 2661/06, *Honeywell*, BVerfGE 126, 286 ; BVerfG, 21 juin 2016, décision n° 2 BvR 2728/13, *OMT Programm*, BVerfGE 142, 123 ; BVerfG, 30 juill. 2019, décisions n° 2 BvR 1685/14, 2631/14, *Anleihenkaufprogramm der EZB* ; BVerfG, 5 mai 2020, décisions n° 2 BvR 859/15, 980/16, 2006/15, 1651/15, *EZB-Kaufprogramm*. Sur les deux types de contrôle, cf. *supra*, §390.

¹⁷⁶³ Parmi les décisions qui ont pu être critiquées : CJCE, 18 juin 1991, aff. C-260/89, *ERT c/ DEP* ; CJCE, 11 juill. 2002, aff. C-60/00, *Carpenter* ; CJCE, 12 juin 2003, aff. C-112/00, *Schmidberger* ; CJUE, GC, 8 mars 2011, aff. C-34/09, *Ruiz Zambrano* ; CJUE, 7 juin 2012, aff. C-27/11, *Vinkov*.

¹⁷⁶⁴ CJUE, GC, 26 fév. 2013, *Åkerberg Fransson*, *prec.*, pts 19-31.

¹⁷⁶⁵ CJUE, GC, 26 fév. 2013, *Melloni*, *prec.*, pt 60.

de l’identité constitutionnelle ou de l’*ultra-vires* en cas de maintien de la jurisprudence *Åkerberg Fransson*¹⁷⁶⁶. Si la Cour de justice a quelque peu tempéré sa formulation par la suite¹⁷⁶⁷ et posé des critères pour encadrer l’identification du champ d’application de la Charte¹⁷⁶⁸, elle n’a pas pour autant reculé face à la Cour constitutionnelle. Cette dernière a maintenu son interprétation restrictive jusqu’à deux décisions rendues le 6 novembre 2019.

Sans aucun signe précurseur, la première chambre de la Cour constitutionnelle a opéré un virage à 180 degrés dans sa stratégie relative au champ d’application de la Charte. Dans les décisions *Recht auf Vergessen I* et *II*, les champs d’application des droits fondamentaux nationaux et de l’Union ne sont plus pensés comme strictement distincts. Au contraire, ils peuvent être cumulatifs et la comparabilité de leur protection pourrait renvoyer la question de la délimitation de leur champ d’application respectif au second plan¹⁷⁶⁹. Il apparaît donc que la Cour constitutionnelle a modifié sa stratégie dialogique : la stratégie de résistance aux évolutions portées par la Cour de justice pourrait être abandonnée au profit d’une stratégie de prévention visant à devancer la Cour de justice afin de mieux l’influencer, voire la contraindre¹⁷⁷⁰.

S’agissant de la décision *Melloni*, la Cour constitutionnelle fédérale a pris un certain temps avant de rendre une décision pouvant s’apparenter à une réponse. Elle l’a fait de manière toute aussi directe que pour l’arrêt *Åkerberg Fransson* dans l’arrêt *Europäischer Haftbefehl II*. La Cour constitutionnelle fédérale y réinterprète une décision-cadre européenne en jugeant, en complète opposition avec l’arrêt *Melloni*, que cette mesure prévoit une limite à l’exécution d’un mandat d’arrêt européen notamment en présence d’une violation des droits fondamentaux. De plus, elle juge que l’équivalence des protections entre les droits fondamentaux nationaux et la Charte peut s’effacer également devant l’exigence de respect de l’identité constitutionnelle d’un État membre, argument pourtant jamais évoqué par la Cour de justice¹⁷⁷¹. Devant cette seconde réaction d’opposition, la Cour de justice a tempéré l’apport de la décision *Melloni* de manière à ne pas commuer le

¹⁷⁶⁶ BVerfG, 24 avril 2013, décision n° 1 BvR 1215/07, *Antiterrordateigesetz*, BVerfGE 133, 277, §88-91. Sur l’épisode de discussion jurisprudentielle de ces arrêts, voir : T. VON DANWITZ, « Verfassungsrechtliche Herausforderungen in der jüngeren Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union », *EuGRZ*, 2013, n° 10-12, p. 261.

¹⁷⁶⁷ CJUE, ord. 7 mars 2013, aff. C-178/12, *Rivas Montes*, pts 37 et s.

¹⁷⁶⁸ CJUE, 8 mai 2013, aff. C-87/12, *Ymeraga et Ymeraga-Tafarshiku*, pt 41 ; CJUE, 6 mars 2014, aff. C-206/13, *Siragusa*, pts 24-26 ; CJUE, 10 juill. 2014, aff. C-198/13, *Julian Hernández e.a.*, pts 32-36.

¹⁷⁶⁹ BVerfG, 6 nov. 2019, *Recht auf Vergessen I*, prec. ; BVerfG, 6 nov. 2019, *Recht auf Vergessen II*, prec.

¹⁷⁷⁰ La décision rendue le 5 mai 2020 par la Cour constitutionnelle fédérale et déclarant *ultra-vires* différentes décisions de la Banque centrale européenne et un arrêt de la Cour de justice de l’Union vient conforter cet argument : BVerfG, 5 mai 2020, *EZB-Kaufprogramm*, prec.

¹⁷⁷¹ BVerfG, 15 déc. 2015, *Europäischer Haftbefehl II*, prec. Cf. *supra*, §507.

dialogue en conflit ouvert. La décision *Aranyosi et Căldăraru* reconnaît ainsi une limite à l'exécution d'un mandat d'arrêt européen en présence d'une violation caractérisée des droits fondamentaux¹⁷⁷².

La discussion jurisprudentielle s'est donc révélée essentielle dans l'évolution du conflit relatif à la détermination du champ d'application de la Charte entre la Cour de justice de l'Union et la Cour constitutionnelle fédérale. Si le dialogue est encore loin d'être terminé, nombre d'obstacles ont pu être surmontés par son biais, sans pour autant arriver à des solutions d'uniformité du droit. À ce titre, l'équivalence des protections a joué un rôle clé et est encore appelée à le faire.

521. Discussion jurisprudentielle consensuelle avec le Conseil constitutionnel.

Hors cadre préjudiciel, la discussion entre la Cour de justice de l'Union et les juridictions françaises se révèle moins véhémente. Elle se fonde sur la prise en compte, dans quelques décisions de principe, de tout un pan de la jurisprudence de la Cour de justice. Les décisions françaises se présentent donc comme des réponses à un dialogue engagé par la Cour de justice et se concentrent tout particulièrement autour de la question de la primauté. En témoignent la décision du Conseil constitutionnel *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* et les arrêts du Conseil d'État *Arcelor* et *Ordre national des barreaux*¹⁷⁷³. Malgré les régulières réaffirmations de la primauté de la Constitution dans l'ordre juridique français par les cours suprêmes¹⁷⁷⁴, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État ont adopté des approches conciliantes face à la primauté du droit de l'Union consacrée par la Cour de justice de l'Union¹⁷⁷⁵. La décision *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* transforme ainsi l'obligation de transposition des directives de l'Union issue des traités européens en une obligation constitutionnelle¹⁷⁷⁶. De cette façon, le grief d'inconstitutionnalité d'une directive ne peut, s'il est reconnu, donner lieu à l'éviction de la directive de l'ordre juridique national et conduire à sa non-transposition et non-application. De plus, le contrôle des dispositions inconditionnelles et précises des

¹⁷⁷² CJUE, GC, 5 avril 2016, *Aranyosi et Căldăraru*, prec. Cf. *supra*, §508. Sur la suite de cette discussion jurisprudentielle et l'encadrement apporté par la Cour à la limite, voir : G. TAUPIAC-NOUVEL, « Derniers développements concernant le mandat d'arrêt européen : la Cour de justice au secours de la construction répressive européenne » [en ligne], *ELSJ*, 28 octobre 2018, disponible sous : www.gdr-elsj.eu

¹⁷⁷³ Cons. const., 10 juin 2004, décision n° 2004-496 DC, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* ; CE Ass., 8 fév. 2007, *Société Arcelor*, prec. ; CE Sect., 10 avril 2008, req. n° 296845, *Conseil national des barreaux*, publié au Lebon p. 129.

¹⁷⁷⁴ Cons. const., 19 nov. 2004, décision n° 2004-505 DC, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, cons. 10 ; CE Ass., 30 oct. 1998, req. n° 200286 et 200287, *Sarran, Levacher e.a.*, publié au Lebon p. 369 ; Cass. Ass. plén., 2 juin 2000, req. n° 99-60.274, *Pauline Fraisse*.

¹⁷⁷⁵ CJCE, 15 juill. 1964, aff. C-6/64, *Costa c/ E.N.E.L*, p. 1159.

¹⁷⁷⁶ Cons. const., 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, prec., cons. 7 et 9.

directives, notamment au regard des droits fondamentaux, est écarté devant le Conseil constitutionnel afin d’éviter un conflit de normes insolubles. La primauté du droit de l’Union est ainsi conservée, étant donné que l’obligation de transposition des directives est appliquée en droit interne. De même, la primauté de la Constitution se trouve garantie dans la mesure où cette obligation résulte de la Constitution.

522. Discussion jurisprudentielle consensuelle avec le Conseil d’État. L’arrêt *Arcelor* du Conseil d’État est venu valoriser le raisonnement conciliant du Conseil constitutionnel et confirmer la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de justice de l’Union. En effet, le Conseil d’État a été confronté à une demande de contrôle de conformité à des principes de valeur constitutionnelle d’un décret pris pour l’exécution d’une ordonnance de transposition d’une directive inconditionnelle et précise. Il a refusé d’exécuter le contrôle sous cette forme dans la mesure où cela aurait conduit à contrôler le droit de l’Union au regard des règles constitutionnelles nationales. Tout autrement, il a reconnu l’existence d’une équivalence entre les principes constitutionnels invoqués et les droits fondamentaux de l’Union correspondants afin de transposer un conflit entre une mesure nationale d’exécution et la Constitution en un conflit entre une directive européenne inconditionnelle et précise et les droits fondamentaux de l’Union. Contrairement au premier, ce second type de conflit est susceptible d’être renvoyé à la Cour de justice en cas de difficultés et ne pose plus de problème de primauté d’application du droit national ou de l’Union¹⁷⁷⁷.

Dans son arrêt *Conseil national des barreaux*, le Conseil d’État reprend ce raisonnement fondé sur l’équivalence des protections et la possibilité de transposition du conflit entre droit national et européen qui en résulte afin de l’appliquer à un éventuel conflit de norme entre directive de l’Union et CESDH. L’équivalence des protections reconnue par la Cour de justice de l’Union entre les droits fondamentaux de l’Union et ceux consacrés par la CESDH¹⁷⁷⁸ est ainsi mise à profit afin d’opérer une transposition du conflit en droit de l’Union. L’interprétation de la directive par le juge se fonde également sur une décision de la Cour de justice dans laquelle la même directive a été interprétée¹⁷⁷⁹.

523. Efficacité de la discussion jurisprudentielle. Bien que moins intense et conflictuelle qu’entre la Cour constitutionnelle fédérale d’Allemagne et la Cour de justice,

¹⁷⁷⁷ CE Ass., 8 fév. 2007, *Société Arcelor*, prec.

¹⁷⁷⁸ Le Conseil d’État opère un renvoi à l’arrêt : CJCE, 15 oct. 2002, aff. C-238, 244, 245, 247, 250, 252, 254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. c/ Commission*.

¹⁷⁷⁹ CE Sect., 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux*, prec.

la discussion jurisprudentielle fonctionne également entre cette dernière et les juridictions française¹⁷⁸⁰. Elle se caractérise toutefois moins par la résistance que par une réception à leur manière de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union par les juridictions nationales. Ce fonctionnement permet toutefois « d'éviter un choc frontal entre la suprématie de la Constitution en droit interne et le caractère absolu de la primauté en droit de l'Union européenne »¹⁷⁸¹. Si, jusqu'à présent, la discussion n'a pas directement porté sur l'interprétation du champ d'application de la Charte et les divergences auxquelles elle peut conduire, le respect de la primauté de chacun des deux ordres juridiques ainsi posé constitue une première pierre indispensable et donne une direction à l'organisation de ces divergences. La discussion jurisprudentielle s'ajoute ainsi au mécanisme préjudiciel pour entretenir le dialogue entre les juges dans un cadre institutionnel. Ce cadre est complété par un dialogue plus informel, mais parfaitement complémentaire et tout aussi efficace.

B) Développement d'un puissant dialogue informel

524. Le dialogue informel tire sa caractéristique principale du fait de ne pas être encadré par un mécanisme institutionnel ou de ne pas résulter d'un besoin inhérent au système institutionnel¹⁷⁸². Compte tenu de son caractère non contraint, ce dialogue ne prend pas directement sa source dans une résistance à un système. Plus spontané, il est également plus unilatéral, sans « discussion “à deux ou à plusieurs” »¹⁷⁸³. Naïké Lepoutre note qu'il ne présente pas de symétrie et « ne recouvre [...] aucune charge dialogique » étant donné que « l'objet de l'échange entre interlocuteurs n'est jamais commun ». « [C]es techniques [...] ne puisent pas leurs ressources dans un rapport de réciprocité ou d'échange »¹⁷⁸⁴. À ce titre, le dialogue informel peut être qualifié de « monologues juridictionnels croisés »¹⁷⁸⁵. Son caractère informel en fait une ressource précieuse pour ordonner de manière non hiérarchique les divergences d'interprétation du champ d'application de la Charte. On peut

¹⁷⁸⁰ En ce sens, relativement à l'arrêt du Conseil d'État, *Conseil national des barreaux* : J. BIANCARELLI, « Être un juriste de droit européen : un singularisme, un prisme, une lecture, un isolement – évolution au fil des ans », in : B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, op. cit., p. 1101.

¹⁷⁸¹ S. PLATON, « Le contrôle de constitutionnalité des actes nationaux d'application du droit de l'Union européenne », in : *La Constitution, l'Europe et le droit : liber amicorum discipulorumque. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2013, p. 890.

¹⁷⁸² Contrairement à la discussion jurisprudentielle, inhérente au fonctionnement de l'Union. Cf. *supra*, §518.

¹⁷⁸³ Évoqué concernant le « dialogue débridé », assez proche de ce que nous entendons par « dialogue informel » : L. BURGORGUE-LARSEN, « De l'internationalisation du dialogue des juges ... », op. cit., p. 116.

¹⁷⁸⁴ N. LEPOUTRE, « L'impact de l'hétérogénéité du dialogue sur sa juridicité », op. cit., p. 133.

¹⁷⁸⁵ H. MUIR-WATT, G. TUSSEAU, « Repenser le dévoilement de l'idéologie juridique : une approche fictionnelle de la gouvernance globale », in : B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, op. cit., p. 198.

distinguer au sein du dialogue informel le dialogue informel explicite (1) et le dialogue informel implicite (2)¹⁷⁸⁶.

1. Le dialogue informel explicite

525. Mode de rédaction des décisions. Le dialogue informel est explicite lorsqu'il est formulé et sans équivoque. À ce titre, il peut se traduire par le mode de rédaction des décisions comme par des contacts personnels entre les juges ou les juridictions. À l'occasion de la rédaction de décisions, le dialogue informel se caractérise par une prise en compte dans les visas, dans un *obiter dictum* ou au sein de la motivation, de décisions étrangères à l'ordre juridique concerné¹⁷⁸⁷. Laurence Burgorgue-Larsen envisage ces citations comme « donn[ant] du poids à une jurisprudence balbutiante en la recouvrant d'une autorité incontestée » afin de légitimer une position¹⁷⁸⁸.

L'exemple de la décision *Europäischer Haftbefehl II* de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne est à ce titre flagrant. Pour justifier de la création unilatérale d'une limite relative à la protection de l'identité constitutionnelle dans l'exécution du mandat d'arrêt européen, la Cour ne cite pas moins de 27 décisions de cours suprêmes appartenant à dix États membres de l'Union autres que l'Allemagne et consacrant une identité constitutionnelle nationale¹⁷⁸⁹. Elle crée ainsi une brèche dans le champ d'application de la Charte des droits fondamentaux en jugeant que cette dernière ne protège pas suffisamment les droits garantis par les identités constitutionnelles nationales. Sans pouvoir être qualifiée de discussion, cette pratique manifeste une prise en compte des jurisprudences des autres cours et témoigne d'un dialogue des juges informel, mais explicite, sur la question de l'interprétation du champ d'application de la Charte.

526. Contacts entre juges et juridictions. Le contact personnel entre les juges représente un second mode de dialogue informel explicite très efficace. Il se traduit par le développement d'associations ou de réseaux de juges visant à échanger sur leurs pratiques réciproques, ainsi que par l'organisation de colloques de dimension européenne. L'existence de l'Association des Conseils d'État et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne (ACA-Europe), du Réseau des présidents de Cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne ou encore de la Conférence des Présidents des

¹⁷⁸⁶ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Réflexions sur les portées respectives de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in : B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, op. cit., p. 1147-1148.

¹⁷⁸⁷ *Ibid.* ; N. LEPOUTRE, « L'impact de l'hétérogénéité du dialogue sur sa juridicité », op. cit., p. 133.

¹⁷⁸⁸ L. BURGORGUE-LARSEN, « De l'internationalisation du dialogue des juges ... », op. cit., p. 122.

¹⁷⁸⁹ BVerfG, 15 déc. 2015, *Europäischer Haftbefehl II*, prec., §47.

Cours d'appel de l'Union européenne en témoignent, tout comme les nombreuses conférences organisées par ces structures depuis leurs créations respectives. Ces espaces de dialogues jouent un rôle fondamental dans la prise en compte des jurisprudences des autres États membres ainsi que dans la résolution des conflits. Ils offrent un espace de discussion dans lequel la recherche d'accord commun n'est pas nécessaire et permettent ainsi de mieux connaître les systèmes juridiques des différents états tout comme les logiques qui les sous-tendent. L'objectif visé est « d'établir une relation d'écoute et de compréhension mutuelle » en tissant des liens¹⁷⁹⁰. Le 23^{ème} colloque de l'Association des Conseils d'État et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne s'est par exemple tenu en 2013 sur le thème de « L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par les tribunaux nationaux : l'expérience des tribunaux administratifs »¹⁷⁹¹. Il a permis un échange d'information considérable, de faire émerger les difficultés de chacun et de cibler les points de convergence comme ceux de divergence. Or, la connaissance du fondement des divergences de jurisprudence se révèle cruciale pour leur résolution ou leur ordonnancement. L'amélioration de la connaissance implique une amélioration de la prise en compte des droits étrangers par les juges et conduit à un renforcement du dialogue des juges en général, également notoire dans le cadre du dialogue informel implicite.

2. Le dialogue informel implicite

527. Aspects spécifiques. Par déduction, le dialogue informel implicite est le dialogue qui n'est ni organisé, ni formulé. Il est sous-jacent et doit nécessairement se deviner à force de recherche ou d'interprétation. Des traces de dialogue implicite se trouvent dans l'analyse des méthodes de travail des cours, dans l'analyse du contexte de production de la décision, dans la détection de raisonnements analogiques entre décisions de différentes cours ou encore dans les conclusions des avocats généraux, rapporteurs publics, *etc.*¹⁷⁹². Ce dialogue vise à construire plutôt qu'à s'opposer. Il s'inscrit généralement dans une démarche positive, dans la mesure où une cour utilisant un mode d'expression informel et implicite ne peut légitimement attendre une réponse. En effet, l'expression d'un refus ou d'une opposition à un système par ce biais fait courir le risque que le message ne soit pas détecté.

¹⁷⁹⁰ N. LEPOUTRE, « L'impact de l'hétérogénéité du dialogue sur sa juridicité », *op. cit.*, p. 133. Sur ce dialogue informel entre juges, voir également : M.H. RANDALL, « Der grundrechtliche Dialog der Gerichte in Europa », *op. cit.*, p. 9.

¹⁷⁹¹ Rapport général du 23^e colloque de l'Association des Conseils d'État et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne, Madrid, 25-26 juin 2013, disponible sur le site de l'ACA-Europe.

¹⁷⁹² V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Réflexions sur les portées respectives de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 1147-1148.

Par sa nature, le discours informel implicite prend donc la forme d’un pas en avant vers un rapprochement à l’égard d’autres droits et participe du dialogue entre les juges.

528. Recours à l’hétérarchie par le biais du dialogue informel implicite. Au sein de l’Union, cette pratique de dialogue informel implicite a contribué à la mise en place d’« aménagements pragmatiques afin de permettre la poursuite de l’intégration »¹⁷⁹³. L’abandon d’une recherche systématique de solutions de type hiérarchique pour accepter un ordonnancement hétérarchique en fait partie¹⁷⁹⁴. Un exemple significatif de cette pratique est l’arrêt *Arcelor* du Conseil d’État¹⁷⁹⁵. La solution embrassée est de nature hétérarchique, dans la mesure où elle cherche à concilier les exigences de primauté tant de la Constitution nationale que du droit de l’Union. Le raisonnement adopté prend en compte les exigences et compétences de chacun afin de proposer une protection renforcée des droits fondamentaux, un ordonnancement des normes reconnaissant la primauté de la Constitution comme du droit de l’Union et une relation apaisée entre juridictions. Le dialogue dans lequel l’arrêt s’inscrit est toutefois informel et implicite étant donné que la solution trouve toute entière sa source dans les conclusions du Commissaire du gouvernement¹⁷⁹⁶. Ce dernier y a d’ailleurs indiqué qu’elles « répond[ai]ent aux exigences du dialogue des juges dans le cadre duquel [il a] d’emblée inscrit [ses] réflexions » afin de participer « de manière harmonieuse, au concert des cours suprêmes nationales qui cherchent toutes, dans le respect de leurs traditions respectives, à ce qu’à l’imbrication des droits constitutionnels et du droit communautaire corresponde à une efficace et loyale coopération des juridictions »¹⁷⁹⁷. Elles proposent également de multiples références à la jurisprudence de différentes cours suprêmes européennes afin de s’en inspirer pour construire ce nouveau contrôle ou bien afin de le légitimer¹⁷⁹⁸.

529. Nécessité du caractère implicite du recours à l’hétérarchie. Comme le démontre la solution retenue par le Conseil d’État, les solutions de type hétérarchique requièrent une part de renoncement des cours vis-à-vis de leurs raisonnements traditionnels et du caractère absolu de la primauté de leurs Constitutions¹⁷⁹⁹. Or, si ce nouveau paradigme

¹⁷⁹³ J.-P. JACQUE, « Quelques considérations sur les rapports de systèmes », *op. cit.*, p. 1125.

¹⁷⁹⁴ É. DUBOUT, B. NABLI, *Droit français de l’intégration européenne*, *op. cit.*, p. 162 et s.

¹⁷⁹⁵ CE Ass., 8 fév. 2007, *Société Arcelor*, *prec.*

¹⁷⁹⁶ Conclusions du Commissaire du gouvernement Matthias Guyomar sous CE Ass., 8 fév. 2007, *Société Arcelor*, *prec.*

¹⁷⁹⁷ M. GUYOMAR, « Le contrôle de constitutionnalité d’un règlement transposant une directive communautaire – Conclusions sur Conseil d’État, Assemblée, 8 février 2007, Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres », *RFDA*, 2007, n° 2, notamment p. 398.

¹⁷⁹⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹⁹ H. MUIR-WATT, G. TUSSEAU, « Repenser le dévoilement de l’idéologie juridique ... », *op. cit.*, p. 198. Également : M. SAFJAN, D. DÜSTERHAUS, A. GUERIN, « La Charte des droits fondamentaux de l’Union

est appelé par de nombreuses voix, il n'a pas supplanté le recours au principe hiérarchique¹⁸⁰⁰. Le recours à l'hétérarchie se fait donc souvent de manière inavouée, sous l'apparence d'une clôture des ordres juridiques les uns vis-à-vis des autres¹⁸⁰¹. Pour autant, estime Constance Grewe, le dépassement du principe hiérarchique est « nécessairement sous-jacent lorsque l'analyse classique des rapports de systèmes débouche sur l'impasse de l'exclusivité, chaque ordre affirmant sa primauté sur tous les autres. Dans ces hypothèses, seules des solutions toutes pragmatiques de dialogue ou de coopération peuvent permettre de trouver une issue. La doctrine n'a pas manqué de voir dans ce comportement une application des théories pluralistes »¹⁸⁰².

530. Exemple d'influence du dialogue informel implicite sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel. En ce sens, la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au contrôle de conventionnalité constitue un exemple topique de l'influence que peuvent avoir les dialogues implicites sur les cours et leur volonté d'y participer. Le Conseil constitutionnel a adopté en 1975 une position ferme écartant de son champ de compétence tout contrôle de conventionnalité. Le contrôle de constitutionnalité des lois lui revient donc, tandis que le contrôle de conventionnalité de ces mêmes lois devra être exercé par les juridictions ordinaires¹⁸⁰³. « [Ce] cloisonnement s'est [toutefois] révélé impraticable »¹⁸⁰⁴ selon Guy Canivet, dans la mesure où il se heurte à la réalité des contrôles. Tout d'abord, le juge constitutionnel se doit de tenir compte du droit de l'Union et de la CESDH dans son office afin de ne pas entrer en contradiction avec eux. L'absence de prise en compte pourrait en effet conduire à des interférences et à une privation de la portée pratique de ses décisions si le juge constitutionnel devait reconnaître conforme aux droits fondamentaux de la Constitution une loi que la CEDH ou la CJUE jugeraient non conforme aux droits fondamentaux respectivement garantis par elles. De plus, il est fréquemment saisi au titre de l'article 54 de la C^o pour effectuer un contrôle de la constitutionnalité des traités européens avant leur ratification. Il contrôle donc le droit européen à cette occasion. En

européenne et les ordres juridiques nationaux ... », *op. cit.*, p. 244 : « Parler de primauté revient à parler de hiérarchie des normes ».

¹⁸⁰⁰ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*

¹⁸⁰¹ En témoignent les conclusions du Commissaire du gouvernement dans l'affaire Arcelor, qui répètent à maintes reprises que cette solution d'ouverture ne remet pas en cause la hiérarchie des normes et la primauté de la Constitution dans l'ordre juridique interne.

¹⁸⁰² C. GREWE, « Repenser les fondements des rapports de systèmes », in : B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, *op. cit.*, p. 555-557.

¹⁸⁰³ Cons. const., 15 janv. 1975, décision n° 74-54 DC, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*.

¹⁸⁰⁴ G. CANIVET, « La protection des droits fondamentaux en Europe. L'incontournable question de l'application du droit européen par le juge constitutionnel français. "De l'impraticable séparation à l'inévitable coordination" », in : B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, *op. cit.*, p. 1158.

outre, le contrôle de constitutionnalité des lois qu’il opère concerne également des lois de transposition de directives précises et inconditionnelles. Leur contrôle revient à contrôler la constitutionnalité du droit matériel européen, hors engagements internationaux. Enfin, le droit français ne pouvant être contrôlé par rapport aux droits fondamentaux de la Constitution par les juges ordinaires, il s’est profondément transformé sous l’empire de son contrôle vis-à-vis des droits fondamentaux internationaux.

Face à l’accumulation de difficultés, plusieurs actions ont été entreprises¹⁸⁰⁵. D’une part, le constituant a introduit la question prioritaire de constitutionnalité afin de « replacer la Constitution au centre du dispositif de protection des droits de l’homme »¹⁸⁰⁶. D’autre part, il a choisi de créer une brèche dans le cloisonnement en ouvrant, sur le fondement des exigences dégagées de l’article 88-1 C°, la possibilité d’examiner la compatibilité d’une loi avec la directive qu’elle a pour objet de transposer¹⁸⁰⁷. À l’heure actuelle, la méthode retenue par le Conseil constitutionnel consiste donc à préserver le cloisonnement formel qu’il a lui-même créé, tout en « procéd[ant] de manière systématique mais implicite à un contrôle de conventionnalité dont il se refuse le pouvoir »¹⁸⁰⁸. Son emprunt aux jugements européens est en effet considérable, quand bien même il n’est pas explicite¹⁸⁰⁹.

Le dialogue des juges qui s’est déroulé sous les yeux du Conseil constitutionnel et sa participation d’abord (très) implicite à celui-ci ont conduit à une véritable transformation de fond de sa jurisprudence. La modification du mode de rédaction de ses décisions afin de les rendre plus lisibles (aux juges étrangers notamment) participe certainement de cette transformation. Les conséquences sur le dialogue entre juges européens sont également vastes, étant donné que le Conseil constitutionnel s’est coupé de son isolement et participe désormais ouvertement aux dialogues institutionnels et informels explicite.

531. Dialogue informel implicite, hétérarchie et champ d’application de la Charte.

De manière générale, le dialogue informel implicite facilite le recours par les juges à d’autres types de solutions que celles résultant du principe hiérarchique. Le paradigme de l’hétérarchie semble principalement en bénéficier, dans la mesure où il s’inscrit dans la droite ligne d’un dialogue efficace entre les juges. Le dialogue informel explicite permet de

¹⁸⁰⁵ *Ibid.*, p. 1158-1162.

¹⁸⁰⁶ *Ibid.*, p. 1162. En ce sens également : R. DE GOUTTES, « La naissance du droit européen des droits de l’homme et le rôle du “monde de la convention” - Le point de vue du juge français (2) », in : S. HENNETTE-VAUCHEZ, J.-M. SOREL (dir.), *Les droits de l’homme ont-ils constitutionnalisés le monde ?*, *op. cit.*, p. 124.

¹⁸⁰⁷ Pour un résumé de l’ouverture de cette brèche : M. GUYOMAR, « Le contrôle de constitutionnalité d’un règlement transposant une directive communautaire ... », *op. cit.*, notamment p. 387.

¹⁸⁰⁸ G. CANIVET, « La protection des droits fondamentaux en Europe », *op. cit.*, p. 1158.

¹⁸⁰⁹ N. BELLOUBET, « Repenser le rôle du juge constitutionnel ... », *op. cit.*, p. 703-704.

renforcer ces solutions alternatives afin de constituer ensemble les prémices des discours officiellement avancés dans le cadre du dialogue institutionnel.

L'interprétation du champ d'application de la Charte trouve dans le dialogue informel implicite et le recours à l'hétérarchie qu'il autorise un mode d'ordonnancement de ses divergences d'interprétations conforme à la résolution du conflit telle qu'elle se dessine peu à peu. L'établissement d'équivalences entre les protections des droits fondamentaux et la recherche – sans cesse renouvelée lorsqu'elle se heurte à des retours au principe hiérarchique – d'absence du dernier mot sont topiques d'une résolution de conflit par l'évitement, plutôt que par une solution finale avalisée du sceau de la hiérarchie¹⁸¹⁰. Le dialogue informel implicite conduit par conséquent à orienter la résolution des conflits de normes et d'interprétation de normes entre ordres juridiques nationaux et ordre juridique de l'Union vers un ordonnancement plus que vers une solution unique.

532. Influences du dialogue des juges sur le règlement des divergences d'interprétation du champ d'application de la Charte. La liberté dont disposent les juridictions dans leur participation au dialogue informel constitue un atout indéniable. Les juridictions sont en effet libres d'y participer, de la manière dont elles le souhaitent et de proposer de leur propre fait des solutions de résolution de conflits. En l'absence d'obligations imposées par le haut, la faculté à s'investir se révèle proportionnelle à l'espace de liberté existant. En matière de champ d'application du droit de l'Union, pour lequel les divergences d'interprétations découlent directement des conflits de normes inhérents au droit de l'Union, cette liberté se révèle féconde. Utilisée afin de proposer des approches différentes, tel que le recours au paradigme de l'hétérarchie, elle permet d'éloigner la perspective de conflit résultant des différences d'interprétation. Le dialogue informel permet la réalisation d'un véritable travail de fond à l'image de travaux préparatoires. Il facilite ainsi le dialogue institutionnel, nécessaire à la consolidation de la résolution d'un conflit, en permettant des solutions plus rapides et élaborées.

Les exemples de dialogues des juges relatifs au champ d'application de la Charte démontrent qu'en règle générale, le dialogue conduit moins à l'acceptation par tous d'une solution unique que par l'expression pour chacun des limites qu'il peut accepter. C'est à partir de ces limites que se coordonnent les différentes solutions afin de porter le moins possible atteinte aux règles fondamentales de chacun des ordres juridiques. À cet égard, la connaissance des différents droits apparaît fondamentale. La possibilité d'un conflit peut

¹⁸¹⁰ En ce sens également, voir : S. PLATON, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, op. cit., p. 557-630.

ainsi être éloignée. « En somme », nous enseigne Constance Grewe, « au lieu de partir d’un rapport de systèmes immuable et abstrait dont découle toujours le même raisonnement juridique, il apparaît bien plus pertinent de s’interroger sur les rapports concrets de séparation, de complémentarité, de priorité ou de fusion pour en inférer le raisonnement à tenir. Dans cette interrogation concrète, la configuration de l’environnement juridique mais aussi les effets probables ou les réactions possibles des autres acteurs jouent bien sûr un rôle majeur »¹⁸¹¹.

533. Conclusion. La conjonction de l’équivalences des protections et du dialogue des juges permet d’envisager des solutions de type pluraliste face aux divergences d’interprétation du champ d’application de la Charte. Ces solutions ne visent pas à résoudre les divergences mais tentent de les organiser afin que chacune des juridictions, dans son ordre juridique, y trouve un intérêt. Chaque droit fondamental national ou de l’Union doit ainsi trouver l’espace où s’appliquer et l’acteur qui l’appliquera au mieux. La dialectique poursuivie se caractérise par l’éloignement des conditions du conflit plus que par la volonté de le résoudre. Jean-Louis Debré soulignait à ce propos : « Nous devons rechercher les solutions rendant seulement hypothétiques les conflits irrésolubles entre norme interne et norme internationale ou européenne »¹⁸¹².

Dans cette dialectique, les droits fondamentaux constituent un pivot essentiel du dialogue des juges. En permettant des ajustements dans la protection et la reconnaissance d’équivalences par chaque juridiction, ils facilitent le contournement des obstacles pour devenir « le vecteur ambitieux de la construction d’un “droit commun” »¹⁸¹³. La reconnaissance de leur équivalence et l’abandon du contrôle qui en résulte représentent donc une marque de confiance extrêmement forte envers les autres juridictions¹⁸¹⁴. Réciproquement, la protection des droits fondamentaux dans tout l’espace de l’Union européenne a très largement bénéficié de ce dialogue efficace des juges. Ce dernier a permis un renforcement de la protection des droits fondamentaux et la résolution – bien que parfois provisoire – des conflits de normes. Le champ d’application de la Charte des droits

¹⁸¹¹ C. GREWE, « Repenser les fondements des rapports de systèmes », *op. cit.*, p. 564.

¹⁸¹² D. SIMON, « Le Conseil constitutionnel et le droit de l’UE. Entretien accordé par Jean-Louis Debré », *Europe*, Juillet 2013, n° 7, p. 4. En ce sens également : S. PLATON, « Le principe de protection équivalente ... », *op. cit.*, p. 472.

¹⁸¹³ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Réflexions sur les portées respectives de la Convention européenne des droits de l’homme et de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne », *op. cit.*, p. 1147.

¹⁸¹⁴ S. PLATON, « Le principe de protection équivalente ... », *op. cit.*, p. 471-472.

fondamentaux n'y a pas échappé, en témoigne notamment la possibilité d'une application parallèle des droits fondamentaux nationaux et de l'Union.

Conclusion de Chapitre

534. Le réflexe du recours au principe hiérarchique en cas de divergence d'interprétation du champ d'application de la Charte, s'il subsiste, montre chaque fois qu'il ne peut apporter de solution viable. Il se caractérise par un positionnement perspectiviste de chacune des juridictions qui, malgré une prétention au « dernier mot » juridiquement convaincante fondée sur des règles propres à leur ordre juridique, ne peut se conjuguer de manière harmonieuse entre les ordres juridiques. L'échec des solutions d'unification du droit de l'Union par hiérarchisation implique l'échec de la transposition pure du modèle constitutionnaliste national au niveau européen. En effet, « Comment faire pour que quelque chose comme la constitutionnalisation du droit international ou du droit européen puisse fonctionner dans ce cadre ? Pour l'instant, la théorie ou les discours sur le droit ne semblent avoir trouvé aucune réponse précise ou opératoire » constate Constance Grewe. C'est pourquoi « Les discours sur la constitutionnalisation, [...] du droit européen, semblent ainsi relever pour l'instant plus du projet politique que de la théorie juridique »¹⁸¹⁵.

Le problème posé par le principe hiérarchique comme règle de résolution des conflits dans le concert des ordres juridiques a été assimilé par Georges A. L. Droz « aux jeux olympiques d'Astérix le Gaulois, bande dessinée fameuse, où l'on voit les concurrents qui ont absorbé la potion magique effectuer les mêmes performances sans parvenir à se départager. Pour résoudre le problème on peut donner le prix à celui qui n'a pas absorbé la potion magique et qui arrive le dernier, ou encore supprimer purement et simplement la compétition ! »¹⁸¹⁶. De même que pour les jeux olympiques d'Astérix, le principe hiérarchique ne permet pas de proposer une solution à la divergence des interprétations du champ d'application de la Charte. Il apparaît donc nécessaire de proposer une autre manière de penser le conflit afin d'envisager sa suppression.

¹⁸¹⁵ C. GREWE, « Conclusions générales », *op. cit.*, p. 279.

¹⁸¹⁶ G.A.L. DROZ, « Regards sur le droit international privé comparé : cours général de droit international privé », in : *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1991.IV, tome 229, p. 349.

Les difficultés concrètes irréductibles auxquelles fait face la tentative d’application de la théorie constitutionnaliste en droit de l’Union a conduit les juridictions à apporter des réponses de type horizontales afin de débloquent les situations conflictuelles. Ces solutions visent non pas à résoudre le conflit en apportant une solution unique mais à remiser le plus loin possible la perspective du conflit en acceptant une pluralité de solutions et d’acteurs. Toutefois, la dialectique hétérarchique avançant à contre-courant du paradigme encore dominant de la hiérarchie, son emploi ne se fait pas de manière totalement assumée. Il apparaît par petites touches, entre les constats d’échec du recours au paradigme hiérarchique, pour régler les divergences d’interprétation du champ d’application de la Charte. Constance Grewe résume ainsi ce mouvement par oscillation : « L’intuition de M. van de Kerchove et F. Ost était juste : on va de la pyramide vers le réseau mais le réseau n’a pas pour autant supplanté la pyramide. C’est alors la dialectique qui marque profondément tant les rapports de systèmes que la vision de l’ordre juridique et la nature de ses relations avec le monde environnant. Les idées de clôture et d’exclusivité y côtoient celles d’ouverture et de perméabilité, modulant respectivement l’autonomie consentie à chaque système »¹⁸¹⁷. S’agissant du champ d’application de la Charte, l’entre-deux entre principe hiérarchique et solutions ponctuelles de type hétérarchique ne s’est pas montré à même d’organiser de manière satisfaisante les divergences d’interprétations. Les limites posées à la reconnaissance de l’équivalence des protections entre droits fondamentaux nationaux et de la Charte par les différentes cours en témoignent. Un renforcement des solutions de type hétérarchique pour adopter une approche résolument horizontale du champ d’application de la Charte pourrait en revanche permettre d’écarter le caractère problématique des divergences de son interprétation.

¹⁸¹⁷ C. GREWE, « Repenser les fondements des rapports de systèmes », *op. cit.*, p. 549.

Chapitre 8. Le paradigme de l'hétérarchie : une solution cohérente d'ordonnancement ?

535. Par son essence, l'Union européenne est un modèle d'organisation qui ne répond pas pleinement à une forme hiérarchique. Les traités sont soumis à une dialectique permanente entre la recherche d'unité et le maintien de la diversité, comme en témoignent l'utilisation à neuf reprises du terme « unité » et par douze fois de celui de « diversité » dans les TUE et TFUE. Ces notions traduisent deux démarches en apparence antinomiques, qui, appliquées à un ordre juridique supra-étatique, « semblent tou[te]s deux nécessaires et en même temps mutuellement exclusi[ve]s »¹⁸¹⁸. En cherchant à la fois à assurer une unité et à promouvoir la diversité, le cadre juridique européen « permettrait d'éviter les deux dangers opposés que sont l'uniformité (soit : un excès d'unité) et l'anarchie (soit : un excès de diversité). Un minimum de diversité permet d'éviter l'uniformité, tandis qu'un minimum d'unité permet d'éviter l'anarchie ou le chaos »¹⁸¹⁹. Mais devant l'absence de précisions en ce sens dans le traité, une question fondamentale se pose pour l'Union¹⁸²⁰ : « comment garantir à la fois une unité normative (sans pour autant qu'elle ne culmine en uniformité) et une diversité factuelle (sans pour autant qu'elle ne conduise à l'anarchie) ? »¹⁸²¹.

Afin d'éviter l'écueil de l'uniformité, les formes d'actions de l'Union s'inscrivent dans une démarche d'harmonisation ou d'inclusion, faisant des légères différences entre les États membres une caractéristique inhérente au projet. En témoignent le principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres¹⁸²² ainsi que le concept même de directive¹⁸²³, qui, dans une certaine mesure, laissent aux États le soin d'appliquer le droit de l'Union de la manière dont ils l'entendent. En témoigne également l'inscription dès

¹⁸¹⁸ A.-C. MARTINEAU, *Le débat sur la fragmentation du droit international : une analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 13-14.

¹⁸¹⁹ *Ibid.*, p. 14. En ce sens également : M. LEVINET, « Propos introductifs », in : M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juge européen des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 5 ; C. MAUBERNARD, « Le pluralisme juridique régulé. L'exemple de l'Union européenne », in : M. LEVINET (dir.), *Ibid.*, p. 213-214.

¹⁸²⁰ M. DELMAS-MARTY, « Vers une cinétique juridique : D'une approche statique à une approche dynamique de l'ordre juridique », in : B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éd., 2016, p. 143. En ce sens également, voir : A. BAILLEUX, *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire : essai sur la figure du juge traducteur*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2009, p. 30.

¹⁸²¹ A.-C. MARTINEAU, *Le débat sur la fragmentation du droit international*, op. cit., p. 14.

¹⁸²² Consacrés, et faisant l'objet d'une jurisprudence constante depuis, par les arrêts : CJCE, 16 déc. 1976, aff. C-33/76, *Rewe c/ Landwirtschaftskammer für das Saarland*, pt 5 ; CJCE, 16 déc. 1976, aff. C-45/76, *Comet BV c/ Produktschap voor Siergewassen*, pts 12 et s. Cf. *infra*, §550.

¹⁸²³ Cf. *supra*, §178.

l'article 2 du TUE du pluralisme en tant que caractéristique de la société européenne. Plus généralement, l'enchevêtrement des compétences entre l'Union et les États membres empêche de penser l'Union européenne de manière uniforme. François Ost et Michel van de Kerchove ont formulé cette spécificité ainsi : « rares sont les compétences exercées de façon exclusive par l'Europe ou par les États ; le plus souvent, c'est de compétences partagées qu'il s'agit. Et, même dans les domaines qui lui reviennent en propre, si c'est le système européen qui commande aux États, ceux-ci, à leur tour, investissent les instances européennes de leurs préoccupations et de leurs intérêts. La collaboration est donc forcée, qui évoque la comparaison de l'aveugle et du paralytique : "si les États ne peuvent coexister que grâce aux normes du droit international, celles-ci ne peuvent produire leur plein effet que grâce aux techniques du droit interne" ». Et de conclure, « Plus que de souveraineté et de hiérarchie, il sera donc question de pouvoirs partagés, d'interdépendance et de coordination »¹⁸²⁴.

Cette recherche permanente d'harmonie et de coordination, qui tranche avec le paradigme de la hiérarchie largement majoritaire dans les États membres, se cristallise plus particulièrement dans les relations inter-juridictionnelles au sein de l'Union. La conception classique du droit international n'envisage aucune hiérarchie entre les cours suprêmes d'ordres juridiques différents car, au nom du respect des souverainetés étatiques, « le conflit inter-constitutionnel est tout simplement impensable »¹⁸²⁵. L'Union européenne s'inscrit ainsi dans un phénomène de « hiérarchies discontinues » avec le droit interne, avec des « interruptions » entre les cours constitutionnelles et suprêmes nationales et les cours européennes¹⁸²⁶. Ces interruptions posent une question somme toute pratique, mais dont la réponse est d'une importance capitale pour l'Union européenne. Édouard Dubout la pose en ces termes : « quelle solution donner en cas de conflit entre normes constitutionnelles de différents ordres juridiques se revendiquant mutuellement applicables et autonomes »¹⁸²⁷ ? L'échec déjà évoqué des tentatives de recomposer une hiérarchie entre cours suprêmes d'ordres juridiques différents¹⁸²⁸ invite à appréhender ces interruptions intra-européennes

¹⁸²⁴ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 75.

¹⁸²⁵ É. DUBOUT, « Droits fondamentaux et pluralisme constitutionnel dans l'Union européenne », in : R. TINIERE, C. VIAL (dir.), *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : entre évolution et permanence*, Actes du colloque annuel de la CEDECE, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 108.

¹⁸²⁶ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, Éd. du Seuil, 1994, p. 92-93.

¹⁸²⁷ É. DUBOUT, « Droits fondamentaux et pluralisme constitutionnel dans l'Union européenne », *op. cit.*, p. 108.

¹⁸²⁸ Cf. *supra*, §487.

autrement, par le biais du paradigme¹⁸²⁹ de l’hétérarchie. Selon les mots de François Ost et Michel van de Kerchove, premiers auteurs francophones à avoir réfléchi de manière approfondie à la question du pluralisme juridique, « Bien qu’en sciences humaines, et donc aussi dans les sciences du droit, on n’ait jamais constaté le “solide consensus” et la recherche “hautement convergente” caractéristique de l’adhésion à un paradigme incontesté, on ne peut nier que le modèle hiérarchique (étatiste, positiviste, monologique) caractéristique du sens commun des juristes, soit aujourd’hui fortement remis en cause et que, de tous côtés, s’observent des tentatives de formuler des théories alternatives »¹⁸³⁰. Selon nous, cette nouvelle perspective prend sa source dans les nombreux exemples de « collaboration » et « d’emprunts » entre juridictions¹⁸³¹ et renoue avec le caractère naturel des « diversités de jurisprudences » dans l’Ancien droit¹⁸³². Elle se fonde sur les juges eux-mêmes en les appréhendant comme des acteurs clés, « des joueurs indispensables du méta-processus d’autorité »¹⁸³³. Le succès de l’approche hétérarchique dépend entièrement d’« un effort d’invalidation du pouvoir du dernier mot »¹⁸³⁴, c’est-à-dire de l’acceptation que « l’indétermination de la question de l’autorité ultime [soit] un principe de fonctionnement et non [...] une faille logique »¹⁸³⁵. Il en ressort une certaine « relativité dans l’interprétation des normes constitutionnelles »¹⁸³⁶ : le système juridique européen prend désormais plus la forme d’un mobile de Calder que de la pyramide de Kelsen, selon

¹⁸²⁹ Dictionnaire CNRTL [en ligne], définition de « paradigme », www.cnrtl.fr/definition/ : le paradigme se définit comme la « Conception théorique dominante ayant cours à une certaine époque dans une communauté scientifique donnée, qui fonde les types d’explication envisageables, et les types de faits à découvrir dans une science donnée ». Cette définition se fonde sur la notion de paradigme développée par Thomas Kuhn dans son ouvrage *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1972. Selon lui, un paradigme est un cadre théorique commun qui, dans les périodes de « science normale », fournit aux chercheurs d’une discipline « des problèmes-types et des solutions ». Le changement de paradigme se produit lorsque ces problèmes-types et ces solutions ne permet plus de répondre à certaines observations. Ces anomalies, malgré une certaine résistance, conduisent à remettre en cause le paradigme dominant par le biais d’une « révolution scientifique ».

¹⁸³⁰ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 13-14. En ce sens également : I. RAMONET, *Géopolitique du chaos*, Paris, Gallimard, 2001, p. 7-8.

¹⁸³¹ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Ibid.*, p. 104.

¹⁸³² M.-R. SANTUCCI, « Les divergences jurisprudentielles dans l’Ancien droit », in : P. ANCEL, M.-C. RIVIER (dir.), *Les divergences de jurisprudence*, Saint-Étienne, Publications de l’Université de Saint-Étienne, 2003, p. 27-30.

¹⁸³³ N. WALKER, « Au-delà des conflits de compétence et des structures fondamentales : cartographie du désordre normatif global des ordres normatifs », in : H. RUIZ-FABRI, M. ROSENFELD (dir.), *Repenser le constitutionnalisme à l’âge de la mondialisation et de la privatisation*, Paris, Société de législation comparée, 2010, p. 71. Sur le rôle des juges, également : A. PETERS, « Rechtsordnungen und Konstitutionalisierung : Zur Neubestimmung der Verhältnisse », *ZÖR*, 2010, n° 3, p. 9.

¹⁸³⁴ L. AZOULAI, « Conclusions générales », in : É. DUBOUT, S. TOUZE (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, p. 327 ; C. FRANZIUS, « 70 Jahre Grundgesetz und Europa : Passt das zusammen ? », *EuR*, 2019, n° 4, p. 381.

¹⁸³⁵ É. DUBOUT, « Droits fondamentaux et pluralisme constitutionnel dans l’Union européenne », *op. cit.*, p. 120.

¹⁸³⁶ *Ibid.*

les termes employés par Andreas Voßkuhle, président de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne¹⁸³⁷, puis repris par Bernard Stirn¹⁸³⁸.

Cette observation vaut tout particulièrement dans le domaine des droits fondamentaux, pour lequel elle a d'ailleurs été énoncée. Composé de la CESDH, de la Charte et des droits fondamentaux protégés par chacune des constitutions nationales, le système européen de protection des droits fondamentaux ne cadre pas avec le modèle pyramidal développé par Kelsen. La garantie de ces droits provient en effet de différents ordres juridiques qui s'entrecroisent plus qu'ils ne se superposent. Dans le dispositif de protection des droits fondamentaux en Europe, la détermination du champ d'application de la Charte constitue une clé nécessaire à l'équilibre du mobile dès lors qu'elle répond aux caractéristiques spécifiques de celui-ci. Une telle place est envisageable dans la mesure où l'on peut déceler dans le droit de l'Union des marqueurs en faveur d'une inscription dans le modèle hétérarchique (Section 1). À notre sens, cette doctrine de l'hétérarchie se révèle également efficace pour assurer la protection des droits fondamentaux consacrés par la Charte (Section 2).

Section 1. Les manifestations de l'hétérarchie comme paradigme d'interprétation de la Charte

536. L'élévation de l'approche hétérarchique en paradigme d'interprétation du champ d'application de la Charte trouve une justification dans les marqueurs internes au droit de l'Union. Parmi eux, la référence à la dimension philosophique ou politique du projet européen n'apparaît pas toujours suffisante pour convaincre juridiquement d'une telle approche. Pour autant, les dimensions tant philosophiques que politiques trouvent elles-mêmes une part de leur source au sein des textes européens et facilitent de cette manière la recherche des marqueurs de l'hétérarchie. Ceci est d'autant plus vrai si l'on considère que le développement de normativités nouvelles élargit le socle de ces fondements¹⁸³⁹. Ainsi, le

¹⁸³⁷ A. VOßKUHLE, « Une pyramide ou un mobile ? – La protection des droits de l'homme par les cours constitutionnelles européennes », Discours prononcé lors de l'Audience solennelle à l'occasion de l'ouverture de l'année judiciaire 2014 de la CEDH à Strasbourg, disponible sous : www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2014_FRA.pdf

¹⁸³⁸ B. STIRN, table ronde « Dialogue entre les juges et avec les juges », in : P.-Y. MONJAL, P. JAN, C. GESLOT (dir.), *La concurrence des juges en Europe. Le dialogue en question*, Actes du colloque international de Tours des 25, 26 et 27 novembre 2015, Paris, Clément Juglar, 2018, p. 500.

¹⁸³⁹ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Droit, pluralité des modes de normativité et internormativité. Regard juridique » [en ligne], *La Revue des droits de l'homme*, 13 mai 2019, §5, disponible sous :

paradigme hétérarchique comme outil d’interprétation de la Charte n’apparaît pas explicitement dans les traités. Il se manifeste en revanche par la réunion d’un faisceau d’indices permettant de justifier son adoption comme paradigme d’interprétation du champ d’application de la Charte. Ce faisceau d’indices se compose tant de marqueurs propres à la Charte (§1) que de manifestations inscrites dans les traités et applicables à l’ensemble du droit de l’Union, mais offrant une perspective de type hétérarchique à l’interprétation de la Charte (§2).

§1- Les indices propres à la Charte

537. La Charte comporte une dimension hétérarchique qui est intrinsèquement liée à son existence. D’une part, la façon dont elle a été élaborée témoigne d’une pratique qui s’écarte résolument des modes de décisions traditionnels au sein de l’Union. Participative, publique, composée de représentants de très nombreuses institutions nationales et européennes, procédant par assentiment sans aucun vote, la Convention chargée d’élaborer un projet de Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne a expérimenté une méthode de travail toute entière fondée sur la coopération et l’absence de hiérarchie (A). D’autre part, un certain nombre de prescriptions du Titre VII de la Charte, relatif aux dispositions transversales, prévoient une coopération d’ordre non hiérarchique avec d’autres textes de protection des droits fondamentaux (B).

A) Le mode de rédaction de la Charte, manifestation de sa dimension hétérarchique

538. Large représentativité des institutions. Rapidement renommée « Convention », l’enceinte de rédaction de la Charte se caractérise par une grande diversité de participants, témoignage d’une large représentativité. Parmi les 62 membres de la Convention, chacun des 15 États membres de l’Union ont été représentés. Tant les parlements, avec deux députés chacun, que les chefs des exécutifs nationaux, avec un représentant par chef de l’exécutif, ont envoyé des représentants. Au sein des institutions de l’Union, la Commission,

<http://journals.openedition.org/revdh/6413>. Aux §17 et 18, l’auteur prend l’exemple suivant pour démontrer l’existence « d’une pluralité des modes de normativité » : « Dans certains Etats “du tiers-monde”, observe à cet égard Jacques Vanderlinden, “l’ordre étatique s’est affaibli au point de devenir inopérant” ; y “coexistent de nombreux ordres juridiques de nature fort diverse, dont nombres qualifiés d’informels, mais qui représentent la réalité du vécu juridique des populations, alors que le droit de l’Etat, malgré sa prétention à réglementer la plupart des comportements de ses citoyens, n’est plus qu’une coquille vide ne réglementant qu’une fraction infime des rapports juridiques des individus” ».

habituellement au cœur des négociations, n'a bénéficié que d'un seul représentant, tandis que 16 députés européens ont siégé dans la Convention. La Cour de justice de l'Union a délégué deux observateurs tandis que les différents organes de l'Union, dont le Comité économique et social, le Comité des régions et le médiateur ont été invités à rendre des avis. Enfin, deux observateurs du Conseil de l'Europe, un pour le Conseil et un pour la Cour, ont été invités, alors même que l'Union n'est pas partie à la CESDH¹⁸⁴⁰. Parmi les représentants et observateurs, diverses expertises et sensibilités politiques étaient représentées : des juristes aussi bien que des politologues, des politiques de différents partis nationaux tout comme européens.

La particularité de cette Convention procède donc de l'absence des décideurs habituels pour réunir une très large représentativité tant de pays que d'institutions, de sensibilités politiques et de technicité juridique. Ainsi que l'a exprimé Olivier de Schutter, cette enceinte « présentait l'avantage de réunir des légitimités habituellement dissociées afin de traiter un enjeu européen transversal, c'est-à-dire ne pouvant se satisfaire d'une approche strictement sectorielle, et de favoriser ainsi l'écriture d'un texte qui serait perçu comme une entreprise véritablement collective, plutôt que comme émanant d'institutions »¹⁸⁴¹.

539. Procédure horizontalisée. Outre une large coopération entre institutions, la seconde particularité de la rédaction de la Charte réside dans l'absence d'encadrement *a priori* des méthodes de travail. Non prévue par les traités, le processus décisionnaire délégué à la Convention n'était soumis à aucune méthode de travail prédéfinie selon la pyramide décisionnaire habituelle. La Convention a ainsi bénéficié d'une liberté complète pour créer ses propres règles de fonctionnement. Parmi elles, la plus emblématique s'est révélée être le choix de ne jamais rien soumettre au vote et de ne progresser que par consensus¹⁸⁴². Tant l'absence de règles liées aux méthodes de travail que le choix d'écarter tout vote lors des travaux témoignent également d'une prise de distance envers le processus décisionnaire habituel. Ce dernier est en effet strictement réglementé par les traités et lie les institutions dans une logique pyramidal¹⁸⁴³.

¹⁸⁴⁰ Ces informations sont disponibles sur les différents sites officiels des institutions de l'Union européenne (notamment : www.europarl.europa.eu/charter/press/index_fr.htm), ainsi que dans l'ouvrage de Guy Braibant, représentant du Président de la République et du Premier ministre français : G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, Éd. du Seuil, 2001, p. 20 et s.

¹⁸⁴¹ O. DE SCHUTTER, « La "Convention" : un instrument au service de l'art de gouverner ? », *La Revue Nouvelle*, juin 2001, n° 6, p. 72.

¹⁸⁴² Voir en ce sens : J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, « Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in : *JurisClasseur Europe Traité*, Fascicule 160, 2 février 2010, §37.

¹⁸⁴³ En témoigne par exemple l'article 48 du TUE sur les procédures de révision des traités.

540. Ouverture du processus. Au demeurant, le travail de la Convention s’est distingué par le caractère public des débats. La publication sur internet des débats et évolutions du texte tout au long des dix mois de travail¹⁸⁴⁴ visait, et a permis, une participation majeure du public tout au long de la rédaction. Les individus, les institutions et les différents groupements d’intérêts ont déposé pas moins de 255 communications. Ont également eu lieu 67 interventions orales d’organisation non gouvernementales. Une telle publicité et ouverture à la société civile tranchent avec les négociations du type des conférences intergouvernementales « conduites entre diplomates négociant à huit-clos »¹⁸⁴⁵. Si une participation de corps organisés issus de la société civile est parfois aménagée, elle se situe généralement en amont de la négociation et de la prise de décision, et non au cœur même de la rédaction comme ce fut le cas pour la Charte.

541. Influence du mode de rédaction sur le contenu de la Charte. Le mode de rédaction participatif, horizontal et autonome de la Charte a fortement imprégné l’ensemble du texte et influencé la formulation des articles et la manière dont ils doivent être compris. On peut donc dire, de concert avec François Ost et Michel van de Kerchove, que la Charte est de nature horizontale et coopérative¹⁸⁴⁶. Et même s’il revenait en définitive aux États membres de décider de manière unilatérale du destin de la Charte, cette dimension hiérarchique n’a pas substantiellement modifié la nature du texte, étant donné que les modifications apportées avant son adoption ont été minimales¹⁸⁴⁷. Mieux, le paragraphe 4 de l’article 52, ajouté rétrospectivement, vient renforcer cette dimension. En effet, la nature hétérarchique de la Charte se traduit concrètement par une série d’articles contenus dans les dispositions finales qui prônent l’horizontalité dans les relations entre ordres juridiques.

B) L’organisation par la Charte d’une coordination des droits fondamentaux en Europe

542. Dispositions opérantes du Titre VII de la Charte. Les dispositions finales justifiant une interprétation de la Charte non hiérarchisée vis-à-vis d’autres protections des droits fondamentaux se trouvent dans les articles 52§3 et 4 et 53 de la Charte. Intitulés

¹⁸⁴⁴ Cf. *supra*, §6. Voir également : J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, « Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne », *op. cit.*, §36 ; J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, « Guy Braibant et la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne », in : Guy Braibant, *juriste et citoyen. Hommage en l’honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 2011, p. 227-228.

¹⁸⁴⁵ O. DE SCHUTTER, « La “Convention” : un instrument au service de l’art de gouverner ? », *op. cit.*, p. 64.

¹⁸⁴⁶ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 35-36.

¹⁸⁴⁷ Ces modifications ont été apportées lors des phases de préparation et de négociation du traité établissant une Constitution pour l’Europe.

respectivement « Portée et interprétation des droits et principes » et « Niveau de protection », leurs contenus se révèlent peu différents sur le fonds¹⁸⁴⁸. Il semble que ces reprises soient dues à la nécessité d'accepter des compromis lors de la Convention de rédaction de la Charte¹⁸⁴⁹, au détriment peut-être d'une certaine clarté et de la pertinence de la rédaction.

Néanmoins, l'approche hétérarchique du champ d'application de la Charte permet de déceler une cohérence entre ces articles et paragraphes. D'une part, l'article 53 relatif au niveau minimum de protection peut être appréhendé comme énonçant un principe de coopération entre les différents textes – nationaux, européens et internationaux – de protection des droits fondamentaux et, d'autre part, les articles 52§3 et 4 peuvent être envisagés comme la concrétisation de ce principe de coopération. À ce titre, ils organisent les liens entre la Charte et les moyens de protection des droits fondamentaux que sont la CESDH et les constitutions nationales afin d'éloigner les risques de conflits.

543. Cadre fixé par l'article 53 de la Charte. L'article 53 prévoit qu'« Aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, ou tous les États membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des États membres ». Cette disposition, qui établit le cadre de coopération entre les normes de protection des droits fondamentaux¹⁸⁵⁰, prévoit que la Charte n'est pas exclusivement applicable si elle conduit à limiter la protection de droits fondamentaux garantis par d'autres règles. En d'autres termes, il est consacré le standard du droit le plus protecteur¹⁸⁵¹. Celui-ci a été confirmé sous conditions par la Cour de justice de l'Union en 2013¹⁸⁵². Si cette notion pose question quant au destinataire de la

¹⁸⁴⁸ N. CARIAT, in : F. PICOD, S. VAN DROOGHENBROECK, (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2017, Art. 53, p. 1150.

¹⁸⁴⁹ G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, Éd. du Seuil, 2001, p. 261 et 262.

¹⁸⁵⁰ Cet article se rapproche de l'article 53 de la CESDH qui consacre également une coopération entre textes de protection des droits fondamentaux.

¹⁸⁵¹ En ce sens également, mais sous l'appellation « *Günstigkeitsprinzip* » : M. BOROWSKI, in : J. MEYER (éd.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4^{ème} éd., Baden-Baden, Nomos, 2014, Art. 53, pts 14 et s.

¹⁸⁵² CJUE, GC, 26 fév. 2013, aff. C-399/11, *Melloni*, pt 60 : « Certes, l'article 53 de la Charte confirme que, lorsqu'un acte du droit de l'Union appelle des mesures nationales de mise en œuvre, il reste loisible aux autorités et aux juridictions nationales d'appliquer des standards nationaux de protection des droits fondamentaux, pourvu que cette application ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte, telle qu'interprétée par la Cour, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union ».

« meilleure » protection (plus protecteur pour le citoyen A ? le citoyen B ? la société ? l'État ? l'Union européenne ?), elle reste fondamentalement contraire à l'inscription de la Charte dans un environnement de type hiérarchique, étant donné que le texte le plus protecteur est susceptible de changer selon les situations en cause. Une telle clause témoigne donc d'une approche de type horizontale des mesures de protection des droits fondamentaux.

De plus, l'antinomie inhérente à cette clause du standard le plus protecteur ne se résout que par une interprétation de type non hiérarchique des rapports entre protections des droits fondamentaux. En effet, le standard le plus protecteur oblige la Cour de justice de l'Union à prendre en compte notamment la CESDH et les constitutions des États membres, sans pour autant l'autoriser à statuer au regard de leurs droits fondamentaux directement, au motif que ceux-ci seraient plus protecteurs. Selon Loïc Azoulai, « Le principe est celui de l'indifférence formelle à l'égard des références extérieures à l'ordre juridique communautaire, tandis qu'une intégration matérielle de droits concurrents n'est pas exclue et est même encouragée »¹⁸⁵³. Par conséquent, l'article 53 « crée une obligation formelle de [...] prendre en considération » les droits des autres ordres juridiques. « Dans tous les cas, cette clause ne vise pas à instaurer une hiérarchie entre les instruments de protection des droits en Europe, mais favorise, dans le cadre de l'Union, la reconnaissance de droits nouveaux et la mise en balance d'exigences contradictoires »¹⁸⁵⁴. La reconnaissance par l'article 53 d'un système hétérarchique dans lequel s'inscrit la Charte est d'autant plus forte que les membres de la Convention de rédaction de la Charte étaient conscients des enjeux sous-tendant cette coopération, tels que le droit au dernier mot, la primauté du droit de l'Union, *etc.* Si ceux-ci n'ont pas été ouvertement abordés, explique Martin Borowski, cela tient au fait que personne n'a voulu « réveiller le chat qui dort » (« *der schlafenden Hunde nicht wecken* ») afin d'éviter de soulever des questions sans réponses¹⁸⁵⁵. La formulation choisie pour l'article 53 et le cadre coopératif qu'elle organise pour la Charte sont ainsi de type horizontal et hétérarchique, plus que vertical et hiérarchique.

544. Concrétisation des rapports avec la CESDH par l'article 52§3 de la Charte.

L'article 52§3 de la Charte énonce que « Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des

¹⁸⁵³ L. AZOULAI, in : L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, 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, Art. II-113, p. 699-700.

¹⁸⁵⁴ *Ibid.*, p. 705.

¹⁸⁵⁵ M. BOROWSKI, *op. cit.*, Art. 53, pt 2.

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 ». Ce paragraphe vise à écarter les éventuels conflits avec la CESDH en organisant les modalités du rapport avec la Convention. Il propose une articulation concrète entre les différents droits, détaillée dans les explications¹⁸⁵⁶, et consacre à ce titre une équivalence des protections entre la Charte et la CESDH¹⁸⁵⁷ sous réserve que la Charte garantisse une protection plus étendue. Cette dernière condition se révèle identique au standard le plus protecteur garanti par l'article 53 de la Charte. Elle aurait été ajoutée afin d'assurer un compromis entre les partisans d'une Charte indexée sur la CESDH et les soutiens à une Charte indépendante de la Convention¹⁸⁵⁸. Cette répétition renforce la dimension horizontale du contexte interprétatif de la Charte¹⁸⁵⁹ fondé sur la protection la plus large et non sur le texte le plus haut placé dans la hiérarchie, de même que la consécration écrite de l'équivalence des protections. Le caractère dynamique de cette clause, créé par la référence dans les explications aux protocoles et à la jurisprudence de la CEDH en plus du texte de la Convention¹⁸⁶⁰, atteste encore une fois de l'impossible inscription de la Charte dans une hiérarchie, modèle par essence figé afin d'assurer sa stabilité.

545. Concrétisation des rapports avec les constitutions nationales par l'article 52§4 de la Charte. L'article 52§4 de la Charte prévoit que « 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 ». L'inscription en toutes lettres dans la Charte d'une référence aux traditions constitutionnelles, sujet d'un véritable conflit politique toujours évité, a inquiété certains auteurs. De l'avis de Laurence Burgorgue-Larsen, « Ces adjonctions ne manqueront pas d'avoir de fortes incidences sur l'avenir de la Charte tel qu'interprétée par les juges, car elles cristallisent des éléments qui étaient camouflés, sous-

¹⁸⁵⁶ Les Explications relatives à l'article 52§3 de la Charte listent les « articles de la Charte dont le sens et la portée sont les mêmes que les articles correspondants de la CESDH » et les « articles dont le sens est le même que les articles correspondant de la CESDH, mais dont la portée est plus étendue ».

¹⁸⁵⁷ L'équivalence des protections de l'article 52§3 de la Charte a été reconnue par la Cour de justice de l'Union. Par exemple : CJUE, 26 sept. 2018, aff. C-180/17, X et Y, pt 31. Sur l'équivalence des protections, Cf. *supra*, §495.

¹⁸⁵⁸ G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 261-262.

¹⁸⁵⁹ Selon Guy Braibant, la supériorité hiérarchique d'un texte sur l'autre a expressément été rejetée par la Convention : G. BRAIBANT, « De la Convention européenne des droits de l'homme à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in : *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 331-332.

¹⁸⁶⁰ M. BOROWSKI, *op. cit.*, Art. 52, pt 37 ; R. STREINZ, W. MICHL, in : R. STREINZ (éd.), *EUV/AEUV*, 2^{ème} éd., *op. cit.*, 2012, Art. 52 GRCh, pt 2.

entendus, et donc sujet à ignorance, indifférence ou interprétation évolutive. Avec leur inscription expresse, et donc leur élévation au rang du droit européen constitutionnel, ils ne peuvent plus être niés, édulcorés encore moins passés sous silence »¹⁸⁶¹. Rappelons néanmoins que ce paragraphe se contente de reprendre fidèlement l'article 6§3 du TUE d'une part, et qu'il s'inscrit dans les pratiques de la Cour de justice de l'Union en la matière d'autre part¹⁸⁶². La formulation ne fixe en effet aucune limite susceptible de remettre en cause la pratique non « arithmétique » des traditions constitutionnelles par la Cour, consistant simplement à « identifier des "tendances" » sans aucun critère précis autre que son appréciation personnelle pour les confirmer ou les infirmer¹⁸⁶³.

De plus, la signification juridique de cette référence se révèle profondément différente de sa signification politique conflictuelle. Alors que le message politique d'un tel ajout est le rappel de la primauté absolue des constitutions nationales, sa portée juridique s'apparente à un fondement pour l'inscription de la Charte dans un cadre interprétatif hétérarchique. En effet, les explications relatives à l'article 52§4 de la Charte autorisent à en déduire une règle de coopération entre la Charte et les droits fondamentaux nationaux qui pourrait faire office de fondement à une équivalence des protections. Conformément à l'article 53, cette règle de coopération vise toutefois à élever le niveau de protection et non pas seulement à justifier une protection statique¹⁸⁶⁴. Cette « simple règle interprétative » (« *bloße Auslegungsregel* »)¹⁸⁶⁵, loin de « cristalliser » les conflits politiques, justifie donc une approche horizontalisée des rapports entre normes de protection des droits fondamentaux.

546. Caractère hétérarchique du contexte interprétatif de la Charte. La prévention des conflits entre les différents textes de protection des droits fondamentaux organisée par la Charte prévoit « des renvois, des références et un respect réciproque entre les textes » (« *gegenseitige Verweisung, Bezugnahme und Respekt* »)¹⁸⁶⁶. La consécration qui est ainsi faite des principes d'équivalence des protections, du standard le plus protecteur, ou encore

¹⁸⁶¹ L. BURGORGUE-LARSEN, in : L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe : commentaire article par article*, op. cit., Art. II-112, p. 679.

¹⁸⁶² Les Explications relatives à l'article 52§4 y font directement référence : « La règle d'interprétation figurant au paragraphe 4 est fondée sur le libellé de l'article 6, paragraphe 3, du traité sur l'Union européenne et tient dûment compte de l'approche suivie par la Cour de justice à l'égard des traditions constitutionnelles communes ».

¹⁸⁶³ A. BAILLEUX, in : F. PICOD, S. VAN DROOGHENBROECK, (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2017, Art. 52-2, p. 1129.

¹⁸⁶⁴ Explications relatives à l'article 52§4 2^{de} phrase : « Selon cette règle, plutôt que de suivre une approche rigide du "plus petit dénominateur commun", il convient d'interpréter les droits en cause de la Charte d'une manière qui offre un niveau élevé de protection, adapté au droit de l'Union et en harmonie avec les traditions constitutionnelles communes ».

¹⁸⁶⁵ M. BOROWSKI, op. cit., Art. 52, pt 44.

¹⁸⁶⁶ O. LEPSIUS, « Grundrechtspluralismus in Europa », in : J. MASING, M. JESTAEDT, D. CAPITANT et al. (éd.), *Strukturfragen des Grundrechtsschutzes in Europa*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, p. 60.

du niveau élevé de protection témoignent d'une approche résolument horizontale de la protection des droits fondamentaux¹⁸⁶⁷. De tels principes sont en effet impraticables dans une organisation de type hiérarchique des protections. Ainsi, tant le mode de rédaction de la Charte que les articles 52§3 et 4 et 53 contenus dans les dispositions générales consacrent le cadre hétérarchique dans lequel s'inscrit la Charte et la dimension horizontale qui doit prédominer à l'interprétation de son champ d'application.

§2- Les indices contenus dans le droit de l'Union

547. Au-delà de la Charte elle-même, plusieurs indices venant soutenir le recours à une grille de lecture hétérarchique pour comprendre la façon dont elle est interprétée se trouvent dans le droit de l'Union. L'expression de cette horizontalité s'observe dans divers principes consacrés par l'Union et nécessaires à l'interprétation du champ d'application de la Charte (A) ; elle se concrétise aussi par le mécanisme de la question préjudicielle (B).

A) L'expression par les principes du droit de l'Union d'une organisation décentralisée

548. Principe d'attribution. Différents principes du droit de l'Union consacrés par les traités ou la jurisprudence de la Cour contiennent une dimension intrinsèquement horizontale. Cette dimension doit être prise en compte afin d'assurer leur effectivité. Le principe d'attribution est consacré par le TUE à son article 5§1 et 2 et mentionné ensuite à de nombreuses reprises¹⁸⁶⁸. Ce principe signifie qu'entre les États membres et l'Union, la compétence nationale est la règle et la compétence européenne, l'exception¹⁸⁶⁹. L'ensemble des attributions de l'Union doivent être issues d'un transfert exprès de compétences¹⁸⁷⁰ et peuvent par conséquent être énumérées. À ce titre, la délimitation du champ d'application de la Charte des droits fondamentaux repose sur le principe d'attribution et les délimitations

¹⁸⁶⁷ O. LEPSIUS, *Ibid.* ; J. GERKRATH, « Als krönender Abschluss des Grundrechtsschutzes in der EU verlangt die Charta nach einer breiten und dezentralisierten Anwendung », in : J. MASING, M. JESTAEDT, D. CAPITANT *et al.* (éd.), *Strukturfragen des Grundrechtsschutzes in Europa*, op. cit., p. 4.

¹⁸⁶⁸ Les références au principe d'attribution ont été démultipliées dans les traités depuis le traité de Lisbonne. Outre l'article 5 du TUE, l'article 4§1 du TUE et les déclarations annexées au traité de Lisbonne n° 18, concernant la délimitation des compétences, et 24, sur la personnalité juridique de l'Union européenne, y font référence.

¹⁸⁶⁹ M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, 11^{ème} éd., Paris, Sirey, 2018, p. 85. Sur le principe d'attribution : Cf. *supra*, §69.

¹⁸⁷⁰ CJCE, 15 juill. 1964, aff. C-6/64, *Costa c/ E.N.E.L.*, p. 1159-1160. Voir sur la question du transfert ou de l'attribution des compétences : M. BLANQUET, *Ibid.*, p. 88 et s.

qu'il engendre. Or, le principe d'attribution propose une organisation sectorielle, c'est-à-dire horizontale, qui est fonction de domaines matériels de compétences. Par conséquent, il ne peut s'inscrire dans une logique hiérarchique. Pour Olivier Lepsius, l'enjeu du principe d'attribution relève bien plus de l'*étendue* de la primauté d'application que de la primauté tout court¹⁸⁷¹.

De plus, Marc Blanquet juge que la rigidité du principe d'attribution répond à la logique poursuivie par les traités. Cette logique diffère toutefois de la logique du système qui vise, par le biais de l'interprétation, à replacer le principe d'attribution au sein du système de l'Union, de ses compétences et des objectifs qu'elle poursuit¹⁸⁷². Soumis à interprétation, le principe d'attribution se révèle donc mouvant. Or, cette souplesse est propre à une organisation non hiérarchique des rapports de systèmes, étant donné que la hiérarchie repose sur une forme de rigidité dans la répartition des compétences.

549. Principe de confiance mutuelle. De même que le principe d'attribution, le principe de confiance mutuelle contient également une dimension horizontale substantielle. Bien que ce principe ne soit pas garanti par les traités, la Cour de justice lui a reconnu une « importance fondamentale »¹⁸⁷³. D'abord consacré par le droit dérivé comme corollaire de la reconnaissance mutuelle pour l'ancien espace de liberté, de sécurité et de justice¹⁸⁷⁴, il a peu à peu été étendu à l'ensemble du droit de l'Union¹⁸⁷⁵. L'avis 2/13 de la Cour de justice en constitue la consécration. D'après lui, l'Union repose sur « la prémisse fondamentale selon laquelle chaque État membre partage avec tous les autres États membres, et reconnaît que ceux-ci partagent avec lui, une série de valeurs communes sur lesquelles l'Union est fondée, comme il est précisé à l'article 2 TUE. Cette prémisse implique et justifie l'existence de la confiance mutuelle entre les États membres dans la reconnaissance de ces valeurs et, donc, dans le respect du droit de l'Union qui les met en œuvre »¹⁸⁷⁶.

¹⁸⁷¹ O. LEPSIUS, « Grundrechtspluralismus in Europa », *op. cit.*, p. 60.

¹⁸⁷² M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 86.

¹⁸⁷³ CJUE, 18 déc. 2014, Avis 2/13, *Adhésion de l'Union à la CEDH*, pt 191.

¹⁸⁷⁴ Par exemple au motif n° 10 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 : « Le mécanisme du mandat d'arrêt européen repose sur un degré de confiance élevé entre les États membres. La mise en œuvre de celui-ci ne peut être suspendue qu'en cas de violation grave et persistante par un des États membres des principes énoncés à l'article 6, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, constatée par le Conseil en application de l'article 7, paragraphe 1, dudit traité avec les conséquences prévues au paragraphe 2 du même article ».

¹⁸⁷⁵ J.-S. BERGE, « La confiance mutuelle, les libres circulations et la question du sens : bref panorama de l'espace judiciaire européen » [en ligne], *ELSJ*, 21 mars 2019, disponible sous : www.gdr-elsj.eu/ ; P. CORRE, « La confiance mutuelle, fondement du mandat d'arrêt européen et outil modulateur d'intégration de l'État membre », *Rev. UE*, 2020, n° 635, p. 74-80.

¹⁸⁷⁶ CJUE, 18 déc. 2014, Avis 2/13, *Adhésion de l'Union à la CEDH*, pt 191. Confirmé à plusieurs reprises par la suite, par exemple : CJUE, GC, 27 fév. 2018, aff. C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*,

Le principe de confiance mutuelle n'est pas mentionné dans la Charte ou ses explications. Il en constitue pourtant une composante fondamentale pour la bonne application des articles 52§4 et 53 qui énoncent notamment la règle de l'équivalence des protections. Sans confiance mutuelle entre les ordres juridiques nationaux à propos du respect des valeurs communes, l'équivalence des protections ne peut en effet trouver une quelconque application. Or, la délimitation du champ d'application de la Charte repose partiellement sur la règle de l'équivalence des protections, rendant le principe de confiance mutuelle indispensable à son interprétation. Thomas von Danwitz juge ce principe également indispensable au bon fonctionnement du dialogue des juges, lui-même inscrit dans les traités¹⁸⁷⁷. Ce dialogue permet d'interpréter et d'appliquer le droit de l'Union, tâches exercées en commun entre la Cour de justice de l'Union et les juges nationaux. En tant que juges de droit commun du droit de l'Union, ces derniers contribuent à la détermination du champ d'application de la Charte par le biais du dialogue des juges. « Il s'agit là, peut-être, de la première émanation du principe de confiance mutuelle entre juridictions en Europe et certainement de la plus importante jusqu'à aujourd'hui »¹⁸⁷⁸. Ce principe apparaît donc déterminant dans l'interprétation du champ d'application de la Charte.

Par ailleurs, le principe de confiance mutuelle ne peut être dissocié de sa réciproque employé en droit international : le principe de réciprocité. Définit comme la « condition générale de la réalisation des obligations internationales, [ce principe] traduit le fait que la plupart des traités établissent des droits et obligations d'application réciproque qui ne doivent être respectés et exécutés par une partie qu'autant qu'ils le sont par les autres parties »¹⁸⁷⁹. Ces deux principes ne fonctionnent par définition que dans une structure horizontale puisqu'ils consistent en la vérification ou en la confiance en l'action de l'autre partie pour se soumettre à une obligation. Au même titre que le principe de réciprocité, le principe de confiance mutuelle s'inscrit dans une architecture des rapports strictement horizontale et répond à un raisonnement de type hétérarchique.

pt 30 ; CJUE, GC, 25 juill. 2018, aff. C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality*, pt 35 ; CJUE, GC, 24 juin 2019, aff. C-619/18, *Commission c/ Pologne (Indépendance de la Cour suprême)*, pt 43.

¹⁸⁷⁷ Déclaration annexée au traité de Lisbonne n° 2 : « [...] 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, dialogue qui pourra être renforcé lors de l'adhésion de l'Union à cette Convention ».

¹⁸⁷⁸ T. VON DANWITZ, table ronde « Dialogue entre les juges et avec les juges », in : P.-Y. MONJAL, P. JAN, C. GESLOT (dir.), *La concurrence des juges en Europe. Le dialogue en question*, op. cit., p. 485.

¹⁸⁷⁹ S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 27^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2019-2020, « réciprocité », p. 896.

550. Principe de l’autonomie procédurale des États membres. Le principe de l’autonomie procédurale des États membres peut également être cité au titre des principes du droit de l’Union s’inscrivant dans une dimension horizontale des rapports de systèmes. D’origine jurisprudentielle, il prévoit l’application des règles institutionnelles et procédurales des États membres dans la mise en œuvre du droit de l’Union. Cette double autonomie signifie une liberté de choix de l’organe compétent pour les États membres ainsi qu’une liberté de choix des procédures à utiliser¹⁸⁸⁰. La Cour de justice a jugé totale l’autonomie institutionnelle¹⁸⁸¹ mais a apporté quelques encadrements à l’autonomie procédurale¹⁸⁸². Cette dernière « doit se concilier avec les nécessités d’une application uniforme du droit communautaire »¹⁸⁸³ et est subsidiaire aux éventuelles règles procédurales prévues par le droit de l’Union¹⁸⁸⁴.

Malgré les limites auxquelles il est soumis, le principe de l’autonomie institutionnelle et procédural des États membres « a, en pratique, eu égard à la diversité [des législations nationales], pour conséquence de faire varier la portée d’une disposition de droit de l’Union, selon l’État membre dans lequel les droits conférés sont invoqués »¹⁸⁸⁵. Il est, par son essence même, un vecteur de diversité au sein de l’Union et justifie un fonctionnement horizontal entre l’Union et les États membres. L’application de la Charte et la délimitation de son champ d’application par les juridictions nationales appartiennent pleinement à l’ordre décentralisé que le principe d’autonomie institutionnelle et procédurale organise. Ce principe et le cadre qu’il met en place sont donc susceptible d’avoir un effet sur l’interprétation du champ d’application de la Charte.

551. Principe de la primauté d’application. De manière plus surprenante, l’application du principe de primauté telle qu’elle en est faite peut également s’inscrire dans une dimension hétérarchique. La primauté est un « Principe selon lequel s’il y a conflit entre le droit de l’Union et le droit national, le premier l’emporte sur le second »¹⁸⁸⁶. Traditionnellement, ce principe est donc un marqueur d’une organisation de type hiérarchisé. Deux paramètres invitent cependant à relativiser la grande rigidité dont il fait

¹⁸⁸⁰ M. BLANQUET, *Droit général de l’Union européenne*, op. cit., p. 594.

¹⁸⁸¹ CJCE, 15 déc. 1971, aff. C-51 à 54/71, *International Fruit Company e.a. c/ Produktschap voor Groenten en fruit*, pts 3-4.

¹⁸⁸² CJCE, 11 fév. 1971, aff. C-39/70, *Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor c/ Hauptzollamt Hamburg St Annen*, pt 4.

¹⁸⁸³ CJCE, 6 juin 1972, aff. C-94/71, *Schlüter & Maack c/ Hauptzollamt Hamburg Jonas*, pts 10-11.

¹⁸⁸⁴ CJCE, 16 déc. 1976, *Rewe*, prec., pt 5.

¹⁸⁸⁵ M. BLANQUET, *Droit général de l’Union européenne*, op. cit., p. 630.

¹⁸⁸⁶ S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, op. cit., « Primauté du droit de l’Union européenne », p. 838. Sur le principe de primauté : Cf. *supra*, § 76.

l'objet. D'une part, l'absence de consécration de la primauté du droit de l'Union dans le traité de Lisbonne¹⁸⁸⁷ a laissé place au maintien des imprécisions dans l'application du principe. Cette imprécision permet une large marge d'appréciation dans son interprétation et peut conduire à une certaine souplesse de son application. D'autre part, cette souplesse a largement été mise à profit par les cours constitutionnelles afin de conjuguer l'exigence de primauté du droit de l'Union aux impératifs constitutionnels ou de protection de l'identité nationale¹⁸⁸⁸. En un sens, la primauté du droit de l'Union bénéficie d'autant de définitions qu'elle a d'applications.

En Allemagne et en France, ces applications s'orientent essentiellement vers une primauté « d'application » (« *Anwendungsvorrang* ») du droit de l'Union, qui se distingue de la primauté « de validité » (« *Geltungsvorrang* »)¹⁸⁸⁹. Conformément à cette distinction, l'application d'une mesure de droit de l'Union primera sur l'application d'une mesure nationale, sans pour autant provoquer la nullité de cette dernière. La primauté d'application vaut donc uniquement pour le cas d'espèce et n'entraîne pas de conséquences sur le caractère normatif des règles nationales. La distinction de la primauté d'application a pour avantage principal de ne pas rechercher de rapport hiérarchique entre les normes des différents ordres juridiques. Ce principe fait simplement office de règle de conflit dans une situation précise, sans que la solution qui en découle n'ait d'effet structurel sur les rapports de systèmes.

Règle élémentaire du droit de l'Union, le principe de primauté exerce une influence importante dans la détermination du champ d'application de la Charte. Le transfert d'une application absolue du principe de primauté vers une primauté d'application modifie sensiblement l'interprétation du champ d'application de la Charte. Étant donné que la primauté d'application ne vise pas à organiser une hiérarchie, la pluralité de ses applications comme règle de conflit répond à une démarche de type hétérarchique. D'un principe par définition rigide et centralisé, il se mue en une multitude d'applications au cas par cas et donc en objet d'une certaine souplesse¹⁸⁹⁰.

¹⁸⁸⁷ Cf. *supra*, §78.

¹⁸⁸⁸ Par exemple : CE Ass., 30 oct. 1998, req. n° 200286 et 200287, *Sarran, Levacher e.a.*, publié au Lebon p. 369 ; Cons. const., 19 nov. 2004, décision n° 2004-505 DC, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, cons. 9-13 ; BVerfG, 6 juill. 2010, décision n° 2 BvR 2661/06, *Honeywell*, BVerfGE 126, 286, §53.

¹⁸⁸⁹ Expressions issues de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale : BVerfG, 6 juill. 2010, *Honeywell*, *prec.*, §53 et s. ; BVerfG, 30 juin 2009, décision n° 2 BvE 2/08, *Lissabon*, BVerfGE 123, 267.

¹⁸⁹⁰ J.-V. LOUIS, « La primauté du droit de l'Union, un concept dépassé ? », in : *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 458.

552. Dimension horizontale des principes du droit de l'Union. Les principes d'attribution, de confiance mutuelle, d'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres et de la primauté d'application, nécessaires à l'interprétation du champ d'application de la Charte, appellent donc tous un cadre décentralisé et horizontal pour se déployer pleinement. Les principes d'attribution et de confiance mutuelle reposent en effet sur une répartition matérielle des compétences qui empêche de les penser en termes hiérarchiques. En l'absence d'un texte supérieur aux droits nationaux et européen, la répartition est nécessairement souple car dépendante de compétences, d'objectifs à atteindre et de la pertinence de l'action publique à un instant donné. Le principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale garantit une application entièrement horizontalisée du droit de l'Union. Le principe de primauté d'application se détache pour sa part du principe de primauté et se déleste par-là du caractère organisationnel et structurel qui lui est inhérent pour se muer en règle de conflit adaptable au cas par cas. Par conséquent, le cadre interprétatif de la Charte ne peut être celui d'une organisation strictement hiérarchique. Compte-tenu des principes évoqués, il doit autoriser une certaine souplesse des relations entre ordre juridique au moyen de règles de reconnaissance mutuelle. En cela, le paradigme de l'hétérarchie paraît bien mieux adapté à l'interprétation de la Charte.

B) La concrétisation par le mécanisme de la question préjudicielle d'une organisation décentralisée

553. Mécanisme de la question préjudicielle. Le mécanisme préjudiciel est une technique consacrée par les traités depuis les débuts des Communautés européennes et aujourd'hui inscrite à l'article 267 du TFUE. Il vise à « assurer en toutes circonstances [au droit de l'Union] le même effet dans tous les États membres de la Communauté »¹⁸⁹¹. Concrètement, il ouvre aux juridictions nationales la possibilité de sursoir à statuer dans le cadre d'un litige relatif au droit de l'Union afin de poser à la Cour de justice une question relative à son interprétation ou à sa validité. La décision de la Cour de justice n'est qu'incidente au litige principal, dans la mesure où ce dernier n'est pas tranché par elle. Elle contribue ainsi à la solution rendue par les juridictions nationales uniquement par le biais de l'influence qu'elle exerce¹⁸⁹². Les normes susceptibles de faire l'objet d'une question préjudicielle sont citées à l'article 267 du TFUE. Après le droit primaire, qui peut être

¹⁸⁹¹ CJCE, 16 janv. 1974, aff. C-166/73, *Rheinmühlen Düsseldorf c/ Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, pt 2.

¹⁸⁹² M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, op. cit., p. 828.

seulement interprété, le droit secondaire est également visé pour les questions relatives à sa validité et à son interprétation.

554. Question préjudicielle et fondement juridique de l'hétérarchie. En raison de son fonctionnement particulier, le mécanisme préjudiciel vient renforcer l'organisation hétérarchique de l'Union¹⁸⁹³. En effet, l'article 267 du TFUE opère dans ses §2 et 3 une distinction entre la possibilité et l'obligation de renvoyer une question préjudicielle à la Cour de justice. La possibilité de renvoi touche très largement l'ensemble des juridictions nationales, peu importe leur compétence matérielle ou leur niveau hiérarchique¹⁸⁹⁴. La Cour de justice a toutefois précisé la portée de cet énoncé, qui ne s'applique qu'aux renvois en interprétation. Les questions relatives à l'invalidité d'une mesure de droit de l'Union doivent nécessairement faire l'objet d'un renvoi pour des raisons de « cohérence du système »¹⁸⁹⁵.

Plus généralement, une obligation de renvoi est expressément prévue par le §3 de l'article 257 TFUE à l'adresse des seules juridictions « dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne ». Cette obligation vise les cours suprêmes, telles que la Cour de cassation ou le Conseil d'État en France et la Cour fédérale de justice, la Cour administrative fédérale, la Cour fédérale du travail, la Cour fédérale du contentieux social, la Cour fédérale des finances en Allemagne. Si elle est formulée de manière impérative, l'obligation de renvoi peut toutefois être relativisée. D'une part, l'obligation disparaît lorsque la question de droit de l'Union soulevée a déjà fait l'objet d'une décision matériellement identique de la Cour de justice et que cette solution est appliquée par la juridiction de dernière instance¹⁸⁹⁶. D'autre part, la portée de cette obligation est nuancée, dans la mesure où elle ne s'étend pas à toutes les notions du droit de l'Union soulevées devant les juridictions de dernière instance. Il revient en effet à ces dernières le pouvoir d'apprécier la pertinence pour la solution du litige d'un renvoi à la Cour¹⁸⁹⁷. En ce sens, le Conseil d'État a jugé opportun de transposer la théorie de l'acte

¹⁸⁹³ En ce sens : K. LENAERTS, « Kooperation und Spannung im Verhältnis von EuGH und nationalen Verfassungsgerichten », *EuR*, 2015, n° 1, p. 5-10.

¹⁸⁹⁴ *Ibid.*, p. 839-840.

¹⁸⁹⁵ CJCE, 22 oct. 1987, aff. C-314/85, *Foto Frost c/ Hauptzollamt Lübeck-Ost*, pts 12-20.

¹⁸⁹⁶ CJCE, 27 mars 1963, aff. C-28 à 30/62, *Da Costa en Schaake NV e.a. c/ Administratie der Belastingen*.

¹⁸⁹⁷ CJCE, 6 oct. 1982, aff. C-283/81, *CILFIT c/ Ministero della Sanità*, pt 10.

clair¹⁸⁹⁸ à la question préjudicielle¹⁸⁹⁹. Afin de permettre une certaine souplesse, la Cour de justice a validé cette théorie tout en l’encadrant très strictement. Pour qu’une interprétation soit claire, la juridiction de dernière instance doit en effet s’assurer « que la même évidence s’imposerait également aux juridictions des autres États membres et à la Cour de justice »¹⁹⁰⁰.

Le mécanisme préjudiciel témoigne donc d’une approche décentralisée du droit de l’Union, et ce pour deux raisons. Tout d’abord, il n’existe pas d’obligation de renvoi pour l’ensemble des juridictions tant qu’elles ne statuent pas en dernière instance. Ensuite, l’obligation qui pèse sur les juridictions de dernière instance peut être relativisée. Cela laisse entendre que l’interprétation conduisant à des petites divergences d’interprétation, c’est-à-dire l’interprétation telle qu’elle est théorisée sous le paradigme de l’hétérarchie, est autorisée – et même organisée – par les traités. L’approche hétérarchique de l’interprétation du droit de l’Union trouve ainsi son fondement dans le droit primaire.

555. Conséquences du mécanisme préjudiciel sur l’interprétation décentralisée du champ d’application de la Charte. Au titre de l’article 6§1 du TUE, la Charte « a la même valeur juridique que les traités ». Elle peut par conséquent faire l’objet d’une saisine de la Cour de justice par une juridiction nationale pour une question préjudicielle en interprétation, tant des droits qu’elle contient que de son champ d’application. En effet, de même que pour l’ensemble du droit de l’Union, l’application de la Charte revient essentiellement aux juges nationaux qui se trouvent en première ligne pour en délimiter le champ d’application. D’un point de vue pratique, ce dernier est donc principalement déterminé par les juridictions nationales. En conséquence, l’interprétation décentralisée du droit de l’Union prévue par le mécanisme du renvoi préjudiciel vaut également pour l’interprétation du champ d’application de la Charte. Dans ces conditions, le mécanisme préjudiciel encourage une interprétation de type hétérarchique du champ d’application de la Charte.

¹⁸⁹⁸ M. BLANQUET, *Droit général de l’Union européenne*, op. cit., p. 846 : « selon cette théorie, [...] le juge devant qui est soulevée une exception préjudicielle n’est tenu de renvoyer à la juridiction compétente pour la trancher que s’il existe une “difficulté réelle” d’interprétation ou de validité, s’il existe un doute sérieux sur le sens ou la validité de la disposition concernée ; si le sens de l’acte est “clair”, si la validité est évidente, le juge peut l’appliquer immédiatement ».

¹⁸⁹⁹ CE Ass., 19 juin 1964, req. n° 47.007, 47.008, 47.028, 47.029, 47.030, 48.961, 48.962 et 49.019, *Société des pétroles Shell Berre e.a.*, publié au Lebon p. 344.

¹⁹⁰⁰ CJCE, 6 oct. 1982, *CILFIT*, prec., pts 16-20. Sur la différence d’interprétation de l’acte clair entre le Conseil d’État et la Cour de justice, voir : S. PLATON, « La pratique du Conseil d’État en matière de questions préjudicielles à la Cour de justice de l’Union européenne », *AJDA*, 2015, n° 5, p. 261-262.

556. Conclusion. Plusieurs indices, tant au sein de la Charte que dans le droit de l'Union, ouvrent la voie à l'hétérarchie comme paradigme d'interprétation du champ d'application de la Charte. Le cadre dans lequel la Charte a été rédigée a assurément inscrit cette dernière dans une dimension coopérative et horizontale, tout comme le font les dispositions générales qui règlent son application. Plus largement, il existe une série de règles de droit de l'Union destinées à être prises en compte pour interpréter le champ d'application de la Charte et qui justifient, elles aussi, une approche horizontale. Il s'agit des principes d'attribution, de confiance mutuelle et de la primauté d'application, ainsi que du mécanisme de la question préjudicielle devant la Cour de justice. Dans un cadre pluraliste d'interprétation, ces règles contribuent à garantir une application effective des droits fondamentaux garantis par la Charte.

Section 2. Les garanties de protection des droits consacrés par la Charte dans un contexte hétérarchique

557. À titre principal, les droits consacrés par la Charte sont garantis dans son champ d'application grâce à l'équivalence des protections entre les différents instruments juridiques de protection des droits fondamentaux (la Charte, la CESDH et les droits fondamentaux nationaux)¹⁹⁰¹. L'équivalence des protections est rendue possible par la dimension « universaliste » des droits fondamentaux, « qu'illustrent les innombrables proximités, tant formelles (terminologiques et syntaxiques) que matérielles des multiples sources »¹⁹⁰². L'intérêt du mécanisme d'équivalence réside essentiellement dans sa capacité à ne pas rechercher l'identité des protections mais à reconnaître un seuil commun de valeurs qui, au-delà, laisse une marge d'appréciation substantielle aux acteurs de l'interprétation¹⁹⁰³. En l'absence d'équivalence entre droits fondamentaux dans une situation donnée, le recours au standard du droit le plus protecteur vient pallier l'absence

¹⁹⁰¹ Cf. *supra*, §494.

¹⁹⁰² C. FERCOT, « La protection des droits fondamentaux dans l'État fédéral : du dialogue à la concurrence des juridictions. Regards sur les droits allemands, américain et suisse », in : P.-Y. MONJAL, P. JAN, C. GESLOT (dir.), *La concurrence des juges en Europe. Le dialogue en question*, op. cit., p. 203. En ce sens également : É. DUBOUT, « Droits fondamentaux et pluralisme constitutionnel dans l'Union européenne », op. cit., p. 114.

¹⁹⁰³ Les critiques apologétiques qui peuvent être formulées contre le pluralisme en droit international (voir : A.-C. MARTINEAU, *Le débat sur la fragmentation du droit international*, op. cit., p. 221 et s.) trouvent en droit de l'Union un écho bien moindre étant donné que l'Union européenne est une communauté à laquelle les États membres ont volontairement adhérents. L'existence de « valeurs communes » et d'un seuil minimal de protection à respecter fait pleinement partie de l'engagement pris par chacun des États membres lors de son adhésion, tout au moins pour les États ayant adhéré après le développement des principes généraux du droit.

de hiérarchie entre les normes de protection des droits fondamentaux. En d'autres mots, le standard du droit le plus protecteur « illustre le détachement du déterminisme vertical au profit d'une plus grande souplesse mise au service des justiciables et de la protection de leurs droits fondamentaux »¹⁹⁰⁴.

Cette logique de modulation par des instruments souples vient relativiser la nécessité de délimiter strictement le champ d'application de la Charte. Dans le cadre de ces deux mécanismes, les différences d'interprétation du champ d'application de la Charte doivent en effet être acceptées comme telles et conservées. Eu égard au nombre de décisions rendues appliquant la Charte, la majorité des divergences d'interprétation du champ d'application de la Charte entrent dans le cadre de ces mécanismes et les conflits directs entre juridictions apparaissent relativement rares¹⁹⁰⁵.

558. Sur certains aspects, toutefois, tels qu'en matière de protection des données personnelles, la Charte offre une protection spécifique qui permet d'assurer la poursuite des objectifs du droit de l'Union. Ces objectifs sont à l'origine du projet européens et en constituent l'essence. À ce titre, l'interprétation des droits fondamentaux doit être assurée « dans le cadre de la structure et des objectifs de l'Union »¹⁹⁰⁶. Si, dans une telle situation, l'équivalence des protections ou le standard du droit le plus protecteur ne permettent pas d'assurer une protection suffisante des droits fondamentaux consacrés par la Charte, se pose la question des moyens susceptibles d'assurer cette protection renforcée tout en garantissant la mise en œuvre des objectifs de l'Union¹⁹⁰⁷. L'application de la Charte au sein du champ d'application défini par la Cour de justice peut résulter de moyens de contrainte figurant parmi les voies de droit prévues par les traités. Ces moyens de contrainte s'inscrivent dans la dimension hétérarchique du cadre d'interprétation de la Charte en ce qu'ils ne sont pas absolus. Ils sont susceptibles de sanctionner une violation grave du champ d'application de la Charte mais ne peuvent imposer directement son application (§1). Une telle limite

¹⁹⁰⁴ É. DUBOUT, « Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : unitarisme constitutif versus pluralisme constitutionnel – Réflexions autour de l'arrêt Melloni », *Cahiers de droit européen*, 2013, n° 2, p. 313.

¹⁹⁰⁵ C'est l'un des enseignements du Rapport final du Groupe d'étude de la Commission du droit international de l'Assemblée générale des Nations Unies : *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international. Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi*, A/CN.4/L.682, 13 avril 2006.

¹⁹⁰⁶ Les objectifs de l'Union sont définis à l'article 3 du TUE. La Cour de justice de l'Union y fait référence dans le cadre de son système de protection des droits fondamentaux : CJCE, 17 déc. 1970, aff. C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, pt 4 ; CJCE, 3 sept. 2008, aff. C-402 et 415/05 P, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission*, pts 281-285 ; CJUE, 18 déc. 2014, Avis 2/13, *Adhésion de l'Union à la CEDH*, pts 170 et 172.

¹⁹⁰⁷ En ce sens : A. PETERS, « Par-delà la hiérarchie des ordres juridiques – Le pluralisme ordonné vu d'Allemagne », in : B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éd., 2016, p. 1642.

conduit à recourir en parallèle à une régulation souple des rapports entre juridictions. Cette régulation souple permet d'assurer un rapprochement des interprétations du champ d'application de la Charte et/ou des droits fondamentaux en cause afin de garantir la réalisation du droit de l'Union (§2).

§1- Les mécanismes contraignant l'application de la Charte

559. Lorsque l'équivalence des protections et le standard du droit le plus protecteur ne peuvent pas être mis à profit, il existe des moyens de contrainte visant à rapprocher l'interprétation du champ d'application de la Charte retenue par une juridiction nationale de l'interprétation adoptée par la Cour de justice de l'Union. Toutefois, ces moyens ne sont pas absolus. Ils ont à la fois un caractère préventif (en ce sens qu'une obligation pèse déjà sur les juridictions) (A) et un caractère punitif, car le non-respect du champ d'application tel que déterminé par la Cour de justice peut conduire à une sanction de l'État membre. La dimension politique de la sanction permet toutefois de la réserver aux cas où la protection spécifique proposée par la Charte doit nécessairement être garantie pour assurer la cohérence du droit de l'Union (B).

A) L'obligation d'appliquer la Charte

560. Obligation textuelle. L'obligation pour les États membres d'appliquer la Charte selon les exigences définies par la Cour de justice procède du fait que ces mêmes États sont liés au respect des traités par leurs constitutions nationales¹⁹⁰⁸ et par les traités eux-mêmes¹⁹⁰⁹. Parce que la Charte appartient aux traités¹⁹¹⁰ et parce que son interprétation est dévolue à la Cour de justice de l'Union¹⁹¹¹, l'interprétation du champ d'application de la Charte lie les États membres. Il en résulte une obligation pour les juges nationaux d'appliquer la Charte conformément à ce qu'énonce la Cour de justice à ce sujet. Or, si la

¹⁹⁰⁸ Concernant la France et l'Allemagne, cf. *supra*, §334.

¹⁹⁰⁹ Sur le fondement de la règle *Pacta sunt servanda* et de l'article 1 du TUE.

¹⁹¹⁰ Article 6§1 du TUE.

¹⁹¹¹ Article 267 al. 1 du TFUE.

cour reconnaît l’éventualité de divergences d’interprétation¹⁹¹², elle ne les accepte pas lorsqu’elles entravent la poursuite des objectifs de l’Union¹⁹¹³.

561. Respect de l’obligation favorisé par la procédure judiciaire nationale. Une éventuelle divergence de l’interprétation du champ d’application de la Charte portant atteinte à la réalisation des objectifs de l’Union pourrait être dénoncée par le biais d’un recours devant un autre juge national de deux manières. Le juge saisi du recours pourrait soit constater le non-respect du champ d’application de la Charte tel que déterminé par la Cour et modifier la décision en ce sens, soit saisir la Cour de justice d’une question préjudicielle visant à préciser l’applicabilité de la Charte dans un cas d’espèce. Si le juge d’appel se refusait à l’une ou l’autre des solutions, le juge de dernière instance serait obligé de renvoyer la question à la Cour de justice. Cette dernière obligation doit toutefois être relativisée : encore faut-il que le juge ait identifié la question comme posant une difficulté sérieuse et ait choisi de ne pas procéder lui-même à l’interprétation¹⁹¹⁴.

562. Différences de respect de l’obligation entre les juridictions de première et deuxième instance et les juridictions suprêmes. Le débat sur le droit au « dernier mot » ne trouve que peu de retentissement chez les juridictions de droit commun de première et deuxième instance¹⁹¹⁵. En raison de leur niveau au sein de la hiérarchie juridictionnelle, elles n’ont que peu d’intérêt à se saisir de la question. En revanche, leur position les place au premier rang en matière d’application du droit de l’Union. Ce rôle de juge communautaire de droit commun conduit, selon nous, à ce que les applications de la Charte par ces juridictions s’opèrent dans une véritable optique de coopération. Les cas dans lesquels la Charte n’est pas appliquée, alors même qu’ils entreraient dans son champ d’application tel qu’interprété par la Cour de justice, semblent généralement résulter plus d’une méconnaissance du droit de l’Union que d’une véritable politique jurisprudentielle visant à construire un rapport de systèmes¹⁹¹⁶. *A contrario*, les tentatives de préservation

¹⁹¹² CJUE, 26 fév. 2013, aff. C-617/10, *Åkerberg Fransson*, pt 29 ; CJUE, 26 fév. 2013, aff. C-399/11, *Melloni*, pt 60.

¹⁹¹³ CJUE, 26 fév. 2013, aff. C-399/11, *Melloni*, pts 60 et 63 : en l’espèce, la divergence d’interprétation aurait conduit à « compromettre l’effectivité de [la] décision-cadre ».

¹⁹¹⁴ Cf. *supra*, §554.

¹⁹¹⁵ Ce constat peut être étendu aux cinq juridictions suprêmes allemandes qui se placent dans l’ombre de la Cour constitutionnelle fédérale. Cf. *supra*, §427.

¹⁹¹⁶ Cf. *supra*, §421. sur les nombreuses décisions de tribunaux administratifs et cours administratives d’appel relativement à l’application de l’article 41 de la Charte aux États membres. Voir également la réponse de la Commission à une question écrite dans laquelle elle indique que « Les hésitations et les contradictions qui se manifestent encore parfois à cet égard dans les jurisprudences des juridictions nationales font l’objet d’un examen attentif de la part de la Commission qui s’efforce d’améliorer l’information des milieux intéressés et d’avoir avec eux des échanges de vues aussi fréquents que possible. » (Question écrite n° 349/69, JOCE de 1970 n° C 20, p. 5).

d'un droit au « dernier mot » par les juridictions suprêmes constituent l'objet non explicite des conflits d'interprétation entre les cours suprêmes nationales et de l'Union.

Un tel contraste entre les niveaux de juridiction s'explique par la logique propre aux voies de recours. Ces dernières sont organisées afin que les situations juridiques les plus complexes, impliquant plusieurs normes contradictoires ou conduisant au « progrès du droit », atteignent les cours suprêmes¹⁹¹⁷. Face à de telles situations, les cours suprêmes doivent non seulement juger une situation donnée, mais aussi contribuer à poser un cadre et à assurer une cohérence juridique. Ce dernier rôle comprend une dimension créatrice du droit qui conduit à « politiser » la fonction des cours suprêmes. Pour cette raison, il apparaît d'autant moins étonnant que les résistances à l'obligation d'appliquer la Charte conformément aux décisions de la Cour de justice proviennent plus des cours suprêmes que des juridictions de première et deuxième instance et concernent des situations où l'équivalence des protections n'est pas applicable. Cela peut être le cas lorsqu'un droit fondamental de la Charte se révèle moins protecteur qu'un droit fondamental national ou lorsque le premier entre en contradiction avec le second. Afin de contrer ces résistances, l'Union s'est dotée de procédures de sanction.

B) La sanction de la non-application de la Charte

563. Si, dans une situation susceptible de porter atteinte à la poursuite des objectifs de l'Union, une juridiction nationale ne respecte pas l'interprétation du champ d'application de la Charte retenue par la Cour de justice, deux voies de recours organisées par les traités peuvent être envisagées. La première, le recours en manquement, doit être entreprise par la Commission européenne et vise à sanctionner l'État membre pris dans son ensemble (1). La seconde, l'action en responsabilité extracontractuelle, peut être engagée par le demandeur lésé pour obtenir réparation (2). Cette voie de recours peut éventuellement, mais pas nécessairement, faire suite à une décision de constatation de manquement.

¹⁹¹⁷ Sur la distinction entre les types de situations juridiques : B.N. CARDOZO, *La nature de la décision judiciaire*, trad. G. CALVES, Paris, Dalloz, 2011, p. 103-104 : « La majorité des cas qui parviennent à la Cour où je siège ne peuvent raisonnablement être réglés, je pense, qu'en un sens et un seul : le droit et la manière dont il doit être appliqué sont aussi clairs l'un que l'autre [...]. Dans d'autres hypothèses, très nombreuses, la règle de droit est certaine, seule son application est douteuse : il faut disséquer un dossier complexe, analyser des témoignages plus ou moins incohérents et incompréhensibles, pour situer une affaire dans une région ou une autre de la carte du licite et de l'illicite. [...]. Reste enfin un pourcentage de cas, assez faible en vérité mais pas au point d'être négligeable, où la décision, quel que soit son sens, pèse sur l'avenir, accélère ou freine, parfois beaucoup, parfois un peu, le progrès du droit. C'est dans ces cas que l'élément créateur de la décision judiciaire trouve l'occasion de se manifester et d'exprimer son pouvoir. »

1. La sanction par le recours en manquement

564. Recours en manquement contre des décisions judiciaires. La procédure en manquement, prévue par l’article 258 du TFUE, vise à sanctionner un État membre qui manquerait « à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités »¹⁹¹⁸. Cette procédure est à l’entière discrétion de la Commission qui décide tant de son activation (en informant l’État et en le mettant en mesure de présenter ses observations) que de sa poursuite (en émettant un avis motivé suite aux observations de l’État concerné) et de la saisine de la Cour de justice afin de faire juridiquement constater le manquement. La Cour a interprété la notion d’ « État » de manière assez large, comme comprenant l’ensemble des organes et institutions d’un État qui commettraient un manquement. Il peut aussi bien s’agir du gouvernement, du parlement ou d’une autorité fédérée ou décentralisée, que d’une « institution constitutionnellement indépendante »¹⁹¹⁹ ou d’un organisme de droit privé, dans la mesure où l’État exerce un contrôle direct ou indirect sur lui¹⁹²⁰. Il est aujourd’hui établi que les juridictions sont également comprises dans la notion d’État et leurs décisions susceptibles de faire l’objet d’une condamnation en manquement¹⁹²¹.

Les manquements judiciaires résultent principalement d’une mauvaise interprétation de dispositions du droit de l’Union par les cours suprêmes. Corrélativement, cette violation des traités implique couramment une violation de l’article 267 du TFUE relatif à

¹⁹¹⁸ Article 258 du TFUE.

¹⁹¹⁹ CJCE, 5 mai 1970, aff. C-77/69, *Commission c/ Belgique*, pt 15.

¹⁹²⁰ CJCE, 24 nov. 1982, aff. C-249/81, *Commission c/ Irlande*.

¹⁹²¹ La reconnaissance de cette possibilité est d’abord restée uniquement théorique, avant d’être réellement mise en œuvre. La Commission avait en effet évoqué dans une réponse à une question écrite « [...] que la procédure prévue à l’article 169 du traité C.E.E. [était] applicable dans [c]es hypothèses [...] » (Question écrite n° 100, JOCE de 1967 n° P 270, p. 2). Elle a confirmé cette position dans une autre réponse donnée trois ans plus tard, ajoutant toutefois que « [...] l’engagement d’une procédure au titre de l’article 169 du traité C.E.E. ne doit certainement pas être exclu dans [c]es cas [...]. On notera cependant que la commission juridique du Parlement est d’avis que “l’utilisation éventuelle de l’article 169 se heurterait naturellement à l’indépendance du pouvoir judiciaire vis-à-vis du pouvoir exécutif” » (Question écrite n° 349/69, JOCE de 1970 n° C 20, p. 4).

La Commission a finalement ouvert en 1985 une première procédure pour manquement résultant d’une décision juridictionnelle. Cette procédure visait l’Allemagne pour une décision rendue par la Cour fédérale des finances (*Bundesfinanzhof*). En 2003, la Cour a décidé d’une première condamnation en manquement contre l’Italie en raison d’une « interprétation jurisprudentielle significative non démentie par la [...] juridiction suprême ». Elle a toutefois visé le législateur, et non directement la juridiction en cause, pour n’avoir pas su éviter l’interprétation erronée (CJCE, 9 déc. 2003, aff. C-129/00, *Commission c/ Italie*). Il a fallu attendre 2009 pour que la Cour rende une première véritable constatation de manquement en raison d’une décision de justice, sans pour autant que l’origine du manquement ne soit véritablement mise en avant (CJCE, 12 nov. 2009, aff. C-154/08, *Commission c/ Espagne*). À l’inverse, la décision rendue contre la France en 2018 vise expressément le Conseil d’État et plusieurs de ses décisions comme auteur et motifs du manquement (CJUE, 4 oct. 2018, aff. C-416/17, *Commission c/ France (Précompte mobilier)*). La décision PSPP rendue par la Cour constitutionnelle fédérale déclarant *ultra-vires* un arrêt de la Cour de justice de l’Union (BVerfG, 5 mai 2020, décisions n° 2 BvR 859/15, 980/16, 2006/15, 1651/15, *EZB-Kaufprogramm*) pourrait à son tour faire l’objet d’un recours en manquement si la Commission décide officiellement de lancer la procédure.

Pour un historique détaillé, voir : M. BLANQUET, *Droit général de l’Union européenne*, op. cit., p. 761-762 et 849.

l'obligation de saisine préjudicielle de la Cour de justice par les juridictions de dernière instance en cas de doute sur l'interprétation du droit de l'Union. Du fait de leur imbrication, l'association des deux motifs est souvent soulevée devant la Cour¹⁹²², bien que ces arguments ne soient pas mutuellement exclusifs¹⁹²³.

Pour l'heure, la Cour n'a encore jamais rendu de décision relative à une demande en constatation de manquement concernant l'interprétation de la Charte ou de son champ d'application. Cette éventualité ne peut toutefois être écartée étant donné que la Charte est intégrée aux traités. La Commission avait d'ailleurs annoncé dès 2010 son intention de déclencher « chaque fois que cela est nécessaire des procédures d'infraction contre les États membres pour non-respect de la Charte dans la mise en œuvre du droit de l'Union »¹⁹²⁴. Les dernières décisions rendues par la Cour constitutionnelle fédérale relatives au champ d'application de la Charte¹⁹²⁵ aurait pu en faire l'objet si la question qu'elles recèlent du droit au dernier mot n'avait pas été aussi politiquement brûlante.

565. Caractère non-systématique du recours en manquement. Comme en témoigne l'exemple des récentes décisions de la Cour constitutionnelle fédérale¹⁹²⁶, la procédure de manquement contre les décisions judiciaires non-conformes au droit de l'Union n'est pas systématiquement utilisée¹⁹²⁷. Ainsi qu'elle l'a évoqué dès 1967, les solutions pédagogiques ont encore la préférence de la Commission¹⁹²⁸. Elles peuvent être d'ordre informatif, au moyen de la formation des juges nationaux au droit de l'Union. En témoigne la réponse de la Commission à la question écrite n°100 relative à l'absence de renvoi préjudiciel du Conseil d'État français à la Cour de justice, dans laquelle l'absence de recours à la procédure en manquement est justifiée par un renvoi « au paragraphe 383 du Neuvième et au paragraphe 446 du Dixième Rapport général de la Commission de la CEE où cette Commission décrit en détail les efforts entrepris par elle dans le domaine de *l'information des milieux judiciaires dans les États membres* »¹⁹²⁹. Cette approche a été réitérée dans les

¹⁹²² CJUE, 4 oct. 2018, *Commission c/ France*, prec. En ce sens également : CJCE, 30 sept. 2003, aff. C-224/0, *Köbler* ; CJUE, 9 sept. 2015, aff. C-160/14, *Ferreira da Silva e Brito e.a.*

¹⁹²³ CJCE, 12 nov. 2009, *Commission c/ Espagne*, prec., pts 64 et s.

¹⁹²⁴ COMMISSION EUROPEENNE, Communication « Stratégie pour la mise en œuvre effective de la Charte des droits fondamentaux par l'Union européenne », 19 octobre 2010, COM (2010) 573 final, pt 1.3.2.

¹⁹²⁵ BVerfG, 24 avril 2013, décision n° 1 BvR 1215/07, *Antiterrordateigesetz*, BVerfGE 133, 277 ; BVerfG, 15 déc. 2015, décision n° 2 BvR 2735/14, *Europäischer Haftbefehl II*, BVerfGE 140, 317.

¹⁹²⁶ Notamment : BVerfG, 24 avril 2013, décision n° 1 BvR 1215/07, *Antiterrordateigesetz*, BVerfGE 133, 277 ; BVerfG, 15 déc. 2015, décision n° 2 BvR 2735/14, *Europäischer Haftbefehl II*, BVerfGE 140, 317.

¹⁹²⁷ En ce sens également, relativement à l'affirmation du contrôle constitutionnel dans les États membres : J.-V. LOUIS, « La primauté du droit de l'Union, un concept dépassé ? », *op. cit.*, p. 453.

¹⁹²⁸ M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 761.

¹⁹²⁹ Réponse de la Commission, Question écrite n° 100, prec., p. 4 (nous soulignons).

mêmes conditions en 1970 lorsque la Commission souligne que « Les hésitations et les contradictions qui se manifestent encore parfois à cet égard dans les jurisprudences des juridictions nationales font l’objet d’un examen attentif de la part de la Commission *qui s’efforce d’améliorer l’information des milieux intéressés et d’avoir avec eux des échanges de vues* aussi fréquents que possible »¹⁹³⁰. Par ailleurs, les solutions informelles peuvent être d’ordre dialogique et se traduire par des échanges de points de vue. La demande d’observation effectuée par la Commission auprès du gouvernement français à la suite de l’arrêt *Cohn-Bendit* rendu par le Conseil d’État en 1978¹⁹³¹ en constitue un exemple¹⁹³².

L’absence de recours systématique à la procédure de manquement concernant les décisions juridictionnelles se justifie tout d’abord par le caractère sensible de cette procédure. La condamnation d’un État pour une décision rendue par une juridiction heurte en effet « l’indépendance des instances judiciaires et éventuellement l’autorité des décisions de justice »¹⁹³³, qui constituent deux piliers de l’État de droit. Une telle condamnation par la Cour de justice traduirait également une crise de confiance importante entre les États et l’Union et constituerait un signe politique fort. Par conséquent, la Commission estime que « la mise en œuvre de la procédure prévue à l’article 169 du traité C.E.E. ne doit pas être envisagée dans tous les cas où une décision d’une juridiction nationale méconnaît la portée du droit communautaire »¹⁹³⁴. Il semble qu’elle réserve le recours en manquement pour les violations répétées du droit de l’Union¹⁹³⁵ ou pour les violations les plus problématiques au regard de l’exigence d’uniformité d’application du droit de l’Union¹⁹³⁶. L’absence de systématisme du recours en manquement contre des décisions judiciaires s’explique, de plus, par le fait qu’un arrêt de la Cour en constatation de manquement ne conduit pas à remettre en cause les décisions en question. Le principe

¹⁹³⁰ Réponse de la Commission, Question écrite n° 349/69, *prec.*, p. 5 (nous soulignons).

¹⁹³¹ CE Ass., 22 déc. 1978, *Ministre de l’Intérieur c/ Cohn-Bendit*, *prec.* : Dans cet arrêt, le Conseil d’État juge que des dispositions précises et inconditionnelles d’une directive non transposée dans le délai imparti ne peuvent être invoquées à l’appui d’une demande d’annulation d’un acte administratif individuel.

¹⁹³² M. BLANQUET, *Droit général de l’Union européenne*, *op. cit.*, p. 849.

¹⁹³³ *Ibid.*, p. 761.

¹⁹³⁴ Réponse de la Commission, Question écrite n° 349/69, *prec.*, p. 5.

¹⁹³⁵ Par exemple : CJUE, 4 oct. 2018, *Commission c/ France*, *prec.* La Commission a activé le recours en manquement après trois décisions du Conseil d’État refusant de saisir la Cour de justice et conduisant à la violation du droit de l’Union.

¹⁹³⁶ En témoigne la volonté exprimée par la Présidente de la Commission, Ursula von der Leyen, d’analyser la faisabilité d’un recours en manquement contre l’Allemagne à la suite de la décision de la Cour constitutionnelle fédérale d’Allemagne rendue le 5 mai 2020 et déclarant un arrêt de la Cour de justice et des actes de la Banque centrale européenne *ultra-vires* (BVerfG, 5 mai 2020, décisions n° 2 BvR 859/15, 980/16, 2006/15, 1651/15, *EZB-Kaufprogramm*) : COMMISSION EUROPEENNE, *Déclaration de la Présidente von der Leyen*, 10 mai 2020, STATEMENT/20/846.

de l'autorité des décisions de justice doit en effet primer¹⁹³⁷. Par conséquent, la condamnation d'un État en manquement revêt le caractère d'une sanction politique plus que juridique, étant donné qu'aucune action précise ne peut être attendue de la part du gouvernement ou du parlement de l'État membre. Une modification de la règle de droit afin de la préciser peut évidemment être envisagée, mais elle reste soumise à l'appréciation des autorités législatives ou exécutives de l'État. Aucune contrainte directe ne peut être exercée à l'encontre de la Cour responsable du manquement.

566. Absence de dimension hiérarchique absolue à la sanction du manquement.

L'absence de recours systématique à la procédure de manquement en cas de violation du droit de l'Union par les juridictions nationales ainsi que le caractère politique de la sanction conduisent à considérer la procédure de manquement comme non-absolue. Ainsi, malgré la dimension hiérarchique que comporte une procédure de sanction envers des juridictions qui n'auraient pas fait une application correcte du droit de l'Union au sens de la Cour de justice, l'utilisation qui en est faite et les conséquences qu'elle engendre s'inscrivent dans une logique de tolérance et donc dans une certaine horizontalité. L'éventualité d'un recours en manquement pour violation grave ou répétée par une juridiction nationale de l'interprétation du champ d'application de la Charte par la Cour de justice constitue une garantie de son application mais elle s'inscrit aussi, et surtout dans les faits, dans une logique non strictement hiérarchique. Cela est d'autant plus vrai que la seconde possibilité de recours ne vise pas, elle non plus, à réformer les décisions de justice visées au profit d'une interprétation conforme du champ d'application de la Charte à la jurisprudence de la Cour de justice afin d'assurer la réalisation des objectifs de l'Union.

2. Le dédommagement de la personne lésée par le recours en responsabilité extracontractuelle

567. Principe de la responsabilité extracontractuelle pour violation du droit de l'Union. Le recours en responsabilité extracontractuelle pour violation du champ d'application de la Charte par une décision d'une juridiction nationale représente une seconde voie de recours permettant de garantir l'application de la Charte. Ce recours a été créé par les traités afin, plus largement, de réparer les dommages causés aux personnes physiques ou morales¹⁹³⁸ par les institutions de l'Union ou par ses agents dans l'exercice de leur fonction. Il est aujourd'hui inscrit aux articles 268 et 340§2 du TFUE. Ceci dit, la

¹⁹³⁷ CJCE, 30 sept. 2003, *Köbler*, prec., pt 39.

¹⁹³⁸ M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, op. cit., p. 784.

délégation de la mise en œuvre du droit de l’Union aux États membres a conduit la Cour à organiser par ailleurs une possibilité de recours en responsabilité extracontractuelle pour leurs agissements dans le cadre de cette fonction¹⁹³⁹. Au nom du principe de subsidiarité¹⁹⁴⁰, la compétence pour statuer sur les dommages découlant de la violation par les États des obligations résultant du droit de l’Union a été renvoyée aux États eux-mêmes¹⁹⁴¹. L’arrêt *Köbler* rendu en 2003 a étendu cette compétence aux décisions de justice portant atteinte au droit de l’Union¹⁹⁴².

568. Autonomie procédurale et exigences relatives au recours. Le principe de l’autonomie procédurale des États membres a été consacré par la Cour sur la base des articles 4§3 al. 2 du TUE et 291 du TFUE¹⁹⁴³. Il vise à laisser les États appliquer leurs règles procédurales internes lorsqu’ils mettent en œuvre le droit de l’Union. Le recours en responsabilité extracontractuelle devant les États membres est régit par ce principe. L’autonomie procédurale des États connaît toutefois des limites, notamment dans le cas où le droit de l’Union comporte des règles procédurales communes¹⁹⁴⁴. Afin d’éviter des disparités excessives de protection des droits des particuliers entre États membres dans le recours en responsabilité extracontractuelle pour violation du droit de l’Union par une décision juridictionnelle, la Cour s’est attachée à établir un certain nombre de règles communes, restreignant ainsi d’autant l’autonomie procédurale des États membres dans ce contentieux.

En premier lieu, elle a obligé les États à prévoir une procédure de mise en cause de leur responsabilité extracontractuelle pour des décisions de justice¹⁹⁴⁵. Si un tel recours n’existe pas ou s’il est exclu en droit interne, « Le juge national est obligé d’écarter la règle de droit interne qui exclurait la responsabilité du fait du législateur, ce qui appelle des amendements significatifs du régime de responsabilité dans différents États, notamment au regard de la responsabilité de la puissance publique »¹⁹⁴⁶. En second lieu, l’auteur du manquement judiciaire ne peut être qu’une juridiction nationale dont la décision est insusceptible de

¹⁹³⁹ CJCE, 19 nov. 1991, aff. C-6 et 9/90, *Francovich et Bonifaci c/ Italie*, pts 33-37. Également : W. FRENZ, V. GÖTZKES, « Staatshaftung für Gerichtsentscheidungen bei auslegungsbedürftigem Recht », *EuR*, 2009, n° 5, p. 633.

¹⁹⁴⁰ M. BLANQUET, *Droit général de l’Union européenne*, op. cit., p. 793.

¹⁹⁴¹ CJCE, 19 nov. 1991, *Francovich et Bonifaci*, prec., pt 42.

¹⁹⁴² CJCE, 30 sept. 2003, *Köbler*, prec., pts 30-50.

¹⁹⁴³ CJCE, 21 sept. 1983, aff. C-205 à 215/82, *Deutsche Milchkontor GmbH*, pt 17.

¹⁹⁴⁴ C. BOUTAYEB, *Droit institutionnel de l’Union européenne*, 5^{ème} éd., Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éd., 2018, p. 667.

¹⁹⁴⁵ CJCE, 30 sept. 2003, *Köbler*, prec., pt 36 ; CJUE, 9 sept. 2015, *Ferreira da Silva e Brito*, prec., pt 50.

¹⁹⁴⁶ C. BOUTAYEB, *Droit institutionnel de l’Union européenne*, op. cit., p. 671.

recours¹⁹⁴⁷. En effet, « une juridiction statuant en dernier ressort constitue par définition la dernière instance devant laquelle les particuliers peuvent faire valoir les droits que le droit communautaire leur reconnaît ». Seule l'absence de recours face à ces décisions prive le particulier d'une protection juridique de ses droits et justifie la nécessité d'une procédure en responsabilité extracontractuelle de l'État¹⁹⁴⁸. En troisième lieu, la reconnaissance de la responsabilité de l'État du fait d'une décision de justice insusceptible de recours ne remet aucunement en cause cette même décision de justice. Elle autorise simplement une indemnisation du dommage qui en résulte, sans pour autant exiger « la révision de la décision juridictionnelle ayant causé le dommage »¹⁹⁴⁹. Il en résulte que le principe de l'autonomie, selon lequel l'indemnisation ne dépend pas d'une déclaration préalable d'illégalité¹⁹⁵⁰, s'étend également au recours pour violation du droit de l'Union par une décision de justice rendue en dernière instance. En ce sens, l'arrêt *Köbler* ne conditionne pas l'indemnisation à une décision en constatation de manquement¹⁹⁵¹.

En quatrième lieu, une triple condition de fond à la reconnaissance de la responsabilité a été dégagée par la Cour de justice. Il est nécessaire que « la règle de droit violée ait pour objet de conférer des droits aux particuliers, que la violation soit suffisamment caractérisée et qu'il existe un lien de causalité direct entre la violation de l'obligation qui incombe à l'État et le dommage subi par les personnes lésées »¹⁹⁵². Concernant la seconde condition relative à la violation suffisamment caractérisée, il doit s'agir d'une « méconnaissance manifeste et grave par un État membre des limites qui s'imposent à son pouvoir d'appréciation »¹⁹⁵³. La méconnaissance peut être identifiée par « le degré de clarté et de précision de la règle violée, l'étendue de la marge d'appréciation que la règle enfreinte laisse aux autorités nationales ou communautaires, le caractère intentionnel ou involontaire du manquement commis ou du préjudice causé, le caractère excusable ou inexcusable d'une éventuelle erreur de droit, la circonstance que les attitudes prises par une institution communautaire ont pu contribuer à l'omission, l'adoption ou au maintien de mesures ou de

¹⁹⁴⁷ CJCE, 30 sept. 2003, *Köbler*, prec., pts 33-36.

¹⁹⁴⁸ CJCE, 30 sept. 2003, *Köbler*, prec., pt 34.

¹⁹⁴⁹ CJCE, 30 sept. 2003, *Köbler*, prec., pt 39.

¹⁹⁵⁰ Par exemple, sur l'autonomie du recours en indemnité par rapport au recours en annulation : CJCE, 2 déc. 1971, aff. C-5/71, *Zuckerfabrik Schoepfenstedt c/ Conseil* ; et par rapport au recours en carence : CJCE, 28 avril 1971, aff. C-4/69, *Lütticke c/ Commission*. Sur le principe d'autonomie : G. ISAAC/M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, 11^{ème} éd., Paris, Sirey, 2018, p. 788.

¹⁹⁵¹ CJCE, 30 sept. 2003, *Köbler*, prec.

¹⁹⁵² CJCE, 30 sept. 2003, *Köbler*, prec., pt 51.

¹⁹⁵³ CJCE, 5 mars 1996, aff. C-46 et 48/93, *Brasserie du pêcheur c/ Bundesrepublik Deutschland et The Queen c/ Secretary of State for Transport, ex parte Factortame e.a.*, pt 55.

pratiques nationales contraires au droit communautaire »¹⁹⁵⁴. L’inexécution de l’obligation de renvoi d’une question préjudicielle sera également prise en compte¹⁹⁵⁵. Il résulte de cette seconde condition que toute violation du droit de l’Union n’engage pas automatiquement la responsabilité extracontractuelle de l’État membre. L’analyse de ces critères revient essentiellement au juge national saisi dans le cadre du recours en responsabilité extracontractuelle. La Cour de justice peut être sollicitée afin de fournir l’interprétation correcte du droit de l’Union, nécessaire à la constatation de la violation de la règle de droit et à la caractérisation de cette violation¹⁹⁵⁶.

En dernier lieu, la Cour a reconnu comme nécessaires les exigences d’équivalence et d’efficacité. À ce titre, « les conditions fixées par les législations nationales en matière de réparation des dommages ne sauraient être moins favorables que celles qui concernent des réclamations semblables de nature interne (principe d’équivalence) »¹⁹⁵⁷. Par conséquent, le montant de la réparation ne peut être inférieur à celui prévu par le droit de l’Union en matière de responsabilité extracontractuelle dans une situation comparable¹⁹⁵⁸. Le principe d’effectivité exige que les conditions de réparation « ne rendent pas en pratique impossible ou excessivement difficile l’exercice des droits conférés par l’ordre juridique de l’Union »¹⁹⁵⁹. L’Italie a ainsi été condamnée par la Cour de justice alors qu’elle réservait la possibilité d’engager la responsabilité de l’État du fait d’une décision juridictionnelle aux cas du dol ou de la faute grave et excluait toute responsabilité pour « l’interprétation des règles de droit et l’appréciation des faits et des preuves »¹⁹⁶⁰.

Si les États membres sont libres de déterminer eux-mêmes les règles procédurales dans l’application du droit de l’Union, la Cour a largement encadré le recours en responsabilité extracontractuelle au niveau national. Le caractère sensible et exceptionnel de cette procédure explique certainement les conditions strictes posées en l’espèce.

569. Adaptation des procédures en droit national. Les États membres ont été contraints de s’adapter à ces exigences procédurales, d’autant qu’un tel recours n’existait quasiment pas – ou de manière très exceptionnelle – dans plusieurs États membres dont la

¹⁹⁵⁴ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur*, prec., pt 56 ; CJCE, 30 sept. 2003, *Köbler*, prec., pt 55.

¹⁹⁵⁵ C. BOUTAYEB, *Droit institutionnel de l’Union européenne*, op. cit., p. 670.

¹⁹⁵⁶ Exemple des arrêts CJCE, 30 sept. 2003, *Köbler*, prec. ; CJUE, 9 sept. 2015, *Ferreira da Silva e Brito*, prec.

¹⁹⁵⁷ CJUE, 9 sept. 2015, *Ferreira da Silva e Brito*, prec., pt 50.

¹⁹⁵⁸ C. BOUTAYEB, *Droit institutionnel de l’Union européenne*, op. cit., p. 671.

¹⁹⁵⁹ CJUE, 20 déc. 2017, aff. C-500/16, *Caterpillar Financial Services*, pt 41. En ce sens également : CJUE, 9 sept. 2015, *Ferreira da Silva e Brito*, prec., pt 50.

¹⁹⁶⁰ CJCE, GC, 13 juin 2006, aff. C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo* ; CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-379/10, *Commission c/ Italie*.

France et l'Allemagne. En France, le droit de l'Union a contribué à une réelle évolution de la responsabilité extracontractuelle de l'État du fait de décisions juridictionnelles. Inexistante à l'origine, elle a été consacrée par la loi en 1972 s'agissant des juridictions judiciaires¹⁹⁶¹ et reconnue par le Conseil d'État en 1978 dans l'arrêt *Darmont*¹⁹⁶². La responsabilité extracontractuelle de l'État sur le fondement d'une décision de justice peut être engagée devant le juge ordinaire ou administratif selon que la décision à l'origine de la violation est une décision du Conseil d'État ou de la Cour de cassation.¹⁹⁶³ Devant l'un comme devant l'autre, ce recours est toutefois formellement réservé aux fautes lourdes et aux dénis de justice. Si le juge judiciaire a largement assoupli les conditions constitutives d'une faute lourde, ouvrant plus largement la possibilité du recours¹⁹⁶⁴, il reste encore incertain si la faute exigée par le juge administratif respecte les conditions d'effectivité du recours posée par la Cour de justice¹⁹⁶⁵.

En Allemagne, le §839 al. 2 du code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch, BGB*) prévoit un principe de privilège au profit du juge (*Spruchrichterprivileg*), selon lequel sa responsabilité ne peut être engagée que sur le fondement d'un comportement criminel ou délictueux. Par conséquent, tout recours contre l'État sur le fondement de la violation du droit de l'Union par une décision de justice semble à première vue exclu. Néanmoins, contrairement à la loi italienne en cause dans les décisions *Traghetti del Mediterraneo* et *Commission c/ Italie*¹⁹⁶⁶, le principe du privilège dont bénéficie le juge n'exclut pas de manière générale une responsabilité de l'État pour une décision de justice non conforme au droit. Il s'agit plutôt d'une limitation de la responsabilité, qui fait dépendre cette dernière d'un certain degré de violation du droit¹⁹⁶⁷. Afin d'assurer l'effet utile du droit de l'Union, le juge amené à se prononcer sur la responsabilité extracontractuelle de l'État allemand pour violation du droit de l'Union par une décision de justice rendue en dernière instance

¹⁹⁶¹ Article 11 de la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 instituant un juge de l'exécution et relative à la réforme de la procédure civile, aujourd'hui codifié à l'article L. 141-1 du Code de l'organisation judiciaire.

¹⁹⁶² CE Ass., 29 déc. 1978, req. n° 96004, *Darmont*, publié au Lebon p. 542. Sur l'historique de la reconnaissance d'une responsabilité extracontractuelle de l'État du fait des décisions de justice, voir : J. COURTIAL, « La responsabilité du fait de l'activité des juridictions de l'ordre administratif : un droit sous influence européenne ? », *AJDA*, 2004, n° 8, p. 423-431.

¹⁹⁶³ M. HINDRE-GUEGUEN, « Responsabilité des États membres », in : *Répertoire Dalloz de droit européen*, Août 2006 (actualisation : janvier 2012), §234.

¹⁹⁶⁴ *Ibid.*, §236-241 ; S. PLATON, « La pratique du Conseil d'État en matière de questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 264.

¹⁹⁶⁵ Cf. *supra*, §568. CJCE, GC, 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo*, *prec.* ; CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-379/10, *Commission c/ Italie*, *prec.*

¹⁹⁶⁶ CJCE, GC, 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo*, *prec.* ; CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-379/10, *Commission c/ Italie*, *prec.*

¹⁹⁶⁷ W. FRENZ, V. GÖTZKES, « Staatshaftung für Gerichtsentscheidungen bei auslegungsbedürftigem Recht », *op. cit.*, p. 640.

n’applique pas le principe de privilège du juge¹⁹⁶⁸. Plus encore, le juge semble ne se référer qu’aux conditions du recours posées par la Cour et nullement aux règles nationales¹⁹⁶⁹. Cette approche conduit malgré tout à ce que les condamnations de l’État allemand pour violation du droit de l’Union par une décision de justice soient relativement rares¹⁹⁷⁰. Contrairement à la France, la procédure pour y parvenir résulte exclusivement de la compétence des juridictions judiciaires¹⁹⁷¹.

Bien que les problématiques relatives à la mise en place du recours soient différentes, cette procédure pose dans les deux États le même embarras. En effet, il s’avère délicat de faire reconnaître à un juge, saisi du recours en responsabilité, la violation du droit de l’Union par une décision rendue par autre juge qui lui est hiérarchiquement supérieur dans l’organisation juridictionnelle, étant donné qu’il statue en dernier recours¹⁹⁷².

570. Caractère non absolu des moyens de contrainte d’application de la Charte.

Le recours en responsabilité extracontractuelle n’a encore jamais été utilisé pour obtenir réparation d’une interprétation par une décision de justice rendue en dernière instance du champ d’application de la Charte, qui divergerait de celle retenue par la Cour de justice de l’Union et porterait atteinte à la poursuite des objectifs de l’Union. Elle est toutefois envisageable dès lors que « toute personne physique ou morale se prévalant d’un dommage peut intenter un recours »¹⁹⁷³.

Dans l’ensemble, les obligations d’appliquer la Charte de la manière et dans les situations définies par la Cour de justice, lorsque cela est nécessaire à la poursuite des objectifs de l’Union, sont essentiellement incitatives, que ces obligations soient prévues par le traité, ou leur non-respect sanctionné par le recours en manquement et le recours en responsabilité extracontractuelle. Ces obligations sont garanties par des sanctions formelles (le prononcé d’un manquement) et matérielles (une sanction pécuniaire), mais elles ne peuvent directement contraindre à appliquer la Charte dans une situation donnée. En effet, ces procédures ne sont pas systématiquement utilisées d’une part, et elles ne prévoient

¹⁹⁶⁸ *Ibid.*, p. 629. Par exemple : BGH (3^{ème} ch. civ.), 28 oct. 2004, décision n° III ZR 294/03.

¹⁹⁶⁹ BGH (3^{ème} ch. civ.), 28 oct. 2004, décision n° III ZR 294/03.

¹⁹⁷⁰ W. FRENZ, V. GÖTZKES, « Staatshaftung für Gerichtsentscheidungen bei auslegungsbedürftigem Recht », *op. cit.*, p. 643. Exemple de refus d’engager la responsabilité de l’État, mais qui ne concerne pas directement la violation du droit de l’Union par une décision de justice : BGH (3^{ème} ch. civ.), 22 janv. 2009, arrêt n° III ZR 233/07.

¹⁹⁷¹ M. LUBER, « Haftung der Mitgliedstaaten - die unionsrechtliche Staatshaftung » [en ligne], *Staatshaftung*, actualisation : novembre 2019, disponible sous : www.staatshaftung.de/staatshaftungsrecht/europarecht/mitgliedstaaten/#_Toc496383039

¹⁹⁷² M. LUBER, *Ibid.* ; J. COURTIAL, « La responsabilité du fait de l’activité des juridictions de l’ordre administratif : un droit sous influence européenne ? », *op. cit.*, p. 431.

¹⁹⁷³ M. BLANQUET, *Droit général de l’Union européenne*, *op. cit.*, p. 784.

qu'une sanction ou une réparation, sans possibilité de modifier le jugement à l'origine de l'interprétation divergente, d'autre part.

Toutefois, l'existence même de ces procédures, sans utilisation systématique, peut se révéler efficace par leur caractère incitatif envers les juridictions nationales. Transposé à la Charte, la potentialité d'une sanction en cas d'interprétation divergente grave ou répétée peut inciter les juridictions à respecter un champ d'application proche de celui déterminé par la Cour de justice. Ceci est uniquement nécessaire lorsque la Charte offre une protection spécifique devant être prise en compte afin d'assurer une mise en œuvre correcte du droit de l'Union et que l'équivalence des protections ou le standard du droit le plus protecteur ne permettent pas d'assurer la protection adéquate.

Le caractère non absolu de cette contrainte de type verticale – imposée aux États par l'Union – se révèle peu problématique dans une perspective de type hétérarchique. Dans cette perspective en effet, les pratiques juridiques, au moyen des interactions entre concurrence, dialogue des juges et mécanismes contraignants de recours, permettent d'opérer un rapprochement entre les interprétations du champ d'application de la Charte des juridictions nationales et de la Cour de justice, rapprochement permettant de garantir la réalisation des objectifs de l'Union.

§2- Les pratiques juridiques

571. Interprétation et subjectivité du juge. Qu'on le veuille ou non, la fonction de juger comprend nécessairement une part de subjectivité ou de décision : « les jugements étant rendus par des hommes interprétant des textes, il ne saurait exister de décision “pure”, c'est-à-dire exempte de subjectivité »¹⁹⁷⁴. L'interprétation du champ d'application de la Charte n'échappe pas à cette règle. Comme nous l'enseignent les juristes proches du courant réaliste, il existe des cas « clairs » et des cas « difficiles ». Dans les cas où l'application de la Charte est claire et ne pose pas de problème de rapport de systèmes, la part de subjectivité contenue dans l'interprétation fournie par le juge sera présente mais restera en arrière-plan. Elle restera « cachée » et n'exercera pas d'influence significative sur l'interprétation du champ d'application de la Charte et sur le choix de la solution au litige. Cette situation

¹⁹⁷⁴ B. HUREL, « Impartialité et subjectivité », *Délibérée*, 2018, n° 5, notamment §14 : la subjectivité est à distinguer de la partialité. Également : J. FAGET, « L'acte de juger et ses biais », *Délibérée*, 2018, n° 5, p. 27-30 ; É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2006 ; M. TROPER, *La philosophie du droit*, 5^{ème} éd., Paris, PUF, 2018.

correspond aux cas qui, selon Benjamin N. Cardozo, « ne peuvent raisonnablement être réglés [...] qu'en un sens et un seul : le droit et la manière dont il doit être appliqué sont aussi clairs l'un que l'autre »¹⁹⁷⁵.

À l'inverse, dans la majorité des cas qui arrivent jusque devant les cours suprêmes, « la décision, quel que soit son sens, pèse sur l'avenir, accélère ou freine, parfois beaucoup, parfois un peu, le progrès du droit. C'est dans ces cas que l'élément créateur de la décision judiciaire trouve l'occasion de se manifester et d'exprimer son pouvoir »¹⁹⁷⁶. Le processus créateur d'interprétation, plus complexe, conduira à révéler la part de subjectivité du juge. Les situations relatives à la protection des droits fondamentaux dans lesquelles l'équivalence des protections n'a pas permis de résoudre le conflit entre le droit national et la Charte (et sa protection renforcée) en sont un exemple topique. Dans ce second cas, il ne peut être fait abstraction de la dimension politique de l'activité du juge suprême dans le processus d'interprétation du champ d'application de la Charte. Concernant les cours constitutionnelles nationales, la Cour EDH et la Cour de justice de l'Union, Olivier Lespius considère que « ces cours ne jugent pas seulement des litiges, mais agissent en même temps sur le terrain de la politique juridique ; [elles] sont devenus des acteurs de l'évolution des constitutions et du droit »¹⁹⁷⁷. Ainsi, la circulation des idées et des connaissances, telle que définie par Jean-Sylvestre Bergé, « ne décrit pas un simple phénomène factuel ou même culturel dont le droit tirerait mécaniquement ou métaphoriquement les conséquences. Elle décrit un processus intellectuel de construction d'une solution juridique. Ce processus n'est pas animé par la seule volonté d'un acteur de s'ouvrir à d'autres solutions juridiques que les siennes. Il est la conséquence d'une contrainte juridique de circulation qui, dans des hypothèses précises mais de plus en plus nombreuses, pèse sur la solution »¹⁹⁷⁸. En présence d'une difficulté d'interprétation du champ d'application de la Charte, le juge suprême est donc loin d'appliquer une solution purement objective circonscrite à un litige en particulier¹⁹⁷⁹.

¹⁹⁷⁵ B.N. CARDOZO, *La nature de la décision judiciaire*, op. cit., p. 63-64.

¹⁹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷⁷ Traduction libre à partir de : O. LEPSIUS, « Grundrechtspluralismus in Europa », op. cit., p. 46 : « *alle drei Gerichtshöfe entscheiden nicht nur Rechtsfälle, sondern agieren darin zugleich rechtspolitisch ; sie sind zu Akteuren der Verfassungs- und Rechtsentwicklung geworden* ».

¹⁹⁷⁸ J.-S. BERGE, « Entre concurrence et dialogue des juges : du phénomène à la contrainte de circulation des décisions », in : P.-Y. MONJAL, P. JAN, C. GESLOT (dir.), *La concurrence des juges en Europe. Le dialogue en question*, op. cit., p. 176.

¹⁹⁷⁹ Sur la sociologisation du droit international et européen, voir : A.-C. MARTINEAU, *Le débat sur la fragmentation du droit international*, op. cit., p. 181-192.

572. Importance du rôle du juge. Dans une logique hétérarchique, l'application verticale du champ d'application de la Charte par les juridictions nationales conformément à l'interprétation donnée par la Cour de justice ne peut pas être garantie¹⁹⁸⁰. Comment donc gérer les divergences d'interprétation lorsqu'elles portent atteinte à la réalisation des objectifs de l'Union, et alors que les mécanismes contraignants d'application de la Charte ne sont que relatifs ? La logique hétérarchique amène à envisager un rapprochement des interprétations divergentes pour résoudre ces conflits. Pour comprendre comment un tel rapprochement est possible, il faut s'intéresser au rôle du juge et plus spécifiquement à sa dimension subjective ou créatrice : le rapprochement des interprétations résulte du pragmatisme dont le juge fait preuve¹⁹⁸¹ et des « mécanismes d'ajustement » qu'il utilise¹⁹⁸².

Une telle approche revient, en d'autres termes, à analyser la pratique juridique et à lui reconnaître un effet sur la production du droit¹⁹⁸³. Ces pratiques du droit s'analysent aussi bien par le prisme du dialogue (A) que par le prisme de la concurrence entre les juges (B). Elles ne constituent néanmoins une véritable garantie de rapprochement des interprétations du champ d'application de la Charte et/ou des droits fondamentaux en cause afin d'assurer la réalisation du droit de l'Union que lorsqu'elles sont envisagées de concert dans un rapport interactif auquel participent les mécanismes de dialogue juridiquement contraignants (C).

A) L'apport du dialogue des juges à la garantie des droits protégés par la Charte

573. Postulat de l'absence de solution au conflit du « dernier mot ». Dans une perspective hétérarchique, le dialogue des juges « consiste en la prise en compte par une juridiction non seulement de sa propre jurisprudence, mais aussi, selon des procédures formalisées ou non, de la jurisprudence d'autres juridictions (au plan national, transnational

¹⁹⁸⁰ Cf. *supra*, §570.

¹⁹⁸¹ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 67-68.

¹⁹⁸² B. GENEVOIS, « Dialogue des juges ou confrontation sous-jacente ? », in : P.-Y. MONJAL, P. JAN, C. GESLOT (dir.), *La concurrence des juges en Europe. Le dialogue en question*, Actes du colloque international de Tours des 25, 26 et 27 novembre 2015, Paris, Clément Juglar, 2018, p. 21.

¹⁹⁸³ En ce sens : B. GENEVOIS, « Dialogue des juges ou confrontation sous-jacente ? », in : P.-Y. MONJAL, P. JAN, C. GESLOT (dir.), *La concurrence des juges en Europe. Le dialogue en question*, *op. cit.*, p. 36 ; É. PICARD, « Le dialogue des juges : entre normativité et normalité », in : P.-Y. MONJAL, P. JAN, C. GESLOT (dir.), *La concurrence des juges en Europe. Le dialogue en question*, *op. cit.*, p. 343.

Sur le caractère juridique des pratiques dialogiques entre juges : N. LEPOUTRE, « L'impact de l'hétérogénéité du dialogue sur sa juridicité », in : P.-Y. MONJAL, P. JAN, C. GESLOT (dir.), *La concurrence des juges en Europe. Le dialogue en question*, *op. cit.*, p. 129-154.

ou supranational) dans le but d’assurer la cohérence d’ensemble du droit »¹⁹⁸⁴. Selon les explications de Mireille Delmas-Marty et ses collègues, le dialogue des juges renvoie à un « engendrement réciproque entre l’un et le multiple »¹⁹⁸⁵, « à l’imbrication horizontale des ordres juridiques, à leur porosité », voire à « une démarche d’interactions et d’incitations dans le cadre d’un “droit en douceur” »¹⁹⁸⁶. Le dialogue des juges poursuit ainsi un objectif bien déterminé : ne pas trancher le conflit d’autorité en organisant un « renonce[ment] [de chacune des cours suprêmes] au pouvoir authentique d’interprétation au profit d’une communication entre juges à propos de la signification des normes en partage »¹⁹⁸⁷.

Un tel postulat semble aller à l’encontre de la fonction même du juge dans nos sociétés, qui est celle de rétablir l’ordre pour assurer la sécurité des rapports sociaux¹⁹⁸⁸. On peut toutefois répondre que cet objectif « ne doit pas être compris comme une incitation à provoquer le conflit d’autorité, mais plutôt comme une incitation à ne pas le faire »¹⁹⁸⁹. De plus, on peut se demander si l’insécurité juridique ne résulterait pas plus d’un conflit d’autorité tranché différemment par chacune des cours suprêmes que d’un conflit non tranché¹⁹⁹⁰. Selon que la Cour de justice de l’Union ou une cour suprême nationale soit saisie d’un litige, la survenance d’un conflit d’autorité pourrait en effet conduire à ce que le litige soit jugé de manière radicalement différente. Une telle situation est moins susceptible de se rencontrer en l’absence de revendication d’autorité. Enfin, laisser ouverte la question du droit au « dernier mot » n’implique pas qu’aucun rapprochement des interprétations du champ d’application de la Charte et/ou des droits fondamentaux en cause ne soit possible.

¹⁹⁸⁴ B. GENEVOIS, « Dialogue des juges ou confrontation sous-jacente ? », *op. cit.*, p. 20. Sur la définition de « dialogue des juges » : Cf. *supra*, §511.

¹⁹⁸⁵ M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné. Les forces imaginantes du droit*, 2, Paris, Éd. du Seuil, 2006, p. 8.

¹⁹⁸⁶ F.-X. MILLET, « L’ordre juridique international et les doctrines constitutionnalistes : au-delà du monisme et du dualisme », in : É. LAGRANGE, A. HAMANN, J.-M. SOREL (dir.), *Si proche, si loin, la pratique du droit international en France et en Allemagne*, Paris, Société de législation comparée, 2012, p. 41.

¹⁹⁸⁷ L. AZOULAI, É. DUBOUT, « Repenser la primauté – L’intégration européenne et la montée de la question identitaire », in : B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, *op. cit.*, p. 581. En ce sens également : F. BRUNET, « Pour une doctrine des controverses jurisprudentielles », in : P.-Y. MONJAL, P. JAN, C. GESLOT (dir.), *La concurrence des juges en Europe. Le dialogue en question*, *op. cit.*, p. 55.

¹⁹⁸⁸ É. DUBOUT, « Droits fondamentaux et pluralisme constitutionnel dans l’Union européenne », *op. cit.*, p. 120 ; M. GUYOMAR, « La recherche de l’harmonie entre normes internes et européennes : repenser l’équivalence », in : B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, *op. cit.*, p. 585 ; F. OST, « Juge pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », in : P. GERARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1983, p. 44-45 ; A. PETERS, « Par-delà la hiérarchie des ordres juridiques ... », *op. cit.*, p. 1642-1645.

¹⁹⁸⁹ É. DUBOUT, « Droits fondamentaux et pluralisme constitutionnel dans l’Union européenne », *op. cit.*, p. 121.

¹⁹⁹⁰ En ce sens : C. GREWE, « Conclusions générales », in : S. HENNETTE-VAUCHEZ, J.-M. SOREL (dir.), *Les droits de l’homme ont-ils constitutionnalisé le monde ?*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 279.

574. Caractéristiques inhérentes au dialogue des juges. La garantie des droits fondamentaux consacrés par la Charte par le biais d'un rapprochement des interprétations de son champ d'application et/ou des droits fondamentaux en cause, tout en assurant la poursuite des objectifs de l'Union, peut être expliquée dans un tel schéma par plusieurs raisons qui tiennent aux caractéristiques inhérentes au dialogue des juges, et notamment à des ressorts souvent non exprimés¹⁹⁹¹ qui contribuent à le faire exister. Pour commencer, le dialogue implique et conduit à une connaissance des autres ordres juridiques dans lesquels les juges évoluent et avec lesquels le dialogue s'établit¹⁹⁹². Cette connaissance permet d'appréhender leurs spécificités, leurs limites ou encore leurs marges d'appréciation. Elle constitue la première étape vers une reconnaissance de la pluralité des ordres et donc vers une potentielle comparabilité¹⁹⁹³. Ensuite, le dialogue fait prendre conscience du perspectivisme de chacun, c'est-à-dire de la position particulière des juges : « Une juridiction parle dans un contexte déterminé, avec des objectifs particuliers et en fonction de destinataires spécifiques »¹⁹⁹⁴. Cela ne signifie pas que les juges sont enfermés dans leurs propres systèmes et qu'ils sont incapables de voir l'Autre : « le perspectivisme ne condamne pas nécessairement les ordres juridiques et les systèmes à un solipsisme hermétique, mais peut impliquer des ressources pour le dialogue et la coopération »¹⁹⁹⁵. C'est lorsque les juridictions ont conscience d'appréhender des questions communes d'un point de vue qui leur est propre et qui est loin d'être partagé par chacun que le dialogue permet réellement de construire des solutions communes¹⁹⁹⁶.

575. Conséquences des caractéristiques inhérentes au dialogue sur la fonction de juger. En pratique, la connaissance des autres ordres juridiques et la conscience des limites de son propre office que fait naître le dialogue des juges peut avoir trois conséquences sur la fonction qu'exercent les juges. Tout d'abord, le dialogue permet d'éviter le conflit. Le postulat selon lequel le conflit du droit au « dernier mot » ne trouvera pas de solution conduit en effet à neutraliser l'intérêt de chacun à se placer en situation de conflit

¹⁹⁹¹ B. STIRN, table ronde « Dialogue entre les juges et avec les juges », *op. cit.*, p. 499 : « Mon collègue, Olivier Dutheillet de la Motte, parlait du dialogue sans parole entre les juridictions et c'est peut-être beaucoup le dialogue furtif qu'invoquait aussi Nicole Belloubet, la méthode furtive ou le dialogue sans parole. Nous ne disons pas toujours que nous dialoguons mais nous dialoguons tout le temps, même si nous ne le disons pas. Dans la pratique quotidienne, aujourd'hui, il n'y a pas une Cour en Europe, qu'elle soit européenne ou suprême nationale, qui ne regarde pas au-delà de ses frontières ».

¹⁹⁹² B. GENEVOIS, « Dialogue des juges ou confrontation sous-jacente ? », *op. cit.*, p. 25.

¹⁹⁹³ É. DUBOUT, S. TOUZE, « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », in : É. DUBOUT, S. TOUZE (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, p. 12.

¹⁹⁹⁴ F. BRUNET, « Pour une doctrine des controverses jurisprudentielles », *op. cit.*, p. 59.

¹⁹⁹⁵ K. TUORI, « Vers une théorie du droit transnational », *RIDE*, 2013, n° 1 et 2, p. 41.

¹⁹⁹⁶ En ce sens : F. BRUNET, « Pour une doctrine des controverses jurisprudentielles », *op. cit.*, p. 59.

« puisqu’en ce cas tous les ordres en présence y perdraient, aucun ne pouvant espérer remporter le conflit de façon certaine »¹⁹⁹⁷. Ce renoncement est d’autant plus facilement acceptable par les cours suprêmes qu’elles ont une connaissance des autres cours concernées par ce renoncement et reconnaissent en elles « une certaine parentalité »¹⁹⁹⁸.

De plus, le dialogue facilite sans aucun doute l’acceptation par les cours de leur « dédoublement fonctionnel »¹⁹⁹⁹ entre droit national et droit de l’Union. Édouard Dubout soulève en ce sens que la dualité de la fonction de juge créée par le droit de l’Union est relativement bien acceptée, alors même qu’il n’existe aucun mécanisme de sanction pour l’imposer. Ainsi, conclut-il, « Les ressorts de l’acceptation du dédoublement fonctionnel demeurent largement mystérieux »²⁰⁰⁰. Le dialogue développé entre les juges ayant assurément contribué à une meilleure connaissance du droit de l’Union, il est certain que le dédoublement fonctionnel des juges n’y soit pas étranger. Au demeurant, le dialogue des juges fait partie des « spécificité[s] du phénomène d’intégration » évoquées par Loïc Azoulai, qui peuvent être définies comme « une croyance qui produit des effets de droit »²⁰⁰¹.

Enfin, le dialogue des juges et la connaissance des autres ordres juridiques impliqués facilite le recours par les juridictions à la technique de l’interprétation conforme ou au mécanisme du renvoi préjudiciel. Ce n’est qu’en ayant connaissance de l’existence d’interprétations divergentes par d’autres cours qu’une juridiction peut en tenir compte et tenter de les concilier. La conciliation elle-même suppose une certaine connaissance afin de proposer une solution adaptée. De même, seule une profonde confiance en la Cour de justice, ainsi qu’une certaine connaissance des solutions qui seront envisagées, peuvent conduire une juridiction nationale à poser une question préjudicielle dont la réponse est susceptible de limiter son office. Par conséquent, le dialogue force les juridictions à justifier leurs décisions, à « en éclaircir les fondements et les caractéristiques principales »²⁰⁰² afin d’être comprises par les autres dialoguants et de jouer ainsi un rôle dans le processus.

¹⁹⁹⁷ É. DUBOUT, « Droits fondamentaux et pluralisme constitutionnel dans l’Union européenne », *op. cit.*, p. 121.

¹⁹⁹⁸ É. DUBOUT, S. TOUZE, « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », *op. cit.*, p. 12.

¹⁹⁹⁹ É. DUBOUT, « Droits fondamentaux et pluralisme constitutionnel dans l’Union européenne », *op. cit.*, p. 128.

²⁰⁰⁰ *Ibid.*

²⁰⁰¹ *Ibid.*

²⁰⁰² *Ibid.*, p. 157.

Ces différentes pratiques visent toutes à ce que les juges recherchent un intérêt commun plutôt qu'un intérêt propre lié à leurs fonctions respectives. Cette recherche est rendue possible à la fois par la connaissance des autres ordres juridiques et par la conscience des différences de perspectives qui existent entre les cours ; c'est ceci qui permet d'arriver à « une solution ressentie globalement comme plus juste par les destinataires »²⁰⁰³. Tout l'intérêt du dialogue réside ainsi dans la possibilité ouverte à chacun des juges « de proposer leur propre lecture de ce que doit être l'intérêt commun », comme le résume Édouard Dubout. « De défensif, le conflit d'autorité prend un sens constructif et permet de constituer le socle d'un imaginaire d'appartenance collective au-delà de l'État »²⁰⁰⁴. La solution qui en découlera trouvera naturellement une acceptation bien plus grande et une propension très large à être appliquée par les juridictions nationales.

576. Garantie de protection des droits consacrés par la Charte par le biais du dialogue des juges. Une meilleure connaissance des systèmes de droits fondamentaux dans les autres ordres juridiques européens par le biais d'un intense dialogue des juges sous toutes ses formes²⁰⁰⁵, ainsi que la conscience des limites de sa propre approche, conduisent à des oppositions moins brutales entre les différentes interprétations du champ d'application de la Charte ou des droits fondamentaux. Dans une perspective hétérarchique, laquelle repose sur le postulat d'absence de solutions au conflit du droit au « dernier mot » dans la délimitation du champ d'application de la Charte, les juges chercheront à éviter cette question du « dernier mot », ce d'autant plus qu'ils se savent juge de droit national et juge de droit de l'Union. Pour cela, les techniques d'interprétation conforme entre droits fondamentaux nationaux et de l'Union peuvent être utilisées²⁰⁰⁶. Tout en préservant le niveau de protection renforcé garanti par la Charte, ces techniques permettent de contourner les éventuelles contradictions avec les droits fondamentaux nationaux. Éviter le conflit est d'autant plus fructueux que, ainsi que l'a exprimé Mattias Guyomar, « En l'absence de cohérence *ex ante*, l'harmonie réalisée *ex post* tient, pour beaucoup, au caractère performatif des décisions juridictionnelles. En constatant l'existence d'un consensus ou d'une équivalence, les juges contribuent ainsi à leur réalisation »²⁰⁰⁷. Le constat qu'une contradiction existe entre un droit garanti par la Charte et un droit fondamental national ou

²⁰⁰³ *Ibid.*, p. 146. En ce sens également : M.H. RANDALL, « Der grundrechtliche Dialog der Gerichte in Europa », *EuGRZ*, 2014, n° 1-5, p. 8.

²⁰⁰⁴ É. DUBOUT, *Ibid.*, p. 156.

²⁰⁰⁵ Cf. *supra*, §511.

²⁰⁰⁶ A. PETERS, « Par-delà la hiérarchie des ordres juridiques ... », *op. cit.*, p. 1646.

²⁰⁰⁷ M. GUYOMAR, « La recherche de l'harmonie entre normes internes et européennes ... », *op. cit.*, p. 586.

encore un droit de la CESDH, ou entre des interprétations du champ d’application de la Charte, et que cette contradiction est susceptible d’être dépassée peut avoir valeur d’entraînement et conduire à une réduction des situations envisagés comme problématiques.

Une telle dynamique d’apaisement des conflits n’exclue pas toute possibilité de contradiction. Elle peut se trouver incapable de répondre à des situations spécifiques, si bien que le conflit ne pourra pas être évité. Les juges entreront alors en situation de concurrence. Malgré la connotation négative qui entoure ce terme, les situations de concurrence peuvent, elles aussi, conduire à garantir un rapprochement des interprétations permettant d’assurer la protection des droits fondamentaux et la poursuite des objectifs de l’Union. « [L]e refus du dialogue peut aussi être une façon d’initier la controverse »²⁰⁰⁸.

B) L’apport de la concurrence entre les juges à la garantie des droits protégés par la Charte

577. Définition de concurrence. La concurrence se définit comme un « conflit entre deux droits, ou deux règles de droit contraires et incompatibles, qui se résout normalement en faveur de l’un par exclusion de l’autre »²⁰⁰⁹. Cette définition, proposée par le dictionnaire Cornu, répond d’une logique strictement verticale envisagée dans un contexte hiérarchique. Elle peut par conséquent être questionnée, notamment par l’appréhension de la concurrence entre juridictions d’un point de vue hétérarchique. Bernard Stirn a ainsi évoqué que « Si nous entendons la concurrence comme un combat, une compétition ou un conflit, ce n’est pas du tout cet esprit qui règne entre les Cours en Europe »²⁰¹⁰. Certes, la notion de concurrence est « nécessairement assise sur une logique de conflit d’intérêts à préserver »²⁰¹¹, mais elle peut néanmoins être conçue en économie comme « la création des richesses économiques » et se traduire en droit par « la création de jurisprudence »²⁰¹². Étymologiquement, la concurrence vient d’ailleurs du latin *concurrere* qui signifie « courir avec vers un même point »²⁰¹³. La concurrence peut ainsi être appréhendée comme un

²⁰⁰⁸ F. BRUNET, « Pour une doctrine des controverses jurisprudentielles », *op. cit.*, p. 56.

²⁰⁰⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 13^{ème} éd., Paris, PUF, 2020, « concurrence », p. 223.

²⁰¹⁰ B. STIRN, table ronde « Dialogue entre les juges et avec les juges », *op. cit.*, p. 499.

²⁰¹¹ P.-Y. MONJAL, « Présentation – La concurrence des juges ou le dialogue des doctrines », in : P.-Y. MONJAL, P. JAN, C. GESLOT (dir.), *La concurrence des juges en Europe. Le dialogue en question*, *op. cit.*, p. 12.

²⁰¹² N. BELLOUBET, table ronde « Dialogue entre les juges et avec les juges », in : P.-Y. MONJAL, P. JAN, C. GESLOT (dir.), *La concurrence des juges en Europe. Le dialogue en question*, *op. cit.*, p. 496.

²⁰¹³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, « concurrence », p. 223.

phénomène de « stimulation par la liberté, [d]'influence réciproque ou [d]'enrichissement mutuel »²⁰¹⁴.

578. Caractère constructif de la concurrence des juridictions. Cette définition positive de la concurrence permet d'envisager les luttes de pouvoir ou stratégies individuelles des cours de manière constructive et fructueuse²⁰¹⁵. Elle autorise à découvrir « les vertus des contradictions jurisprudentielles et la force créatrice de la dialectique des solutions » et « revendiqu[e] au profit de la jurisprudence le droit de mûrir pour pouvoir se fixer de manière durable et la nécessité de respecter les rythmes propres à la production de cette source du droit, à contre-courant d'une vision légicentriste et productiviste de la norme jurisprudentielle »²⁰¹⁶. Après tout, la marge d'appréciation réservée au juge rend la divergence de jurisprudence inhérente à la fonction même de juger ; c'est cette possibilité de divergence qui rend possible le débat²⁰¹⁷ et, par conséquent, le dialogue. La concurrence des juridictions doit ainsi être appréhendée comme partie intégrante du dialogue des juges. L'influence à laquelle le juge est soumis dans une configuration de concurrence influe également sur la création du droit.

En matière de champ d'application de la Charte, la concurrence entre juges intervient généralement dans les situations où il n'existe pas d'équivalence des protections entre les droits fondamentaux. Elle intervient aussi lorsque les instruments du dialogue des juges, tels que l'interprétation conforme ou le renvoi préjudiciel, n'ont pas conduit à trouver une solution viable pour la Cour saisie du litige. La situation s'est ainsi muée en conflit et une situation de concurrence s'est instaurée entre différents juges sur l'application ou non de la Charte au cas d'espèce. Prise dans sa définition positive, la concurrence peut exercer trois types de phénomènes contribuant à garantir la protection des droits fondamentaux et la réalisation des objectifs de l'Union : l'influence, la sanction informelle et la mise en place de stratégies jurisprudentielles.

579. Concurrence et influence dans la garantie de protections des droits fondamentaux consacrés par la Charte. Les mouvements contraires de jurisprudence

²⁰¹⁴ B. STIRN, table ronde « Dialogue entre les juges et avec les juges », *op. cit.*, p. 499.

²⁰¹⁵ C. FERCOT, « La protection des droits fondamentaux dans l'État fédéral », *op. cit.*, p. 210 ; M.-L. TREGUIER, « Cours constitutionnelles, Cour de justice des Communautés européennes et droits fondamentaux », in : J. RIDEAU (dir.), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne : dans le sillage de la Constitution européenne*, Colloque organisé à Nice les 11 et 12 mai 2007, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 250 et s.

²⁰¹⁶ F. ZENATI, « La notion de divergence de jurisprudence », in : P. ANCEL, M.-C. RIVIER (dir.), *Les divergences de jurisprudence*, *op. cit.*, p. 55.

²⁰¹⁷ M.-L. MATHIEU-IZORCHE, « Les procédés discursifs d'amplification ou de réduction des divergences », in : P. ANCEL, M.-C. RIVIER (dir.), *Les divergences de jurisprudence*, *op. cit.*, p. 93.

provoqués par la concurrence entre juridictions peuvent se révéler féconds concernant la garantie de protection des droits fondamentaux consacrés par la Charte mais aussi la garantie de réalisation des objectifs de l’Union. Si l’on reprend la distinction opérée par Céline Fercot, ils le sont pour deux raisons : ces mouvements ont, à l’égard des droits fondamentaux, une fonction protectrice et une fonction structurelle²⁰¹⁸.

La fonction protectrice puise sa substance dans le fait que la concurrence évite un nivellement par le bas. « En mettant les juridictions [...] d’une certaine manière “en danger”, la concurrence les incite non seulement à se montrer plus audacieuses [...] mais également à faire preuve d’un certain souci pédagogique dans la rédaction de leurs décisions »²⁰¹⁹. Ainsi, la concurrence constitue un puissant facteur d’évolution du droit²⁰²⁰, une source d’innovation qui provient exceptionnellement « de bas en haut », au lieu de suivre le processus bien établi « de haut en bas »²⁰²¹. Les conflits ont pour effet de stimuler la recherche de nouvelles idées susceptibles de conduire à des réformes. « Le droit vit du conflit », rappelle Anne Peters, « ce dernier n’est pas uniquement un phénomène pathologique, c’est aussi un phénomène normal »²⁰²². L’évolution du droit provoquée par la concurrence conduit de plus à un renforcement du niveau des garanties²⁰²³. En témoignent les évolutions du droit constitutionnel en France sous la pression des droits fondamentaux européens, tels que le renforcement de la garantie du droit au procès équitable, la mise en place de la Question prioritaire de constitutionnalité permettant au Conseil constitutionnel de contrôler lui-même la conformité des lois aux droits fondamentaux garantis par la Constitution²⁰²⁴, ou encore la réforme de modernisation du mode de rédaction des décisions du Conseil²⁰²⁵. La protection des droits offerte par la Charte est donc susceptible d’être garantie par le biais de la concurrence entre juridictions.

La fonction structurelle de la concurrence pour la garantie des droits fondamentaux « permet de maintenir une forme de diversité ». Au sein d’un état fédéral, Céline Fercot

²⁰¹⁸ C. FERCOT, « La protection des droits fondamentaux dans l’État fédéral ... », *op. cit.*, p. 211.

²⁰¹⁹ *Ibid.*

²⁰²⁰ En ce sens : H. CROZE, « Le traitement des divergences de jurisprudence », in : P. ANCEL, M.-C. RIVIER (dir.), *Les divergences de jurisprudence*, *op. cit.*, p. 208.

²⁰²¹ A.-C. MARTINEAU, *Le débat sur la fragmentation du droit international*, *op. cit.*, p. 199.

²⁰²² A. PETERS, « Par-delà la hiérarchie des ordres juridiques ... », *op. cit.*, p. 1643.

²⁰²³ En ce sens : F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, « Repenser la coexistence des ordres – Repenser leurs relations », in : B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, *op. cit.*, p. 160.

²⁰²⁴ N. BELLOUBET, table ronde « Dialogue entre les juges et avec les juges », *op. cit.*, p. 496.

²⁰²⁵ D’après le Communiqué du Président du Conseil constitutionnel du 10 mai 2016, disponible sous : www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communiqu/communiqu-du-president-du-10-mai-2016 et le commentaire autorisé des décisions du Cons. const., 10 mai 2016, décisions n° 2016-539 QPC, *Mme Ève G.* et n° 2016-540 QPC, *Société civile Groupement foncier rural Namin et Co*, disponible sur le site du Conseil constitutionnel.

juge le risque grand « qu'un dialogue articulé autour de l'idée d'un *ius commune* fédéral noie les sources et les jurisprudences fédérées dans un fédéralisme global, et lisse ainsi leurs particularités. Reprenant parfois rapidement et discrètement ce qui a été décidé ailleurs, les juges ont en effet souvent en commun le souci de préserver l'uniformité du système juridique global dans lequel ils s'insèrent, nonobstant les spécificités propres aux différents ordres juridiques en présence. Plus incisif, le terme de concurrence permet alors d'éviter un dialogue "mou", et d'écarter l'idée d'entente. Cette dernière, entendue dans le sens d'un mimétisme, d'un alignement sur la position du juge fédéral, est en effet sinon néfaste, du moins contraire à l'idée fédérale »²⁰²⁶. Cette assertion peut être transposée à l'Union, dans la mesure où le maintien de la diversité constitue également l'un des objectifs poursuivis par les traités. Plus encore, le maintien de la diversité se trouve au cœur de l'approche hétérarchique des droits fondamentaux au sein de l'espace européen. Sa suppression serait certainement néfaste, sinon impossible.

Les influences observables dans les rapports de concurrence entre juridictions sur la question des droits fondamentaux conduisent donc à l'observation de deux phénomènes : le renforcement des droits fondamentaux et le maintien de la diversité. Ils constituent tous deux des éléments essentiels au cadre interprétatif de la Charte et à son application.

580. Concurrence et sanction informelle dans la garantie de protection des droits fondamentaux consacrés par la Charte. La concurrence entre juridictions peut également conduire à sanctionner de manière informelle les Cours qui ne joueraient pas le jeu des acquis. L'exemple du refus d'exécution du mandat d'arrêt européen par la Cour constitutionnelle fédérale pourrait devenir significatif en matière de protection des droits fondamentaux. De manière unilatérale, et en toute contradiction avec la Cour de justice de l'Union²⁰²⁷, les juridictions allemandes, sous l'ordre de la Cour constitutionnelle fédérale, ont interdit à plusieurs reprises l'exécution d'un mandat d'arrêt européen vers le pays d'émission de la demande²⁰²⁸. Ces suspensions ont eu lieu au motif qu'une exécution du mandat d'arrêt porterait atteinte à divers droits fondamentaux découlant du droit à la dignité humaine tel qu'interprété par la Cour constitutionnelle fédérale²⁰²⁹. Ces refus à répétition

²⁰²⁶ C. FERCOT, « La protection des droits fondamentaux dans l'État fédéral ... », *op. cit.*, p. 211.

²⁰²⁷ CJUE, GC, 26 fév. 2013, *Melloni*, prec. ; CJUE, GC, 5 avril 2016, aff. C-404/15 et C-659/15 PPU, *Aranyosi et Căldăraru*.

²⁰²⁸ BVerfG, 18 juill. 2005, décision n° 2 BvR 2236/04, *Europäischer Haftbefehl*, BVerfGE 113, 273 ; BVerfG, 15 déc. 2015, *Europäischer Haftbefehl II*, prec. ; BVerfG, 19 déc 2017, décision n° 2 BvR 424/17, BVerfGE 147, 364 (la violation de la dignité humaine n'a pas encore été traitée par la Cour constitutionnelle fédérale, dès lors qu'elle a d'abord constaté une violation du droit au juge et renvoyé aux juridictions compétentes) ; BVerfG, 16 août 2018, décision n° 2 BvR 237/18.

²⁰²⁹ Cf. *supra*, §507. et 520.

pourraient conduire plusieurs États membres de l’Union à sanctionner l’Allemagne en refusant à leur tour, pour différents motifs, l’exécution de mandats d’arrêts européens émis par elle²⁰³⁰. La concurrence entre la Cour constitutionnelle fédérale d’Allemagne et les cours suprêmes des États membres et de l’Union sur la question pourrait donc conduire à sanctionner le comportement d’une cour, sans pour autant suspendre le fonctionnement du mécanisme entre les autres États membres. Les sanctions découlant de l’irrespect du champ d’application de la Charte et de son interprétation fournie par la Cour de justice (et acceptée par la quasi-totalité des cours dans le cas d’espèce) résultent d’une concurrence que l’on pourrait qualifier de positive.

581. Concurrence et stratégie jurisprudentielle dans la garantie de protection des droits fondamentaux consacrés par la Charte. Enfin, la concurrence entre juridictions résultant de stratégies jurisprudentielles peut également conduire à rapprocher les interprétations du champ d’application de la Charte et/ou des droits fondamentaux en cause afin de garantir la réalisation du droit de l’Union. Selon Pierre-Yves Monjal, « Les juges ne se situent pas ailleurs que sur un “marché concurrentiel” – celui des droits fondamentaux tout particulièrement – à l’intérieur duquel une pluralité d’acteurs intervient. Leur objectif est clairement d’être les mieux-disants dans ce contexte. La concurrence entre les juges se situe précisément à ce point de rencontre entre la demande de protection des droits et l’offre juridictionnelle. Celui qui sera le mieux-disant sera forcément celui qui dit le droit (*juris dictio*) en dernier »²⁰³¹. Dans cette perspective, la concurrence conduit à un renforcement de la protection des droits fondamentaux par les cours, en raison du choix qu’ont les individus de se tourner vers l’une ou l’autre des juridictions pour résoudre un litige, selon que la protection des droits fondamentaux y est plus ou moins renforcée (*forum shopping*). Ayant parfois le choix de plusieurs *fora* où se faire entendre, l’individu contribue à ce qu’une concurrence se crée entre les juridictions²⁰³².

²⁰³⁰ CJUE, GC, 27 mai 2019, aff. C-508/18, *OG (Parquet de Lübeck)* : cet arrêt, rendu sur renvoi préjudiciel de cours suprêmes irlandaises, pourrait être interprété comme un durcissement de la Cour de justice de l’Union envers l’Allemagne en raison des nombreuses inexécutions de mandats d’arrêts européens. L’arrêt constate en effet l’absence d’indépendance suffisante du ministère public allemand pour être considéré comme une « autorité judiciaire d’émission », susceptible d’émettre une demande d’exécution d’un mandat d’arrêt européen en l’absence de décision judiciaire. À l’inverse, les parquets lituanien, autrichien, français, suédois et belge ont été jugé suffisamment indépendant (CJUE, GC, 27 mai 2019, aff. C-509/18, *PF (Procureur général de Lituanie)* ; CJUE, 9 oct. 2019, aff. C-489/19 PPU, *NJ (Parquet de Vienne)* ; CJUE, 12 déc. 2019, aff. C-566 et 626/19 PPU, *Parquet général du Grand-Duché de Luxembourg (Procureurs de Lyon et Tours)* ; CJUE, 12 déc. 2019, aff. C-625/19 PPU, *Openbaar Ministerie (Parquet Suède)* ; CJUE, 12 déc. 2019, aff. C-627/19 PPU, *Openbaar Ministerie (Procureur du Roi de Bruxelles)*).

²⁰³¹ P.-Y. MONJAL, « Présentation – La concurrence des juges ou le dialogue des doctrines », *op. cit.*, p. 14.

²⁰³² En ce sens : C. FERCOT, « La protection des droits fondamentaux dans l’État fédéral ... », *op. cit.*, p. 211.

Ce type de concurrence doit toutefois être envisagé avec discernement. Selon Céline Fercot, il doit éviter les deux écueils que sont, d'une part, le repli sur un seul échelon de protection des droits fondamentaux à cause de la difficulté à maîtriser l'ensemble des protections et, d'autre part, la « démarche utilitariste » conduisant les individus « à devenir des “consommateurs” de droits au sein d'un système de “libre-service” des droits fondamentaux, à la recherche permanente de la juridiction susceptible de leur apporter la plus grande satisfaction »²⁰³³. L'auteure juge que de tels écueils peuvent être évités si l'on met en concurrence de préférence les instruments juridiques lors de leur invocation devant le juge. Celui-ci pourra alors faire jouer le « principe de faveur » et appliquer le texte avec la protection la plus renforcée. Dans la mesure où la Charte offre une plus grande protection d'un droit, son application pourra être valorisée dans un large champ d'application²⁰³⁴. Cela n'est toutefois pas le cas lorsqu'un droit fondamental national offre une protection plus importante. De plus, la notion de protection la plus renforcée doit être maniée avec précaution, étant donné qu'il est délicat de déterminer pour qui (le demandeur ? le défendeur ? la société ?) la protection est-elle la plus renforcée²⁰³⁵.

En conclusion, aux vues des différents modèles qu'elle contient (concurrence-influence, concurrence-sanction, concurrence-stratégie), la concurrence entre les juges est susceptible de contribuer à assurer la protection des droits fondamentaux au moyen d'un rapprochement entre les interprétations du champ d'application de la Charte et/ou des droits fondamentaux en cause, rapprochement susceptible de garantir la réalisation du droit de l'Union. Lorsque la poursuite des objectifs de l'Union impose de limiter la diversité des interprétations du champ d'application de la Charte, le recours simultané au dialogue, à la concurrence et aux mécanismes juridictionnels se révèle néanmoins être l'instrument le plus efficace pour aboutir à plus ou moins long terme à un rapprochement entre les interprétations du champ d'application de la Charte et/ou les droits fondamentaux en cause faite par les cours nationales et l'interprétation proposée par la Cour de justice de l'Union.

²⁰³³ *Ibid.*, p. 212.

²⁰³⁴ *Ibid.*

²⁰³⁵ En ce sens : F. BRUNET, « Pour une doctrine des controverses jurisprudentielles », *op. cit.*, p. 58. Cf. *supra*, §543.

C) L’apport des interactions entre instruments à la garantie des droits protégés par la Charte

582. Hétérarchie et interdépendance des instruments de garantie. Parmi les instruments envisagés pour assurer un rapprochement des interprétations du champ d’application de la Charte et/ou des droits fondamentaux en cause dans le but de garantir la réalisation des objectifs de l’Union, aucun ne peut à lui seul exercer une contrainte absolue sur le juge national. D’un côté, les mécanismes juridiques envisagés (l’obligation inscrite dans les traités, le recours en manquement et le recours en responsabilité extracontractuelle de l’État membre pour une décision de justice rendue en dernière instance) permettent de sanctionner l’irrespect de l’obligation mais pas de contraindre directement les juridictions à appliquer la Charte de manière prédéfinie. De l’autre côté, les analyses empiriques du comportement des juges permettent de dégager des modes de contraintes sociales et politiques mais juridiquement non absolus.

La garantie proposée par chacun de ces instruments peut néanmoins être renforcée grâce à leur combinaison : c’est le recours simultané à ces instruments qui renforce la garantie de protection des droits et la poursuite des objectifs de l’Union, leur association démultipliant l’efficacité de chacun.

583. Dialogue et concurrence, une interaction inhérente aux notions. Les notions de dialogue et de concurrence sont souvent présentées comme antinomiques. On est pourtant en droit de se demander : « ne faut-il pas dialoguer pour être en concurrence ? Inversement, le dialogue n’est-il pas indissociable d’une certaine mise en concurrence, explicite ou implicite, directe ou indirecte, des différents acteurs concernés, ces derniers recherchant bien souvent la même chose, à savoir une parcelle, plus ou moins grande, de pouvoir ? »²⁰³⁶. Il semblerait donc que la relation entre dialogue et concurrence soit à mi-chemin entre opposition et dépendance. Plus encore, l’interaction entre dialogue et concurrence est intrinsèque à chacun de ces phénomènes : le dialogue est favorisé par la concurrence et la concurrence favorisée par le dialogue. L’effet de cette relation sur la construction de la règle de droit est résumé par Étienne Picard comme le fait que « ces deux notions de concurrence et de dialogue portent en elles, synthétiquement, toutes les manières selon lesquelles s’élaborent, procéduralement et substantiellement, toutes les règles de droit : au fond, concurrence et dialogue sont sans doute l’*alpha* et l’*oméga* des divers

²⁰³⁶ C. FERCOT, « La protection des droits fondamentaux dans l’État fédéral ... », *op. cit.*, p. 212.

processus de formation des normes juridiques, spécialement mais non exclusivement, juridictionnelles et jurisprudentielles »²⁰³⁷.

584. Interactions entre dialogue, concurrence et mécanismes de recours comme garantie d'application de la Charte. Plus largement, il nous apparaît que le recours simultané au dialogue, à la concurrence et aux mécanismes contraignants d'application de la Charte permet, dans un contexte hétérarchique, d'assurer un rapprochement entre les différentes interprétations du champ d'application de la Charte et/ou des droits fondamentaux en cause susceptible de garantir la réalisation des objectifs poursuivis par l'Union. Ceci se justifie d'autant que « La logique des droits fondamentaux est bien une recherche d'équilibre »²⁰³⁸. Dans ce cadre, et en l'absence d'équivalence des protections, peuvent être esquissés les trois cas de conflit possible selon nous. Leur résolution hypothétique peut être imaginée par un rapprochement des interprétations. Dans ces hypothèses de politique jurisprudentielle, le recours simultané aux différents instruments nous semble pouvoir venir à bout du conflit.

Le premier type de conflit survient lorsque la Charte garantit un droit plus protecteur que les droits nationaux et que cette protection renforcée n'est pas appliquée par une cour nationale²⁰³⁹, conduisant à remettre en cause la réalisation des objectifs de l'Union. Pour résoudre un tel conflit, le dialogue permet d'échanger et d'informer sur le caractère essentiel d'une protection renforcée et de faciliter ainsi une éventuelle interprétation conforme ou un éventuel recours au renvoi préjudiciel. L'objectif est de rechercher un intérêt commun à appliquer la protection renforcée. Le dialogue peut être combiné, notamment si la juridiction récalcitrante ne se met pas en règle, avec l'introduction d'une concurrence exercée par les autres cours de l'Union. La concurrence exercera une influence ou une pression sur la juridiction récalcitrante à partir du moment où toutes les autres cours appliquent la protection renforcée²⁰⁴⁰. La concurrence peut également indirectement conduire à une sanction de la part des autres États membres (si cela est possible) ou prendre la forme d'actions stratégiques élaborées par les individus qui privilégieront un recours par lequel ils bénéficieront de la protection renforcée. Enfin, si la juridiction récalcitrante ne

²⁰³⁷ É. PICARD, « Rapport de synthèse », in : P.-Y. MONJAL, P. JAN, C. GESLOT (dir.), *La concurrence des juges en Europe. Le dialogue en question*, op. cit., p. 337.

²⁰³⁸ F. BRUNET, « Pour une doctrine des controverses jurisprudentielles », op. cit., p. 58.

²⁰³⁹ Pour un exemple concret, voir la question de l'interprétation moins restrictive par le Conseil constitutionnel que par la Cour de justice de l'Union du principe *ne bis in idem* : Cons. const., 30 juill. 1982, décision n° 82-143 DC, *Loi sur les prix et les revenus, notamment ses articles 1, 3 et 4* ; Cons. const., 8 oct. 2014, décision n° 2014-418 QPC, *Société SGI*.

²⁰⁴⁰ N. CARIAT, *La Charte des droits fondamentaux et l'équilibre constitutionnel entre l'Union européenne et les États membres*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 790 et s. et 874 et s.

garantit toujours pas la protection renforcée offerte par la Charte, les mécanismes de recours juridictionnels (tels que le recours en manquement ou le recours en responsabilité extracontractuelle) pourront être utilisés afin de sanctionner la juridiction récalcitrante. Au final, la multiplication des sanctions financières, juridiques et informelles conduira probablement la juridiction à modifier sa jurisprudence dans le sens d’une application de la protection renforcée ; il est également possible que ces sanctions poussent le législateur national à modifier le droit afin de contraindre normativement la juridiction. La solution, plus politique, de l’article 7 du TUE visant à dénoncer un risque clair de violation grave par un État membre des valeurs de l’Union peut *in fine* être envisagée.

Le second type de conflit survient lorsque la Charte garantit un droit fondamental qui entre en contradiction avec un droit consacré par une constitution nationale. Dans une telle situation, une juridiction nationale serait susceptible de refuser d’appliquer la Charte dans son champ d’application alors même que la protection conférée par elle est nécessaire à la réalisation des objectifs de l’Union. Afin de parvenir au respect du droit de l’Union dans la situation d’espèce, le dialogue peut être engagé afin de prendre connaissance de la situation dans les autres États membres et d’encourager une éventuelle interprétation conforme. Si, malgré cela, le droit fondamental garanti par la Charte est écarté, les mécanismes de recours en manquement et/ou en responsabilité extracontractuelle peuvent être utilisés afin de sanctionner la non-application de la Charte. La concurrence peut également avoir un effet bénéfique d’influence si l’ensemble des autres cours des États membres appliquent sans difficulté la protection telle qu’offerte par la Charte²⁰⁴¹, ou de sanction si cela est rendu possible. Une fois encore, la multiplication des sanctions pourra conduire la cour à modifier sa jurisprudence ou le législateur national à modifier le droit afin de se mettre en conformité avec le droit de l’Union, sans pour autant nécessairement abandonner complètement l’approche nationale consacrée jusqu’à présent. Toutefois, si plusieurs cours se trouvent être du même avis que la juridiction récalcitrante, la Cour de justice ou les institutions de l’Union peuvent être amenées à modifier l’interprétation de la Charte ou le droit de l’Union afin de les adapter aux différentes possibilités d’interprétation du droit fondamental en cause²⁰⁴².

²⁰⁴¹ En ce sens, on peut interpréter les décisions *Recht auf Vergessen* de la Cour constitutionnelle fédérale (BVerfG, 6 nov. 2019, décision n° 1 BvR 16/13, *Recht auf Vergessen I* ; BVerfG, 6 nov. 2019, décision n° 1 BvR 276/17, *Recht auf Vergessen II*) comme un rapprochement vers les positions des autres cours constitutionnelles et la Cour de justice, après avoir été de plus en plus isolée dans le maintien de la *Trennungsthese* pour interpréter le champ d’application de la Charte.

²⁰⁴² En ce sens, voir : N. ÇARIAT, *La Charte des droits fondamentaux et l’équilibre constitutionnel entre l’Union européenne et les États membres*, op. cit., p. 356.

Un dernier type de conflit survient lorsque la Charte garantit un droit moins protecteur et écarte l'application d'un droit plus protecteur dans une situation donnée au motif que son application risque de porter atteinte à la réalisation des objectifs poursuivis par l'Union²⁰⁴³. Afin de garantir l'application du droit de l'Union, il peut être fait usage du mécanisme de recours en manquement²⁰⁴⁴ contre la mauvaise application du droit de l'Union et/ou de la Charte. Le recours peut être assorti, notamment si la juridiction récalcitrante ne se met pas en règle, d'une concurrence-sanction par les autres cours si cela est possible. Enfin, les institutions de l'Union ou la Cour de justice ont toujours la possibilité de modifier le droit de l'Union ou son interprétation afin de le rendre compatible avec une protection renforcée des droits fondamentaux et la réalisation de ses objectifs.

585. Conclusion. Dans ces trois cas hypothétiques et leurs solutions, les interactions entre instruments permettent de mettre fin à la situation de conflit. Les différents instruments peuvent être utilisés dans un ordre précis ou non, ainsi que dans une temporalité plus ou moins grande. Chaque juridiction ou institution de l'Union et des États membres est détenteur d'une responsabilité, même si elle n'est pas responsable ou même directement concernée par l'interprétation dissidente du champ d'application de la Charte. Cette responsabilité se traduit par les mécanismes d'influence, de sanction ou d'affirmation de sa position, nécessaires à la modification d'une jurisprudence par une juridiction récalcitrante ou du droit par une institution. La responsabilité des différents acteurs, la malléabilité des instruments et la créativité dans la découverte de solutions donnent un caractère mouvant à l'ensemble, nécessaire pour résoudre le conflit.

Si le recours aux différents instruments ne permet toujours pas de trouver une solution aux conflits suscités par les différences d'interprétation du champ d'application de la Charte mettant en péril la réalisation des objectifs de l'Union, alors on peut considérer que le problème n'est plus de nature juridique mais trouve ses racines dans un problème politique plus profond. Une telle absence de réponse constitue, certes, un renoncement du droit, mais qui ne doit pas être appréhendé de manière négative. Il est une preuve que, malgré l'importance donnée au juge par une approche réaliste dans un contexte hétérarchique, le

²⁰⁴³ Exemple avec la protection de la dignité humaine par la Loi fondamentale allemande pour l'exécution d'un mandat d'arrêt européen : BVerfG, 15 déc. 2015, *Europäischer Haftbefehl II*, prec. Cf. *supra*, §507.

²⁰⁴⁴ Le recours en responsabilité extracontractuelle est ici moins probable étant donné que le droit appliqué est plus protecteur que la Charte. En témoigne le cas du refus d'exécution par l'Allemagne du mandat d'arrêt européen pour violation de la dignité humaine. L'individu devant être transféré n'a pas d'intérêt à engager la responsabilité de l'Allemagne pour la protection renforcée dont elle lui fait bénéficier. Le recours en responsabilité extracontractuelle ne peut toutefois être exclu dans d'autres situations dans lesquelles le demandeur et le défendeur seraient des individus.

« gouvernement des juges » ne constitue pas une réalité à l’heure actuelle²⁰⁴⁵. Il est également une preuve que le paradigme hétérarchique ne signifie pas une interprétation totalement fantaisiste du champ d’application de la Charte²⁰⁴⁶.

Conclusion de Chapitre

586. Le paradigme de l’hétérarchie en tant que clé d’interprétation du champ d’application de la Charte représente une solution viable au regard du système composé par l’Union et les États membres. Il bénéficie de marqueurs textuels au sein de la Charte comme au sein des traités. Outre le mode de rédaction de la Charte qui a infusé l’ensemble de la formulation du texte, les dispositions finales consacrent des rapports de types horizontaux avec les autres droits fondamentaux consacrés au niveau national, européen ou international. L’article 53 de la Charte prévoit en effet un cadre de coopération avec l’ensemble des textes, tandis que les paragraphes 3 et 4 de l’article 52 organisent la concrétisation des rapports avec la CESDH et les droits fondamentaux constitutionnels nationaux. Ces rapports de coopération se fondent de manière générale sur une présomption d’équivalence des protections. Au sein des traités, plusieurs principes de droit primaire soumettent l’interprétation des droits fondamentaux de l’Union à une approche horizontale. De même, le mécanisme de la question préjudicielle, parce qu’il laisse une large marge d’appréciation aux juridictions nationales quant à l’opportunité du renvoi, inscrit l’interprétation du champ d’application de la Charte dans un cadre résolument hétérarchique.

²⁰⁴⁵ En témoigne le renoncement opposé par la Cour constitutionnelle tchèque à un requérant lui demandant de spécifier, à l’image de la Cour constitutionnelle fédérale d’Allemagne, un catalogue abstrait des limites constitutionnelles aux transferts de compétences vers l’Union (« set “substantive limits to the transfer of powers” »). La Cour constitutionnelle tchèque refuse au motif que cela ne relève pas de sa compétence mais de celle des institutions nationales : Cour constitutionnelle (République Tchèque), 3 novembre 2009, Pl. ÚS 29/09, *Treaty of Lisbon II*, §110-113.

²⁰⁴⁶ Plusieurs cours constitutionnelles s’inscrivent déjà dans une approche plus ou moins explicitement hétérarchique à l’égard des droits fondamentaux de la Charte. La décision de la Cour constitutionnelle tchèque *Treaty of Lisbon II* en est un exemple en ce que la recherche de moyens de limiter l’application du droit de l’Union est exclue (voir *Ibid.*). La stratégie d’évitement des conflits frontaux entre ordre juridique français et ordre juridique de l’Union adopté par le Conseil constitutionnel en privilégiant une approche par le biais de la délimitation de ses compétences plutôt que par le biais d’un rapport de primauté en est également un exemple (voir L. DELABIE, « Le juge constitutionnel français et le système européen de protection des droits de l’homme », in : É. LAGRANGE, A. HAMANN, J.-M. SOREL (dir.), *Si proche, si loin, la pratique du droit international en France et en Allemagne*, op. cit., p. 240). La démarche poursuivie par la Cour constitutionnelle belge à travers la théorie « du tout indissociable » imposant de concilier les interprétations entre droits fondamentaux issus des différents traités engageant l’État belge conduit également à une interprétation accommodante du champ d’application de la Charte (Cf. *supra*, §504.).

Le paradigme de l'hétérarchie permet également, en pratique, de protéger les droits fondamentaux garantis par la Charte tout en assurant la poursuite des objectifs de l'Union. La réalisation de ce double objectif passe principalement par le recours à l'équivalence des protections afin d'écarter un certain nombre de conflits relatifs à la détermination du champ d'application de la Charte. Ainsi, lorsqu'un droit fondamental garanti par une constitution nationale ou la CESDH offre une protection équivalente à la Charte, il peut être appliqué à la place de cette dernière. La dimension universaliste des droits fondamentaux donne lieu à une très large application du principe d'équivalence des protections, garantissant ainsi la protection des droits fondamentaux consacrés par la Charte dans un champ d'application relativement vaste.

Toutefois, dans certaines hypothèses, la protection entre la Charte et un droit fondamental national ou européen ne peut être réputée équivalente. Ces situations de conflit doivent être résolues uniquement lorsqu'elles portent atteinte à la poursuite des objectifs de l'Union. Elles se rencontrent à l'occasion de situations dans lesquelles la Charte offre une protection plus importante d'un droit fondamental, la Charte offre *a contrario* une protection moins importante qu'un droit national, ou la protection offerte par la Charte entre en contradiction avec une protection offerte par un droit fondamental national. La recherche de solution se traduit par plusieurs instruments non absolus qui trouvent leur efficacité dans l'interaction, « [...] la communication s'imposant aujourd'hui comme l'approche discursive la mieux accordée à un droit produit en réseau »²⁰⁴⁷. D'une part, les mécanismes judiciaires du recours en manquement ou du recours en responsabilité extracontractuelle sont dirigés contre l'État dont les juridictions suprêmes n'auraient pas interprété le champ d'application de la Charte conformément à l'interprétation apportée par la Cour de justice. Ces deux mécanismes se caractérisent par la seule possibilité de sanction qu'ils peuvent imposer, sans toutefois conduire à annuler l'acte à l'origine de l'interprétation divergente du champ d'application de la Charte lorsque cette interprétation a porté atteinte à la réalisation des objectifs poursuivis par l'Union. D'autre part, le dialogue entre les juges doit être conjugué à une certaine concurrence. Ces deux pratiques visent à privilégier le rapprochement entre les interprétations du champ d'application de la Charte et/ou des droits fondamentaux en cause, à faire en sorte que les juges s'influencent les uns avec les autres, à autoriser des sanctions informelles entre les cours, *etc.* C'est essentiellement le jeu entre mécanismes judiciaires, dialogue et concurrence qui permet de résoudre les divergences

²⁰⁴⁷ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit., p. 421.

d’interprétation lorsqu’elles portent atteinte à la réalisation des objectifs poursuivis par l’Union. Ainsi, pour reprendre les termes de Mattias Guyomar, « il revient aux différentes juridictions d’assurer, au gré des litiges et dans la limite de leurs compétences, l’articulation entre les différents ordres juridiques. En l’absence de cohérence *ex ante*, l’harmonie réalisée *ex post* tient, pour beaucoup, au caractère performatif des décisions juridictionnelles. En constatant l’existence d’un consensus ou d’une équivalence, les juges contribuent ainsi à leur réalisation »²⁰⁴⁸.

²⁰⁴⁸ M. GUYOMAR, « La recherche de l’harmonie entre normes internes et européennes ... », *op. cit.*, p. 586.

Conclusion de Titre

587. Les divergences d'interprétation du champ d'application de la Charte ne peuvent être ordonnées de manière satisfaisante par le biais du paradigme de la hiérarchie. Comme en témoigne l'absence de solution aux conflits dont fait régulièrement l'objet l'interprétation des droits fondamentaux de la Charte, la désignation du texte hiérarchiquement supérieur et du droit au dernier mot au profit de la cour chargée de son interprétation est toujours contestée. À cela s'ajoute le risque de déséquilibre entre l'Union et les États membres qu'une désignation de l'une ou l'autre des cours ferait peser sur le système de l'Union. Le constat d'échec du paradigme hiérarchique pris comme cadre d'interprétation du champ d'application de la Charte conduit à envisager ce cadre interprétatif sous un autre angle : à l'approche verticale des relations entre cours peut se substituer une approche horizontale.

Le paradigme hétérarchique apparaît en effet susceptible de surmonter les difficultés posées par les divergences d'interprétation du champ d'application de la Charte. Les solutions de type hétérarchique auxquelles les juridictions ont déjà recours font preuve d'une flexibilité opportune, à même d'apporter des solutions aux conflits non résolus par l'approche hiérarchique. Ainsi, le dialogue des juges a pris une ampleur encore grandissante et l'équivalence des protections « est désormais omniprésente[e] lorsqu'il s'agit de régler les rapports entre ordres juridiques. Ce standard d'inspiration étroitement pluraliste témoigne, d'une part, de l'intuition selon laquelle les chocs systémiques peuvent être amortis en substituant une logique bien comprise des droits fondamentaux à une logique des ordres juridiques et, d'autre part, de l'internormativité qui justifie la requalification – contestable sur le plan formel – de moyens de droit interne en moyens de droit externe dans certaines circonstances »²⁰⁴⁹.

588. Le paradigme hétérarchique permet d'envisager toutes les interprétations du champ d'application de la Charte comme valables. Leurs divergences tiennent au fait qu'elles répondent à des objectifs différents, eux-mêmes dépendants de la fonction de chacune des cours. Chacune de ces perspectives vis-à-vis de la Charte a des effets que l'on peut juger « négatifs », et d'autres qui peuvent être reconnus comme « positifs ». Aucune ne détient donc le monopole de la « meilleure » interprétation.

²⁰⁴⁹ F.-X. MILLET, « L'ordre juridique international et les doctrines constitutionnalistes ... », *op. cit.*, p. 42.

En ce sens, on peut estimer que l'exclusion du champ d'application de la Charte par certaines cours suprêmes nationales de la limitation des libertés économiques par les États membres pourrait avoir un impact négatif important sur l'Union étant donné que le fonctionnement de l'espace économique, qui en constitue son cœur, risque d'être altéré. À l'inverse, le contrôle par les cours suprêmes nationales de la régulation des libertés économiques permet de contrebalancer l'approche profondément économique adoptée par la Cour de justice de l'Union à l'égard des droits fondamentaux²⁰⁵⁰. De même, le risque pour la Cour constitutionnel fédérale d'Allemagne de perdre une part importante de ses compétences, susceptible d'avoir des conséquences problématiques sur son rôle de régulateur central dans la structure étatique de la fédération, l'a conduit à apporter pendant longtemps des limitations excessives au champ d'application de la Charte. *A contrario*, certaines de ces limitations ont permis des améliorations significatives de la protection des droits fondamentaux au sein de l'Union et amènent la Cour de justice de l'Union à faire preuve d'une plus grande créativité en restant ouverte aux évolutions du droit. Enfin, eu égard au développement presque exclusivement jurisprudentiel des droits fondamentaux en France, l'intérêt limité porté par les juridictions nationales françaises au champ d'application de la Charte conduit à une application parfois confuse de ce texte et à la limite de la conformité au droit de l'Union. Toutefois, cette approche sans verrouillage préalable permet également une grande adaptation au droit de l'Union au fur-et-à-mesure de son évolution.

589. Le paradigme hétérarchique a cela d'intéressant qu'il permet de retenir les effets positifs des divergences d'interprétation tout en régulant les incidences négatives sur le champ d'application de la Charte ou la structure des ordres juridiques. Il permet, de plus, une coopération sur le fondement d'invitations mutuelles à participer, rendant d'autant plus acceptable pour chacune des juridictions les solutions qui en résultent²⁰⁵¹. Les divergences d'interprétation de la Charte doivent donc être appréhendées sous ce prisme en renforçant encore les différents instruments au service de l'interprétation hétérarchique, tels que l'équivalence, les possibilités de protection renforcée, le dialogue et la concurrence entre juges. Les interactions entre ces instruments, indispensables à leur bon fonctionnement, répondent aux valeurs associées à ce nouveau paradigme de « créativité, de souplesse, de pluralisme et d'apprentissage permanent ». En effet, le passage d'un modèle vertical à un

²⁰⁵⁰ En ce sens, voir : A. BAILLEUX, *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire*, op. cit., p. 18.

²⁰⁵¹ N. KRISCH, « The Case for Pluralism in Postnational Law » [en ligne], *LSE Law Working Papers*, 2009, n° 12, p. 28, disponible sous : <http://www.lse.ac.uk/law/working-paper-series>

modèle horizontal s'accompagne d'un « ordonnancement assoupli, décentralisé, adaptatif et souvent négocié », d'« une manière de gestion souple et évolutive d'un ensemble indéfini de données en quête d'un équilibre au moins provisoire »²⁰⁵².

²⁰⁵² F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit., p. 18 et 26.

Conclusion de Partie

590. Les interprétations du champ d'application de la Charte présentent un certain nombre de divergences selon les auteurs. Ces divergences s'observent tant entre interprétations des juridictions françaises et allemandes, qu'à l'égard de l'interprétation défendue par la Cour de justice de l'Union. Tandis qu'une convergence s'est établie sur les situations non problématiques, telles que l'application des règlements ou la mise en œuvre des directives précises et inconditionnelles au niveau national, les différences se concentrent sur certaines situations à la marge. Ainsi, la question de l'appartenance au champ d'application de la Charte des mesures nationales de mise en œuvre d'une directive non précise et inconditionnelle ne trouve pas encore de réponse unanime entre les juridictions françaises, allemandes et de l'Union. La détermination même du caractère précis et inconditionnel d'une mesure pose question. De même, la violation d'une liberté économique par une mesure strictement nationale ne fait pas entrer la situation dans le champ d'application de la Charte de manière évidente pour toutes les juridictions. Cette incertitude s'étend aux cas de figure exceptionnels dans lesquels les caractères essentiels de la citoyenneté européenne, associés à la garantie de la liberté de circulation, peuvent faire entrer une situation dans le champ d'application de la Charte.

Ces divergences d'interprétation, qui conduisent à des différences de délimitation du champ d'application, résultent des différents critères d'interprétation retenus par chacune des juridictions. En effet, si la Cour de justice utilise le prisme de la finalité du droit de l'Union, la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne s'en tenait jusqu'à récemment au critère d'une stricte répartition des compétences, tandis que les juridictions françaises se conforment à une approche universaliste des droits fondamentaux. Ces différentes perspectives conduisent à se poser la question de l'ordonnancement des différences d'interprétation.

591. À ce titre, Mireille Delmas-Marty juge qu' « En dépit des apparences, il n'est plus possible aujourd'hui de méconnaître la superposition des normes nationales, régionales et mondiales, ni la surabondance d'institutions et de juges, nationaux et internationaux, à compétence élargie. Ces réalités nouvelles font évoluer le droit vers des systèmes interactifs, complexes et fortement instables. Plus que d'une défaite du droit, c'est d'une

mutation qu'il s'agit, dans la conception même de l'ordre juridique »²⁰⁵³. L'analyse de l'interprétation du champ d'application de la Charte par les juridictions nationales s'inscrit dans cette perspective de superposition des normes et d'interdépendance. Les divergences d'interprétations soulevées, d'une part entre les juridictions françaises et allemandes, et d'autre part avec la Cour de justice de l'Union, témoignent de cette réalité nouvelle. Les trois critères d'interprétation par le biais desquels chacune des juridictions interprète le champ d'application de la Charte sont pour chacun pertinents et résultent du perspectivisme inhérent à la fonction de juger. Par conséquent, il nous paraît peu approprié d'écarter deux critères d'interprétation sur les trois dans le seul but d'obtenir une interprétation unique du champ d'application de la Charte.

592. Afin de ne pas écarter purement et simplement les perspectives de plusieurs juridictions et de ne pas porter atteinte aux exigences liées à leurs ordres juridiques respectifs, la recherche de primauté absolue du droit de l'Union sur le droit national ou du droit constitutionnel sur le droit de l'Union doit être abandonnée. L'objectif n'est pas de réfuter toute primauté mais bien de ne plus l'ériger en postulat de lecture du champ d'application de la Charte. Le raisonnement binaire d'effacement de la diversité au profit de l'unité doit être remplacé par une logique de gradation de la diversité²⁰⁵⁴, échelle sur laquelle le placement du curseur dépendrait de la nécessité plus ou moins grande d'unité du droit de l'Union dans une situation donnée. En effet, le droit est une question de degré et est loin d'être aussi rigide et cartographié que ce que l'on voudrait bien se représenter²⁰⁵⁵. Cette approche souple et graduelle repose nécessairement sur la figure centrale du juge. Il est seul à même de prendre en compte les « considérations systémiques et les contraintes institutionnelles (plutôt que textuelles) »²⁰⁵⁶ et de les appréhender avec une certaine souplesse de manière à tendre vers le meilleur équilibre possible afin de « reconstruire [...] une hiérarchie matérielle qui, loin d'être figée, s'avèrera nécessairement fluctuante selon les circonstances »²⁰⁵⁷.

Le paradigme de l'hétérarchie autorise ainsi une interprétation du champ d'application de la Charte susceptible de répondre aux exigences d'un système de droits fondamentaux

²⁰⁵³ M. DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'universel. Les forces imaginantes du droit, 1*, Paris, Éd. du Seuil, 2004, p. 7.

²⁰⁵⁴ M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, *op. cit.*, p. 274.

²⁰⁵⁵ B.N. CARDOZO, *La nature de la décision judiciaire*, *op. cit.*, p. 102.

²⁰⁵⁶ F.-X. MILLET, « L'ordre juridique international et les doctrines constitutionnalistes ... », *op. cit.*, p. 49.

²⁰⁵⁷ *Ibid.* En ce sens également : É. DUBOUT, « Droits fondamentaux et pluralisme constitutionnel dans l'Union européenne », *op. cit.*, p. 138 ; F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 27.

composé d’ordres juridiques partiellement chevauchés. Ce paradigme se construit autour de la figure du juge et d’une approche souple du droit, répondant nécessairement à une logique horizontale de réseau dans laquelle la communication tient une place centrale.

Conclusion Générale

593. Le traité de Lisbonne signé en 2007 a introduit une modification de taille dans le système de protection des droits fondamentaux de l'Union en intégrant la Charte des droits fondamentaux au droit primaire. Entrées en vigueur en 2009, les dispositions de la Charte relatives à son champ d'application ont acquis une importance nouvelle. L'article 51§1 prévoit en effet que « Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union [...], ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ». Toutefois, ces dispositions suscitent de nouvelles interrogations pour partie relatives à l'application de la Charte aux États membres dans la « mise en œuvre du droit de l'Union ». Se pose ainsi la question de savoir quand appliquer la Charte et quand appliquer les droits fondamentaux nationaux à l'action des États membres. Ces incertitudes ont créé un important besoin de définition de l'expression « mise en œuvre du droit de l'Union » afin d'éclairer les conditions d'application de la Charte dans les vingt-sept États membres.

594. À partir de sa jurisprudence relative aux principes généraux du droit, la Cour de justice a proposé une définition du champ d'application de la Charte qui peut être assimilée au champ d'application du droit de l'Union. En effet, la Charte vise à assurer la protection des droits fondamentaux dans l'accomplissement des objectifs prévus par les traités. La compétence d'attribution qui caractérise l'ordre juridique de l'Union implique ainsi qu'appartiennent au champ d'application de la Charte les seules situations avec un lien de rattachement au droit de l'Union. Ce lien de rattachement s'apprécie au regard de quatre critères ainsi qu'en fonction de l'existence d'une obligation imposée par le droit de l'Union. Les quatre critères sont les suivants : le but poursuivi par la mesure nationale de mettre en œuvre une disposition du droit de l'Union, le caractère de la réglementation nationale, la poursuite d'objectifs qui ne sont pas autres que ceux couverts par le droit de l'Union même si la réglementation nationale est susceptible de l'affecter indirectement et, enfin, l'existence d'une disposition du droit de l'Union spécifique en la matière ou susceptible d'affecter la réglementation nationale²⁰⁵⁸.

Concrètement, ces éléments de définition du champ d'application conduisent à une typologie des cas d'application de la Charte comprenant diverses situations. Sont ainsi

²⁰⁵⁸ CJUE, 6 mars 2014, aff. C-206/13, *Siragusa*, pt 25.

comprises dans le champ d'application de la Charte les mesures nationales d'exécution des décisions et règlements de l'Union, que ceux-ci prévoient ou non une marge d'appréciation. De même, les mesures nationales de transposition des directives entrent dans le champ d'application de la Charte lorsque le lien de rattachement entre la situation nationale et la directive est suffisamment étroit. Cela comprend les mesures nationales de transposition des directives précises et inconditionnelles ainsi que les mesures nationales de transposition des directives plus classiques tant qu'il existe un lien réel avec la mesure nationale. A *contrario*, les mesures nationales de transposition des directives avec une large marge d'appréciation appartiennent au champ d'application de la Charte uniquement si le but poursuivi par la directive est précis et strict.

Dans un autre registre, les mesures d'origine purement nationale limitant l'exercice de l'une des quatre libertés économiques sont susceptibles d'appartenir au champ d'application de la Charte afin d'assurer la bonne application du droit de l'Union. Dans ces conditions, les droits fondamentaux garantis par la Charte viendront soit justifier la limite à la liberté de circulation posée par la mesure nationale, soit limiter l'entrave à la liberté de circulation posée par la mesure nationale. Autrement dit, les droits fondamentaux limiteront la liberté économique dans le premier cas et la renforceront dans le second en jouant le rôle de contre-limite. En outre, le champ d'application de la Charte peut s'ouvrir à des situations exceptionnelles menaçant les caractères essentiels de la citoyenneté européenne. C'est le cas des situations dans lesquelles la libre circulation des citoyens pourrait être entravée à cause d'une limitation de la liberté de circulation des membres de sa famille. C'est également le cas des situations conduisant à priver une personne de la jouissance effective de son statut de citoyen européen, comme de son droit de séjour sur le territoire de l'Union ou le retrait pure et simple de sa nationalité.

Il ressort de ces éléments que l'interprétation du champ d'application de la Charte par la Cour de justice est fonction d'un critère d'interprétation finaliste. À partir de celui-ci, la signification du champ d'application et la typologie des cas d'application de la Charte ont tendance à s'affiner avec le temps. Toutefois, cette approche de la Cour de justice n'est pas suffisante pour appréhender les contours du champ d'application de la Charte. Étant donné que la Charte est appliquée en premier lieu par les juridictions nationales, juridictions de droit commun du droit de l'Union, la prise en compte de leur interprétation est également indispensable à une définition réaliste du champ d'application. Elle pose dès lors la question des interprétations retenues par ces juridictions nationales issues de vingt-sept ordres juridiques différents.

595. La comparaison des situations française et allemande retenues a permis de constater que les critères d'interprétation majoritairement retenus dans chacun des deux ordres juridiques divergent du critère finaliste arrêté par la Cour de justice de l'Union. Cette différence s'explique par les différences de « situation juridique » de chacune des juridictions par rapport au droit de l'Union. Chaque juge exerce en effet une fonction différente (cour suprême, juge de première instance, cour constitutionnelle, *etc.*), se situe dans un ordre juridique spécifique (français, allemand, de l'Union, *etc.*) et répond à des exigences propres posées par le droit national pour la réception du droit de l'Union (à l'exemple des fondements de la réception du droit de l'Union en droit national qui diffèrent selon les États).

596. Sur ce fondement, les juridictions allemandes ont, sous l'impulsion de la Cour constitutionnelle fédérale, retenu un critère d'interprétation rigide de répartition des compétences entre le droit de l'Union et le droit national. Ce critère, sur le point d'être dépassé, permet de sauvegarder un équilibre institutionnel interne à l'ordre juridique allemand, inscrit en germe dans la Loi fondamentale. Il se traduit notamment par un certain nombre d'exigences posées à l'intégration européenne, relatives au respect de différents principes tels que la dignité humaine et le principe de démocratie. Pour leur part, les juridictions françaises semblent avoir retenu un critère d'interprétation qui trouve sa source dans la culture française des droits humains. Ce critère de l'universalisme des droits fondamentaux laisse aux juridictions nationales une très (trop) grande liberté dans l'application de la Charte et accorde au champ d'application un intérêt limité.

Si des errements en matière de champ d'application ont pu être constaté après l'entrée en vigueur de la Charte, ils peuvent être mis sur le compte d'une certaine méconnaissance de l'instrument à ses débuts et se trouvent, avec le temps, de plus en plus limités. Pour autant, les différents critères d'interprétation conduisent à de réelles divergences d'interprétation du champ d'application de la Charte. Ces divergences se concentrent sur certaines hypothèses bien définies que sont les mesures nationales de transposition d'une directive avec marge d'appréciation et les cas de limitation des libertés économiques par une mesure strictement nationale. Ces deux hypothèses intéressent des situations dans lesquelles le droit de l'Union et le droit national sont particulièrement enchevêtrés. L'hybridité des normes qui en résulte laisse difficilement émerger une origine principale de la mesure nationale entraînant des difficultés à qualifier ou non cette mesure ou la situation qui en résulte de « mise en œuvre du droit de l'Union ».

597. Des divergences d'interprétation du champ d'application de la Charte peuvent donc être constatées. Néanmoins, elles ne peuvent être simplement éliminées au nom de l'application uniforme et de la primauté du droit de l'Union, au risque de perturber les équilibres internes aux ordres juridiques nationaux et leurs rapports avec l'ordre juridique de l'Union. La suppression de ces divergences exposerait également à l'abandon des bénéfices qu'elle procure. Parmi eux, le contrepoids opéré par les droits fondamentaux nationaux vis-à-vis de l'approche profondément économique des droits fondamentaux développée par la Cour de justice est un exemple caractéristique du besoin de diversité inhérent à l'Union, tout comme les influences opérées par les différents ordres juridiques sur les interprétations à tendance plus ou moins subjective ou objective des droits fondamentaux. L'enjeu du traitement de ces divergences d'interprétation n'est ainsi rien de moins que de garantir une diversité bénéfique tout en assurant l'application du droit de l'Union sur son territoire. Or, la conservation d'un équilibre entre ces deux composantes semble impossible *via* les tentatives répétées des juridictions suprêmes de hiérarchiser les droits fondamentaux. Ces tentatives ont jusqu'à présent conduit à des velléités confuses de hiérarchisation des ordres juridiques par une juridiction à l'insu de toutes les autres.

598. En conséquence, une autre approche nous paraît plus constructive. Elle se fonde sur un ordonnancement de type hétérarchique des divergences d'interprétation du champ d'application de la Charte. Selon ce modèle, l'organisation entre ordres juridiques peut être de type horizontal, c'est à dire sans ordre juridique situé au-dessus des autres, détenteur d'une vérité applicable à tous. Selon les termes de François Ost et Michel van de Kerchove, « À l'idée d'hiérarchisation des savoirs et de suprématie, voire d'exclusivité, de certains d'entre eux, se substitue l'idée qu'une pluralité de discours rationnels ou de "systèmes interprétatifs" différents sont susceptibles, à partir de "règles du jeu" distinctes, de reconnaître la part du singulier et du contingent dans le réel, ainsi que la valeur à la fois relative et complémentaire des éclairages projetés sur celui-ci »²⁰⁵⁹. Ainsi, tant qu'elles ne portent pas atteinte au fonctionnement de l'Union, les différences sont acceptées et toutes les interprétations du champ d'application de la Charte reconnues comme « valables », étant entendu qu'elles proviennent simplement de points de vue juridiquement différents. Il s'agit d'un « dialogue où toute raison est entendue, reçue, sans que personne ait le dernier mot, sans qu'il y ait un mot de la fin »²⁰⁶⁰.

²⁰⁵⁹ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 454.

²⁰⁶⁰ H. DUMERY, « Sciences – vue d'ensemble » [en ligne], *Encyclopaedia Universalis*, [consulté le 27 septembre 2019], disponible sous : www.universalis.fr

Cet ordonnancement horizontal passe notamment par la reconnaissance de l'équivalence des protections entre les différents instruments nationaux et européens de protection des droits fondamentaux ainsi que par l'approfondissement d'un dialogue constructif entre les juges. En cas de divergence trop importante dans l'interprétation du champ d'application de la Charte conduisant à porter une atteinte suffisamment grave au bon fonctionnement du droit de l'Union, les interactions entre différents mécanismes de droit « dur » comme de droit « souple » ou tout simplement informels doivent permettre d'y remédier. Le paradigme hétérarchique présidant à l'ordonnancement des différentes interprétations du champ d'application de la Charte permettrait non seulement une meilleure acceptation de la Charte par les États membres, mais également une approche plus efficiente des droits fondamentaux.

ZUSAMMENFASSUNG

A. Einführung

599. Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (i.F. Charta) ist am 1. Dezember 2009 zusammen mit dem Vertrag von Lissabon in Kraft getreten. Mit der Charta hat die Europäische Union (i.F. E.U.) erstmals Grundrechte, sowie wirtschaftliche und soziale Rechte in einem Katalog verschriftlicht. Ihr heute gültiger Text steht am Ende einer langjährigen Auseinandersetzung mit der Existenz und der Ausgestaltung von Grundrechten innerhalb der E.U.

Ursprünglich nahmen die geltenden Verträge kaum Bezug auf solche Rechte. Nichtsdestotrotz etablierte der Gerichtshof der Europäischen Union (i.F. EuGH) im Laufe der Jahre einen europäischen Grundrechtsschutz. Es entstanden somit kontinuierlich ungeschriebene Grundrechte in Gestalt allgemeiner Grundsätze des Unionsrechts, die ihre Wirkung auf dem Unionsgebiet entfalteten²⁰⁶¹. Gleichzeitig haben sich verschiedene Institutionen, unter anderem das Europäische Parlament, für die Verankerung eines Grundrechtsschutzes in den jeweils geltenden Verträgen eingesetzt²⁰⁶². Dies hatte zur Folge, dass sowohl der Vertrag von Maastricht, als auch der Vertrag von Amsterdam einen solchen Schutz zwar grundsätzlich postulierten, ohne jedoch konkrete Rechte explizit zu benennen²⁰⁶³.

Letztlich hat der Europäische Rat auf seiner Tagung in Köln im Juni 1999 entschieden, eine Grundrechtecharta auszuarbeiten²⁰⁶⁴. Diese Entscheidung wurde auf der Tagung in Tampere im Oktober 1999 bestätigt und konkretisiert²⁰⁶⁵ und führte schon im Dezember 1999 zur Gründung eines Konvents zur Ausarbeitung eines Textentwurfs²⁰⁶⁶. Diesem Konvent wurde insbesondere aufgetragen, die bereits von dem EuGH entwickelten und in Form von allgemeinen Grundsätzen festgehaltenen Grundrechte in die Charta einfließen zu

²⁰⁶¹ EuGH, 12.11.1969, Rs. C-29/69, *Stauder / Stadt Ulm*, Slg 1969, 419; EuGH, 17.12.1970, Rs. C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH / Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Slg 1970, 1125.

²⁰⁶² Zum Beispiel: *Dokument über die europäische Identität*, Kopenhagen, 14.-15.12.1973; *Gemeinsame Erklärung des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission betreffend die Achtung der Grundrechte sowie der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten* v. 27.04.1977, ABl. Nr. C103, S. 1; Art. 4 Abs. 1 des Entwurfs eines Vertrags über die Europäische Union (1984).

²⁰⁶³ Art. F EUV (Vertrag von Maastricht) und Artt. 6 und 7 EUV (Vertrag von Amsterdam).

²⁰⁶⁴ *Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates*, Köln, 03.-04.06.1999, Anhang IV.

²⁰⁶⁵ *Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates*, 15.-16.10.1999.

²⁰⁶⁶ Die Eröffnungssitzung des Konvents zur Ausarbeitung des Entwurfs fand am 17.12.1999 statt.

lassen. Die Schwierigkeit dieser Aufgabe bestand allerdings darin, diese Grundsätze in einem einheitlichen Katalog wiederzugeben, der darüber hinaus mit der Europäischen Menschenrechtskonvention (i.F. EMRK) und den Grundrechten, die sich vereinzelt in den heutigen Primärverträgen finden, in Einklang steht.

Die Charta und die in ihr aufgelisteten Unionsgrundrechte wurden am 7. Dezember 2000 vom Europäischen Rat auf seiner Tagung in Nizza verkündet. Dies hatte jedoch rein symbolischen Charakter. Letztendlich trat am 1. Dezember 2009 der Vertrag von Lissabon in Kraft, der die Charta zwar nicht in seinen Text aufgenommen hat, aber darauf Bezug nimmt, so dass sie nunmehr Rechtskraft entfaltet.

600. Trotz des Inkrafttretens der Charta wird die Eröffnung ihres Anwendungsbereichs auch noch zehn Jahre später oftmals verkannt²⁰⁶⁷. Dies steht ihrer effektiven Durchsetzung entgegen. Um diesen Missstand zu beheben, ist eine Auseinandersetzung mit und die Definition ihres Anwendungsbereichs unerlässlich. So besagt Art. 51 Abs. 1 S. 1, dass die Charta „(...) für die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union unter Wahrung des Subsidiaritätsprinzips und für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union [gilt]“. Der persönliche Anwendungsbereich der Charta ist mithin zweigeteilt. Zum einen bindet er die E.U.-Institutionen und erfasst alle ihre Handlungen. Diese umfassende Bindung der Union erscheint mit Blick auf ihre Aufgaben und (vor allem ihrer rechtssetzenden) Kompetenzen notwendig und einleuchtend. Zum anderen richtet er sich an die Mitgliedstaaten, wobei der Anwendungsbereich insoweit auch sachlich begrenzt ist. Die Charta bindet die Mitgliedstaaten nur bei „Durchführung des Rechts der Union“. Mithin muss der konkrete Sachverhalt einen unionsrechtlichen Bezug aufweisen, so dass die Anwendung der Charta folglich akzessorisch zur Anwendung des Unionsrechts ist. Ob aber ein Sachverhalt einen solchen unionsrechtlichen Bezug aufweist, ist nicht immer eindeutig zu bestimmen. Sowohl auf europäischer Ebene seitens des EuGH, als auch seitens der Mitgliedstaaten wurden verschiedene Lösungsansätze zur Beantwortung dieser Frage entwickelt, die es in der vorliegenden Untersuchung am Beispiel der Rechtsprechung in Deutschland und Frankreich darzustellen gilt.

601. Die Pluralität der Lösungsansätze gründet auf der Tatsache, dass dem EuGH zwar gem. Art. 267 des Vertrages über die Arbeitsweise der E.U. (i.F. AEUV) primär die Auslegung der Charta obliegt, in der Praxis der Text aber in erster Linie durch die Gerichte

²⁰⁶⁷ EUROPÄISCHE KOMMISSION, *Bericht 2011 über die Anwendung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 16.04.2012, COM(2012) 169 final, S. 8; EUROPÄISCHE KOMMISSION, *Bericht 2018 über die Anwendung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Brüssel, 05.06.2012, COM(2019) 257 final, S. 15 ff.

der Mitgliedstaaten angewendet wird. Die Gerichte handeln demnach im Sinne einer „unionsrechtlichen Gerichtsbarkeit“, wobei es hinsichtlich des Anwendungsbereichs der Charta insoweit zu Meinungsverschiedenheiten zwischen dem EuGH und den nationalen Gerichten kommen kann. Des Weiteren kann auch beobachtet werden, dass nicht nur die Auffassungen des EuGH und der Mitgliedstaaten bezüglich des Anwendungsbereichs der Charta aufgrund von kulturellen, historischen und rechtskonzeptuellen Besonderheiten voneinander abweichen können, sondern auch zwischen (und manchmal sogar auch innerhalb) den nationalen Rechtsprechungspraxen diverse Auslegungsgrundsätze entstanden sind. Diese Problematik des tatsächlichen Anwendungsbereichs muss im Wege der Rechtsvergleichung untersucht werden. Eine Bestimmung des Anwendungsbereichs allein auf Grundlage der Rechtsprechung des EuGH kann hingegen zu keiner realistischen, sondern ausschließlich zu einem rein theoretischen Definitionsansatz führen.

602. Ein Vergleich speziell der deutschen und der französischen Rechtsordnung war aus mehreren Gründen interessant. Zum einen gehören beide Länder zu den E.U.-Gründungsmitgliedstaaten. Dies spiegelt sich in einer starken Einflussnahme auf das politische und rechtliche Geschehen innerhalb der Union wider. Zum anderen kann den beiden Ländern sowohl eine geographische, als auch eine kulturell-historische Nähe nachgesagt werden, obwohl eine solche hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung des Grundrechtsschutzes nicht unbedingt festgestellt werden kann. Die geschichtliche Entwicklung sowie der Umgang mit Grundrechten unterscheiden sich in beiden Ländern deutlich voneinander²⁰⁶⁸.

In Deutschland sind die Grundrechte in einem Katalog des Grundgesetzes (Artt. 1 – 19, iF GG) vorgesehen. Sie sind im Wesentlichen subjektive Rechte, deren Verletzung vor dem Bundesverfassungsgericht (i.F. BVerfG) geltend gemacht werden kann.

In Frankreich finden sich die Grundrechte vor allem in der „Déclaration des droits de l’Homme et du Citoyen“ (sinngemäß Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte), die während der französischen Revolution im Jahre 1789 verfasst wurde. Diese Erklärung weist weniger einen rechtlichen, als vielmehr einen philosophischen Ursprung auf. Sie ist nicht in der Verfassung der V. Republik im engeren Sinne (dem eigentlichen Verfassungstext)

²⁰⁶⁸ Wobei sich seit einigen Jahren eine schrittweise Annäherung abzeichnet: A. GAILLET, « La Grenouille français et le Bœuf allemand (I) – Propos franco-allemands sur les droits fondamentaux et les *Grundrechte* », in : P. COSSALTER, C. WITZ, *60 ans d’influences juridiques réciproques franco-allemandes*, Jubilé des 60 ans du Centre Juridique Franco-Allemand de l’Université de la Sarre, Paris, Société de législation comparée, 2016, S. 168 ff.; A. TAVEAU, „L’accès au juge national et international contre les actes du pouvoir exécutif. Théorie et pratique sur des questions d’actualité. Rapport du colloque franco-allemand des 7 et 8 septembre 2018“, *Revue internationale du droit comparé* (i.F. RIDC), Nr. 2, 2019, S. 573-577.

enthalten, sondern gehört dem sogenannten „bloc de constitutionnalité“ (sinngemäß Verfassungsbestimmungen im weiteren Sinne) an. Dieser „bloc de constitutionnalité“ erfasst nicht nur die Verfassung im engeren Sinne, sondern auch die Präambel der Verfassung, die auf die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, sowie eine Vielzahl von für den Grundrechtsschutz wichtigen Gesetzen der vorherigen Republiken verweist. Verfassungsrang hat diese Präambel seit der so genannten Entscheidung *Liberté d'association* aus dem Jahre 1971 des französischen Verfassungsgerichts, dem „Conseil constitutionnel“²⁰⁶⁹.

Die Grundrechte sind in Frankreich als objektive Rechte ausgestaltet, so dass eine unmittelbare Anrufung des Conseil constitutionnel allein aufgrund einer Verletzung von Grundrechten nicht vorgesehen ist. Seit 2010 besteht jedoch die Möglichkeit einer mittelbaren Anrufung, wenn die Grundrechtsverletzung durch ein Gesetz bedingt wird. Der konkrete Grundrechtsschutz wird vielmehr durch die Begründung von spezifischen Grundsätzen seitens der, dem Conseil constitutionnel unterstehenden, Gerichte gewährleistet. Es handelt sich dabei insbesondere um den „Conseil d'État“ und die „Cour de cassation“ (jeweils höchstes Gericht der Verwaltungsgerichtsbarkeit und höchstes Gericht der ordentlichen Gerichtsbarkeit)²⁰⁷⁰.

Diese unterschiedlichen Grundrechtskonzeptionen in Deutschland und Frankreich führen auch dazu, dass der Bezug zur Charta in beiden Ländern ein anderer ist. So werden in Deutschland die Fragen der Bindung an die Charta schon seit jeher in der Literatur thematisiert, wohingegen sich die französische Rechtswissenschaft noch nicht eingehend mit dieser Thematik befasst hat. Die vorliegende Untersuchung hat sich an den deutschen Lösungsansätzen orientiert und diese weiterentwickelt, um eine länderübergreifende, abstrakte Untersuchung des Anwendungsbereichs der Charta vornehmen zu können.

603. Die vorliegende Arbeit wird sich somit im Folgenden mit dem Verständniss und der Auslegung des EuGH und der nationalen Gerichte bezüglich der Bindung der Mitgliedstaaten an die Charta beschäftigen, um sodann aufzuzeigen, wie die insoweit bestehenden Unterschiede im Rahmen einer effektiven Rechtsanwendung miteinander koordiniert werden können.

²⁰⁶⁹ Conseil constitutionnel (i.F. Cons. const.), 16.07.1971, Rs. Nr. 71-44 DC, *Liberté d'association*. Die Entscheidungen der französischen Gerichte sind unter folgendem Link abrufbar: www.legifrance.gouv.fr/

²⁰⁷⁰ Der Conseil d'État hat für den Grundrechtsschutz die französischen allgemeinen Grundsätze des Rechts („*principes généraux du droit*“) entwickelt. Der Conseil constitutionnel hat auch eigene Grundprinzipien entwickelt.

B. Die Rechtsprechung des EuGH zum Anwendungsbereich der Charta

604. Die Rechtsprechung des EuGH weist bezüglich der Prüfung, ob die Mitgliedstaaten an die Charta gebunden sind, zwei Leitlinien auf. Zum einen wird der Anwendungsbereich der Charta abstrakt definiert und zum anderen lassen sich die ergangenen Entscheidungen in verschiedene Fallkonstellationen einordnen.

I. Abstrakte Definition des Anwendungsbereichs der Charta

1. Ursprung in den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts

605. Der heutige Anwendungsbereich der Charta mit Blick auf die Mitgliedstaaten kann nur im Zusammenhang mit ihren Ursprüngen, den vom EuGH entwickelten Gemeinschaftsgrundrechten und wiederum deren Anwendungsbereich, verstanden werden. Die so entstandenen allgemeinen Grundsätze wurden vom EuGH aus dem Bedürfnis heraus entwickelt, dass einerseits die (rein wirtschaftlich geprägten) Gemeinschaftsverträge kaum solche Rechte enthielten und andererseits aus kompetenzrechtlichen Gründen eine Anwendung von nationalen Grundrechten nicht in Frage kam²⁰⁷¹. Diese allgemeinen Grundsätze stellten somit eine neue, ungeschriebene Form von Grundrechten dar²⁰⁷² und wurden in erster Linie von den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten²⁰⁷³, aber auch der EMRK und den internationalen Verträgen zum Schutz der Menschenrechte beeinflusst²⁰⁷⁴. Dabei hat sich auch schon im Rahmen dieser Gemeinschaftsgrundrechte die Frage ihres Anwendungsbereichs und der Bindung der Mitgliedstaaten gestellt.

a) Eröffnung des Anwendungsbereichs der allgemeinen Grundsätze

606. Der Anwendungsbereich der allgemeinen Grundsätze wurde in den Urteilen des EuGH schon frühzeitig thematisiert. In der Entscheidung *Internationale Handelsgesellschaft* aus dem Jahre 1970 wies der Gerichtshof explizit darauf hin, dass die „Gewährleistung dieser Rechte (...) sich (...) in die Struktur und die Ziele der Gemeinschaft

²⁰⁷¹ EuGH, 04.02.1959, Rs. C-1/58, *Stork & Cie / Hohe Behörde*, Slg 1959, 43, Rn 4; EuGH, 15.07.1960, Rs. C-36 bis 38/59 und C-40/59, *Präsident Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft u.a. / Hohe Behörde*, Slg 1960, 857.

²⁰⁷² EuGH, 12.11.1969, Rs. C-29/69, *Stauder / Stadt Ulm*, Slg 1969, 419, Rn 7; EuGH, 17.12.1970, Rs. C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH / Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Slg 1970, 1125, Rn 3.

²⁰⁷³ EuGH, 17.12.1970, Rs. C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH / Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Slg 1970, 1125, Rn 13.

²⁰⁷⁴ EuGH, 14.05.1974, Rs. C-4/73, *Nold KG / Kommission*, Slg 1974, 491, Rn 13.

einfügen“ muss²⁰⁷⁵. Der Anwendungsbereich wurde daraufhin vom EuGH weiter konkretisiert, wonach die Frage des Grundrechtsschutzes nur „im Rahmen des Gemeinschaftsrechts“ bzw. „auf dem Gebiet des Gemeinschaftsrechts“ beantwortet werden könne²⁰⁷⁶. Sodann wird ab dem Jahr 1986 in der Entscheidung *Klensch* eine neue Formulierung verwendet, wonach ein Grundrecht der Gemeinschaft „deshalb auch für die Mitgliedstaaten verbindlich [ist], wenn diese [das Gemeinschaftsrechts] durchführen“²⁰⁷⁷.

607. Die Formulierungen „im Rahmen des Gemeinschaftsrechts“ und „bei der Durchführung des Gemeinschaftsrechts“, wurden sodann parallel fortentwickelt (wobei der EuGH von diesen Formulierungen auch abweichen konnte) und bilden die Grundlage zweier Grundsatzentscheidungen hinsichtlich des Anwendungsbereichs der Gemeinschaftsgrundrechte in Bezug auf die Mitgliedstaaten. Diese spiegeln aber gleichzeitig auch die Unterschiede in der Auslegung des EuGH, der nationalen Gerichte sowie der Literaturstimmen (und besonders der deutschen Literatur)²⁰⁷⁸ wider.

Die Entscheidung *Wachauf* behandelt den Fall der *Durchführung* einer Norm des Gemeinschaftsrechts (im vorliegenden Fall einer Verordnung) durch einen Mitgliedstaat. Im Rahmen der Prüfung, ob die vom Gerichtshof anerkannten Grundrechte im vorliegenden Fall Anwendung finden, wurden die Kriterien – „im Rahmen des Gemeinschaftsrechts“ und „bei der Durchführung des Gemeinschaftsrechts“²⁰⁷⁹ – hinzugezogen und der Anwendungsbereich in Folge bejaht²⁰⁸⁰.

²⁰⁷⁵ EuGH, 17.12.1970, Rs. C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH / Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Slg 1970, 1125, Rn 4.

²⁰⁷⁶ EuGH, 13.12.1979, Rs. C-44/79, *Hauer / Land Rheinland-Pfalz*, Slg 1979, 3727, Rn 14; EuGH, 19.06.1980, Rs. C-41, 121 und 796/79, *Testa*, Slg 1980, 1979, Rn 18; EuGH, 11.07.1985, Rs. C-60 et 61/84, *Cinéthèque / Fédération nationale des cinémas français*, Slg 1985, 2605, Rn 26; EuGH, 15.05.1986, Rs. C- 222/84, *Johnston / Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Slg 1986, 1651, Rn 18; EuGH, 30.09.1987, Rs. C-12/86, *Demirel / Stadt Schwäbisch Gmünd*, Slg 1987, 3719, Rn 28.

²⁰⁷⁷ EuGH, 25.11.1986, Rs. C-201 und 202/85, *Klensch / Staatssekretär*, Slg 1986, 3477, Rn 8; EuGH, 30.09.1987, Rs. C-12/86, *Demirel / Stadt Schwäbisch Gmünd*, Slg 1987, 3719, Rn 28.

²⁰⁷⁸ Insbesondere: M. BOROWSKI, in: J. MEYER (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4. Aufl., Baden-Baden, Nomos, 2014, Art. 51; H.-P. FOLZ, in: C. VEDDER, W. HEINTSCHEL VON HEINEGG (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht : EUV, AEUV, GRCh*, 2. Aufl., Baden-Baden, Nomos, 2018, Art. 51 GR-Charta; A. HATJE, in: J. SCHWARZE (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 4. Aufl., Baden-Baden, Nomos, 2019, Art. 51 GR-Charta; H.-D. JARASS, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union unter Einbeziehung der vom EuGH entwickelten Grundrechte und der Grundrechtsregelungen der Verträge: Kommentar*, 3. Aufl., München, C.H. Beck, 2016, Art. 51; J. MALL, *Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte – Artikel 51 Abs. 1 S. 1 GRCh und das Protokoll Nr. 30 über die Anwendung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union auf Polen und das Vereinigte Königreich*, Frankfurt, Peter Lang, 2012; H.-W. RENGELING, P. SZCEKALLA, *Grundrechte in der Europäischen Union - Charta der Grundrechte und Allgemeine Rechtsgrundsätze*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2004, §4; D.H. SCHEUING, „Zur Grundrechtsbindung der EU-Mitgliedstaaten“, *EuR*, 2005, Nr. 2, p. 162-191.

²⁰⁷⁹ EuGH, 13.07.1989, Rs. C-5/88, *Wachauf / Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, Slg 1989, 2609, Rn 17, 19.

²⁰⁸⁰ *Ibid.*, Rn 17 ff.

Die Entscheidung *ERT* befasst sich hingegen mit der Frage, ob auch bei *Anwendung* einer rein nationalen Norm, die jedoch die europäischen, wirtschaftlichen Grundfreiheiten beschränkt, der Anwendungsbereich der Gemeinschaftsgrundrechte eröffnet sein kann. Dabei kam der EuGH zu dem Schluss, dass die Mitgliedstaaten immer dann an die Gemeinschaftsgrundrechte gebunden sind, wenn sie „im Rahmen des Gemeinschaftsrechts“ bzw. „im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts“ handeln²⁰⁸¹. Dies sei immer dann der Fall, wenn durch innerstaatliche Maßnahmen europäische Grundfreiheiten beschränkt werden. Die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Gemeinschaftsgrundrechte wird daher nicht allein anhand des Kompetenzbereichs der E.U., sondern auch anhand der Beeinträchtigung der ordnungsgemäßen Durchsetzung der wirtschaftlichen Freiheiten der E.U. auf nationaler Ebene gerechtfertigt.

608. Diese zwei Fälle zeigen aber schon die Schwierigkeit der einheitlichen Bestimmung des Anwendungsbereichs der Gemeinschaftsgrundrechte auf. Der Gerichtshof verwendet uneinheitliche Formulierungen, wobei unklar ist, inwiefern diese sich voneinander unterscheiden. So wurde aufgrund der gewählten Begriffe in der Entscheidung *Wachauf* auf einen restriktiven Anwendungsbereich der Charta geschlossen; hinsichtlich der Entscheidung *ERT* hingegen auf einen weiten Anwendungsbereich.

Es stellt sich aber die Frage, ob mit diesen unterschiedlichen Begriffen tatsächlich zwingend unterschiedliche Sachverhalte erfasst werden. Insoweit kann festgestellt werden, dass der Begriff „Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts“ von dem EuGH für alle Fallkonstellationen benutzt wird, wohingegen sich der Begriff „Durchführung des Gemeinschaftsrechts“ nur auf Handlungen der Mitgliedstaaten bei Umsetzung bzw. Vollzug des Gemeinschaftsrechts bezieht. Im Gegenzug spricht der EuGH nie von einer „Durchführung des Gemeinschaftsrechts“ im Falle der Begrenzung einer wirtschaftlichen Grundfreiheit durch eine innerstaatliche Maßnahme. Die Bestimmung des Anwendungsbereichs der Gemeinschaftsgrundrechte kann somit nicht anhand dieser verwendeten Formulierungen vorgenommen werden, da sich diese nur hinsichtlich ihrer Syntax unterscheiden und keinem unterschiedlichen Anwendungsbereich entsprechen. Eine Umgrenzung des Anwendungsbereichs der Gemeinschaftsgrundrechte allein anhand dieser Begriffe wäre folglich nicht zielführend, da sie zu keinem eindeutigen Ergebnis führen. Vielmehr sind weitere Kriterien heranzuziehen.

²⁰⁸¹ EuGH, 18.06.1991, Rs. C-260/89, *ERT / DEP*, Slg 1991, I-02925, Rn 42, 43.

b) Begrenzung des Anwendungsbereichs der allgemeinen Grundsätze

609. Der EuGH hat bezüglich der Bindung an die Gemeinschaftsgrundrechte zwei wichtige Schranken definiert. Zum einen wurde der Europäischen Gemeinschaft eine allgemeine Grundrechtszuständigkeit aberkannt²⁰⁸². Dies wurde implizit vom EuGH in der Entscheidung *Cinéthèque* bestätigt²⁰⁸³. Zum anderen stellte der EuGH die Unanwendbarkeit der Gemeinschaftsgrundrechte in einem rein nationalen Sachverhalt fest. So wurde in den Entscheidungen *Maurin* und *Society for the protection of unborn children Ireland* die Unzuständigkeit des Gerichtshofs hinsichtlich der Frage festgestellt, ob eine nationale Maßnahme ohne gemeinschaftsrechtlichen Bezug den Anwendungsbereich der Gemeinschaftsgrundrechte eröffnet²⁰⁸⁴.

610. Darüber hinaus entwickelte der EuGH verschiedene Abgrenzungskriterien, wann eine nationale Maßnahme einen gemeinschaftsrechtlichen Bezug aufweist. Erstmals wird in der Entscheidung *Kremzow* festgestellt, dass „*die rein hypothetische Aussicht auf die Ausübung [eines wirtschaftlichen Freiheitsr]echts keinen Bezug zum Gemeinschaftsrecht herstellt, der eng genug wäre, um die Anwendung der Gemeinschaftsbestimmungen zu rechtfertigen*“²⁰⁸⁵. Mithin bedarf es konkreter Anhaltspunkte für einen Gemeinschaftsrechtsbezug. In der Entscheidung *Annibaldi* werden sodann vier Kriterien entwickelt, um die Enge zwischen einer innerstaatlichen Maßnahme und dem Gemeinschaftsrecht zu bestimmen und damit einen hinreichenden Zusammenhang zwischen nationalem und europäischem Recht festzustellen. So muss die nationale Maßnahme zunächst eine Durchführung des Gemeinschaftsrechts bezwecken. Ferner kann zwar die Maßnahme das Funktionieren einer gemeinschaftlichen Organisation (in diesem Fall die gemeinsame Agrarmarktorganisation) mittelbar beeinflussen, doch muss sie Ziele verfolgen, die nicht andere als die des Gemeinschaftsrechts sind. Überdies soll die Maßnahme nicht allgemeiner Art sein. Schließlich soll sie keinen Bereich betreffen, der ausschließlich in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt²⁰⁸⁶. Diese Kriterien wurden in der Folge bestätigt und weiterentwickelt.

²⁰⁸² Artt. 5 und 6 EUV (Vertrag von Amsterdam).

²⁰⁸³ EuGH, 11.07.1985, Rs. C-60 et 61/84, *Cinéthèque / Fédération nationale des cinémas français*, Slg 1985, 2605, Rn 26.

²⁰⁸⁴ EuGH, 04.10.1991, Rs. C-159/90, *Society for the protection of unborn children Ireland / Grogan u.a.*, Slg 1991, I-04685, Rn 31; EuGH, 13.06.1996, Rs. C-144/95, *Maurin*, Slg 1996, I-02909, Rn 13.

²⁰⁸⁵ EuGH, 29.05.1997, Rs. C-299/95, *Kremzow / Republik Österreich*, Slg 1997, I-02629, Rn 16, 17.

²⁰⁸⁶ EuGH, 18.12.1997, Rs. C-309/96, *Annibaldi / Sindaco del Comune di Guidonia et Presidente Regione Lazio*, Slg 1997 I-07493, Rn 21-23.

611. Unter Zugrundelegung dieser Rechtsprechungsgrundsätze hinsichtlich der Gemeinschaftsgrundrechte wird im Folgenden der Anwendungsbereich der Charta dargestellt.

2. Anwendungsbereich der Charta

612. Die Charta sieht in Art. 51 Abs. 1 S. 1 vor, dass diese „für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“ gilt. Angesichts der gewählten Formulierung wirft sich die Frage auf, ob sich der Anwendungsbereich der Charta mit dem Anwendungsbereich der Gemeinschaftsgrundrechte deckt und welche Bedeutung dem Begriff „Durchführung“ zukommt. Zur Beantwortung dieser Fragen wird auf die systematische und teleologische Auslegungsansätze Bezug genommen, da diese hinsichtlich des Unionsrechts am geeignetsten scheinen und auch der EuGH diese Ansätze privilegiert²⁰⁸⁷.

a) Konforme Auslegung des Art. 51 Abs. 1 S. 1 der Charta mit den allgemeinen Grundsätzen

613. Im Februar 2013 hat die Entscheidung *Åkerberg Fransson* zum ersten Mal mit Bezug auf Art. 51 Abs. 1 S. 1 der Charta sämtliche bereits ergangenen Rechtsprechungsleitlinien zum unionsrechtlichen Grundrechtsschutz wiederholt und genauer dargestellt. Die Entscheidung hat zunächst die Äquivalenz des Anwendungsbereichs der Gemeinschaftsgrundrechte in Form der allgemeinen Grundsätze

²⁰⁸⁷ Zu den vier möglichen Auslegungsansätze – grammatikalisch, historisch, systematisch, teleologisch – die von dem EuGH herangezogen werden können, s. insbesondere:

H.-P. FOLZ, in: C. VEDDER, W. HEINTSCHEL VON HEINEGG (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht: EUV, AEUV, GRCh*, 2. Aufl., Baden-Baden, Nomos, 2018, Art. 51 GR-Charta, Rn 12; A. GROßE WENTRUP, *Die Europäische Grundrechtecharta im Spannungsfeld der Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten: eine Untersuchung am Beispiel von Art. 14 und Art. 16 EuGRCh*, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, S. 65-69; J. HEUER, *Artikel 51 Abs. 1 Satz 1 GRCh: Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte*, München, Herbert Utz, 2014, S. 173-177; R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Brüssel, Bruylant, 1976, S. 240 ff.; B. MAIER, *Grundrechtsschutz bei der Durchführung von Richtlinien – Eine Analyse im Spannungsfeld von Grundrechten der Europäischen Union, nationalen Grundrechten und EMRK-Rechten*, Nomos, Baden-Baden, 2013, S. 152, 153; J. MALL, *Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte – Artikel 51 Abs. 1 S. 1 GRCh und das Protokoll Nr. 30 über die Anwendung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union auf Polen und das Vereinigte Königreich*, Frankfurt (Main), Peter Lang, 2012, S. 90 ff.; P. PESCATORE, *Vade-mecum. Recueil de formules et de conseils pratiques à l'usage des rédacteurs d'arrêts*, Brüssel, Bruylant, 2007, S. 43,44 und 326; R. TINIÈRE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Brüssel, Bruylant, 2007, S. 100-105; P. DEUMIER, „Le champ d'application de la Charte entre droit de l'Union européenne et droits fondamentaux“, in: *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: mode d'emploi*, Colloque organisé au Conseil d'État le 20 novembre 2014 par l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation et la Société de législation comparée, erschienen in: *Justice et Cassation*, 2015, Nr. 9, S. 393; J. GERKRATH, „Als krönender Abschluss des Grundrechtsschutzes in der EU verlangt die Charta nach einer breiten und dezentralisierten Anwendung“, in: J. MASING, M. JESTAEDT, D. CAPITANT u.a. (Hrsg.), *Strukturfragen des Grundrechtsschutzes in Europa*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, S. 18; H. KUTSCHER, „Méthodes d'interprétation vues par un juge à la Cour“, in: COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES (Hrsg.), *Rencontre judiciaire et universitaire 27-28 septembre 1976*, Luxembourg, Amt für Veröffentlichung der Europäischen Gemeinschaften, 1976, S. I-15-I-26; J. MERTENS DE WILMARS, „Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes“, *Cahiers de droit européen*, 1986, Nr. 1, S. 12-16.

und des Anwendungsbereichs der Charta betont²⁰⁸⁸. So beschreibt auch Generalanwältin *Juliane Kokott* in einer anderen Rechtssache die Fusion dieser Anwendungsbereiche wie folgt: „Der Gerichtshof hat kürzlich im Urteil *Åkerberg Fransson* festgestellt, dass die ständige Rechtsprechung zur Anwendbarkeit der allgemeinen Rechtsgrundsätze nunmehr durch Art. 51 Abs. 1 der Charta, der den Anwendungsbereich der Charta festlegt, bestätigt wird. Der Gerichtshof hat damit die Bedingungen für die Anwendung der Charta und der allgemeinen Rechtsgrundsätze vereint“²⁰⁸⁹.

614. Eine solche Überlagerung der Anwendungsbereiche der allgemeinen Grundsätze und der Charta kann folglich auch für die Anwendungsbereiche der Charta und des Unionsrechts bejaht werden. So sieht die Entscheidung *Åkerberg Fransson* vor, dass „die Anwendbarkeit des Unionsrechts (...) die Anwendbarkeit der durch die Charta garantierten Grundrechte [umfasst]“²⁰⁹⁰. Die Anwendung der Grundrechte ist folglich stets akzessorisch zur Anwendung des Unionsrechts.

b) Bedeutung der „Durchführung des Unionsrechts“

615. Unter Zugrundelegung dieser akzessorischen Natur wird im Folgenden dargestellt, wann konkret eine „Durchführung des Unionsrechts“ im Sinne von Art. 51 Abs. 1 S. 1 der Charta bejaht werden kann. Im Einklang mit der Rechtsprechung bezüglich der Gemeinschaftsgrundrechte wird dies grundsätzlich davon abhängig gemacht, wie eng der nationale Sachverhalt mit dem Unionsrecht verknüpft ist. Laut EuGH verlangt insoweit eine „Durchführung des Unionsrechts“ „einen hinreichenden Zusammenhang von einem gewissen Grad (...), der darüber hinausgeht, dass die fraglichen Sachbereiche benachbart sind oder der eine von ihnen mittelbare Auswirkungen auf den anderen haben kann“²⁰⁹¹. Die vier Kriterien der Entscheidung *Annibaldi*, die die enge Verbindung zwischen einer nationalen Maßnahme und dem Gemeinschaftsrecht bestimmen²⁰⁹², werden überdies bestätigt²⁰⁹³. Diese Liste ist aber nicht abschließend, was unter anderem dadurch zum Ausdruck kommt, dass regelmäßig ein weiteres Kriterium

²⁰⁸⁸ EuGH, GK, 26.02.2013, Rs. C-617/10, *Åkerberg Fransson*, Rn 18.

²⁰⁸⁹ Schlussanträge der Generalanwältin *Juliane Kokott* v. 06.06.2013, Rn 38, unter EuGH, GK, 22.10.2013, Rs. C-276/12, *Sabou*.

²⁰⁹⁰ EuGH, GK, 26.02.2013, Rs. C-617/10, *Åkerberg Fransson*, Rn 21.

²⁰⁹¹ EuGH, 06.03.2014, Rs. C-206/13, *Siragusa*, Rn 24; EuGH, 10.07.2014, Rs. C-198/13, *Julian Hernández u.a.*, Rn 34, 35.

²⁰⁹² EuGH, 18.12.1997, Rs. C-309/96, *Annibaldi / Sindaco del Comune di Guidonia et Presidente Regione Lazio*, Slg 1997 I-07493, Rn 21-23.

²⁰⁹³ EuGH, 08.11.2012, Rs. C-40/11, *Iida*, Rn 79; EuGH, 08.05.2013, Rs. C-87/12, *Ymeraga et Ymeraga-Tafarshiku*, Rn 41; EuGH, 06.03.2014, Rs. C-206/13, *Siragusa*, Rn 25; EuGH, 10.07.2014, Rs. C-198/13, *Julian Hernández u.a.*, Rn 34.

aufgestellt wird. Demnach wird eine Durchführung des Unionsrechts gem. Art. 51 Abs. 1 S. 1 der Charta verneint, „*wenn die unionsrechtlichen Vorschriften in dem betreffenden Sachbereich keine Verpflichtungen der Mitgliedstaaten im Hinblick auf den im Ausgangsverfahren fraglichen Sachverhalt schaffen*“²⁰⁹⁴. Somit kann festgehalten werden, dass der EuGH die enge Verbindung zwischen einem nationalen Sachverhalt und dem Unionsrecht nicht nur anhand äußerer Merkmale, beispielsweise der wörtlichen Ausgestaltung eines nationalen Gesetzes, bestimmt, sondern vielmehr beurteilt, welchen Zweck die nationale Maßnahme verfolgt und ob diese im Dienste des Unionsrechts steht.

3. Fazit

616. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Formulierung „*Durchführung des Unionsrechts*“ i.S.v. Art. 51 Abs. 1 S. 1 der Charta letztendlich die Anwendungsfälle der Formulierung „*im Anwendungsbereich*“ des Unionsrechts erfasst. Folglich wird auch nach dem Inkrafttreten der Charta der rein semantische Unterschied zwischen den beiden Begriffen bestätigt; inhaltlich sind sie kongruent.

Zudem gilt es hinsichtlich des Anwendungsbereichs der Charta zu bestimmen, ob ein innerstaatlicher Sachverhalt einen Bezug zum Unionsrecht aufweist. Der EuGH führt dazu eine inhaltliche Prüfung der nationalen Maßnahme durch. Ohne allein auf die äußere, formelle Ausgestaltung der nationalen Maßnahme zu achten, fragt der Gerichtshof nach dem von ihr verfolgtem Zweck und ob dieser in den Diensten des Unionsrechts steht. Die Auslegung des Anwendungsbereichs der Charta hängt infolgedessen im Wesentlichen von einem Auslegungskriterium ab, nämlich der unionsrechtlichen Finalität. Anhand dieses Kriteriums wurden, unter Zugrundelegung der Entscheidungen des EuGH, Fallkonstellationen des Anwendungsbereichs der Charta entwickelt, die es im Folgenden darzustellen gilt.

II. Fallkonstellationen zur Anwendung der Charta

617. Wie schon bei den Entscheidungen *Wachauf* und *ERT* festgestellt werden konnte, kommt eine Bindung der Mitgliedstaaten an die Charta im Sinne von Art. 51 Abs. 1 S. 1 in zwei Situationen in Betracht: Zum einen ist eine solche denkbar, wenn die nationale Durchführung einer unionsrechtlichen Norm im Raum steht. Zum anderen kann auch eine rein nationale Regelung eine Verbindung zum Unionsrecht aufweisen, wenn sie eine

²⁰⁹⁴ EuGH, 06.03.2014, Rs. C-206/13, *Siragusa*, Rn 26; EuGH, 10.07.2014, Rs. C-198/13, *Julian Hernández u.a.*, Rn 35.

europäische Grundfreiheit beschränkt. Im Folgenden sollen die hieraus resultierenden Fallkonstellationen näher dargestellt werden.

1. Die Durchführung von europäischen Normen

618. Die ersten Fallkonstellationen betreffen den Vollzug von Verordnungen und die Umsetzung von Richtlinien durch die Mitgliedstaaten. In diesen Fällen muss die Anknüpfung der nationalen Umsetzungs- bzw. Durchführungsmaßnahme mit der Verordnung, bzw. Richtlinie hinreichend eng sein, um auch den Anwendungsbereich der Charta zu eröffnen. Je nach Natur und Ausgestaltung des europäischen Rechtsakts kann diese Verbindung mehr oder weniger stark ausfallen.

a) Der Vollzug von Verordnungen

619. Zunächst stellt sich die Frage, ob im Rahmen des Vollzugs einer Verordnung durch die Mitgliedstaaten der Anwendungsbereich der Charta eröffnet ist. Dies wird grundsätzlich bejaht, da Verordnungen eine allgemeine Geltung beanspruchen, verbindlich sind und unmittelbar in den Mitgliedstaaten gelten²⁰⁹⁵. Um diese letzte Wirkung zu entfalten, müssen die E.U.-Institutionen somit stets hinreichend genaue Verordnungen erlassen. Dies hat zur Folge, dass den Mitgliedstaaten bei Vollzug einer Verordnung in der Regel kein erheblicher Gestaltungsspielraum belassen wird. Sie befinden sich in einer „agency situation“, da sie als dezentralisierte Verwaltungsorgane der Union handeln²⁰⁹⁶. Folglich wird eine „Durchführung des Unionsrechts“ i.S.v. Art. 51 Abs. 1 S. 1 der Charta und mithin die Eröffnung ihres Anwendungsbereichs stets zu bejahen sein, denn die Verbindung zwischen der europäischen Verordnung und dem innerstaatlichen Vollzugsakt ist hinreichend eng²⁰⁹⁷.

²⁰⁹⁵ Art. 288 Abs. 2 AEUV.

²⁰⁹⁶ Der Begriff „agency situation“ wird dabei von J.H.H. WEILER, in: *The Constitution of Europe*, « *Do the new clothes have an emperor?* » and *Other Essays on European Integration*, Cambridge university press, 1999, S. 120 benutzt. S. a.: M. BOROWSKI, in: J. MEYER (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4. Aufl., Baden-Baden, Nomos, 2014, Art. 51, Rn 25; J. KÜHLING, „Grundrechte“, in: A. VON BOGDANDY, J. BAST (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl., Berlin, Springer, 2009, S. 680; C. LADENBURGER, in: P.J. TETTINGER, K. STERN (Hrsg.), *Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta*, München, C.H. Beck, 2006, Art. 51, Rn 26; F. SCHORKOPF, „Grundrechtsverpflichtete“, in: A. HATJE, P.-C. MÜLLER-GRAFF, C. GRABENWARTER (Hrsg.), *Enzyklopädie Europarecht*, Vol. 2: Europäischer Grundrechtsschutz, Baden-Baden, Nomos, 2014, §3, Rn 19; M. RUFFERT, „Die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft als Verpflichtete der Gemeinschaftsgrundrechte“, *EuGRZ*, 1995, Nr. 20-21, S. 527.

²⁰⁹⁷ EuGH, 19.06.1980, Rs. C-41, 121 und 796/79, *Testa*, Slg 1980, 1979, Rn 18; EuGH, 24.03.1994, Rs. C-2/92, *The Queen / Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Dennis Clifford Bostock (Bostock)*, Slg 1995, I-00521, Rn 16; EuGH, 13.04.2000, aff. C-292/97, *Karlsson u.a.*, Slg 2000, I-02737, Rn 27, 35; EuGH, 18.12.2008, Rs. C-349/07, *Sopropé*, Slg 2008, I-10369, Rn 38; Schlussanträge der Generalanwältin Verica Trstenjak v. 22.09.2011, Rn 80, unter EuGH, GK, 21.12.2011, Rs. C-411 und 493/10, *N. S. u.a.*, Slg 2011, I-13905.

620. Diese Überlegungen gelten auch für Beschlüsse i.S.v. Art. 288 Abs. 1 und 4 AEUV. Ursprünglich als individuelle Maßnahme erlassen, weisen Beschlüsse immer auch einen generellen Charakter auf. Nichtsdestotrotz sind Beschlüsse hinreichend präzise und detailliert, um eine Parallele zur Fallkonstellation des Vollzugs einer Verordnung zu ziehen²⁰⁹⁸.

b) Die Umsetzung von Richtlinien

621. Art. 288 Abs. 3 AEUV legt fest, dass *„die Richtlinie (...) für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich [ist], überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel“*. Mithin müssen die Mitgliedstaaten die Richtlinie in nationales Recht umsetzen, um die in den Richtlinien angestrebten Zwecke zu konkretisieren. Generalanwalt *Jean Mischo* hat die Natur der Richtlinie wie folgt zusammengefasst: *„Die Richtlinie dringt sozusagen in das innerstaatliche Recht ein, wo sie eine Bezugsnorm wird, nach der die Umsetzungsmaßnahmen sich zu richten haben. Aber sie tut dies nicht allein. Sie ist untrennbar mit den Normen verbunden, nach denen sie selbst sich zu richten hat und zu denen selbstverständlich die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts gehören“*²⁰⁹⁹. Die Richtlinie zeichnet sich mithin durch eine *„gestufte Verbindlichkeit“* aus²¹⁰⁰. Die nationalen Umsetzungsakte können in den Mitgliedstaaten folglich auch unterschiedlich ausgestaltet sein. Fraglich ist, ob die Anwendung eines solch nationalen Umsetzungsaktes eine *„Durchführung des Unionsrechts“* i.S.v. Art. 51 Abs. 1 S. 1 der Charta darstellt. Dies wird von dem EuGH differenziert beantwortet und ist davon abhängig, wie viel Gestaltungsspielraum die Richtlinie den Mitgliedstaaten belässt.

aa) Die Auswirkung des Gestaltungsspielraums

622. Eine *„Durchführung des Unionsrechts“*, die den Anwendungsbereich der Charta eröffnet, kann nur bejaht werden, wenn die nationalen Umsetzungsakte einen hinreichend

²⁰⁹⁸ H.-D. JARASS, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union unter Einbeziehung der vom EuGH entwickelten Grundrechte und der Grundrechtsregelungen der Verträge: Kommentar*, 3. Aufl., München, C.H. Beck, 2016, Art. 51, Rn 22; C. NOWAK, « (§9) Grundrechtsberechtigte und Grundrechtsadressaten », in: S. HESELHAUS, C. NOWAK (Hrsg.), *Handbuch der europäischen Grundrechte*, 2. Aufl., München, C.H. Beck, 2020, Rn 31; H.-W. RENGELING, P. SZCEKALLA, *Grundrechte in der Europäischen Union - Charta der Grundrechte und Allgemeine Rechtsgrundsätze*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2004, §4, Rn 318; C. BOUTAYEB, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5. Aufl., Issy-Les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, 2015, S. 532.

²⁰⁹⁹ Schlussanträge des Generalanwalts *Jean Mischo* v. 20.09.2001, Rn 57, 58, unter EuGH, 10.07.2003, Rs. C- 20 und 64/00, *Booker Aquaculture und Hydro Seafood*, Slg 2003, I-07411.

²¹⁰⁰ W. SCHROEDER, in: R. STREINZ (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 3. Aufl., München, C.H. Beck, 2018, Art. 288 AEUV, Rn 53.

engen Bezug zu der ursprünglichen unionsrechtlichen Richtlinie aufweisen. Dieser hinreichend enge Bezug kann jedoch je nach Ausgestaltung der Richtlinie variieren. Ein hinreichend enger Bezug wird zunächst bejaht, wenn die Richtlinie unbedingt und hinreichend genau ausgestaltet ist, so dass den Mitgliedstaaten im Rahmen der Umsetzung tatsächlich nur ein sehr begrenzter Gestaltungsspielraum zusteht²¹⁰¹.

623. Des Weiteren ist ein enger Bezug zum Unionsrecht zu bejahen, wenn die Richtlinie den Mitgliedstaaten einen „klassischen“ Gestaltungsspielraum belässt, wie er ursprünglich in Art. 288 Abs. 3 AEUV vorgesehen ist. Demnach wird den Mitgliedstaaten lediglich die Wahl der Form und der Mittel bei der Umsetzung überlassen²¹⁰².

624. Selbst wenn die Richtlinie den Mitgliedstaaten einen beschränkten Gestaltungsspielraum belässt – ohne jedoch unbedingt und hinreichend bestimmt zu sein –, können die nationalen Umsetzungsakte dem Anwendungsbereich der Charta angehören. Dies ist der Fall, wenn Richtlinien: einen beschränkten Gestaltungsspielraum durch Umsetzungsoptionen vorschreiben²¹⁰³, den Mitgliedstaaten eine hiervon abweichende, strengere Regelung zu treffen, erlauben²¹⁰⁴ oder den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eröffnen, von einer Vorschrift der Richtlinie auf spezifische Weise abzuweichen²¹⁰⁵.

625. Zu guter Letzt kann eine Richtlinie den Mitgliedstaaten auch einen sehr weiten Gestaltungsspielraum belassen. In solchen Fällen ist der Anwendungsbereich der Charta hinsichtlich der nationalen Umsetzungsakte nicht stets eröffnet. Hierbei ist wiederum zwischen folgenden Konstellationen zu unterscheiden.

²¹⁰¹ EuGH, 15.05.1986, Rs. C-222/84, *Johnston / Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Slg 1986, 1651; EuGH, 20.05.2003, Rs. C-465/00, 138 und 139/01, *Österreichischer Rundfunk u.a.*, Slg 2003, I-04989.

²¹⁰² EuGH, GK, 27.06.2006, Rs. C-540/03, *Parlament / Rat*, Slg 2006, I-05769, Rn 104, 105; EuGH, 16.07.2009, Rs. C-12/08, *Mono Car Styling*, Slg 2009, I-06653, Rn 48, 49; EuGH, 04.12.2003, Rs. C-63/01, *Evans*, Slg 2003, I-14447, Rn 76; EuGH, 10.04.1984, Rs. C-14/83, *Von Colson und Kamann / Land Nordrhein-Westfalen*, Slg 1984, 1891, Rn 28.

²¹⁰³ EuGH, 06.11.2003, Rs. C-101/01, *Lindqvist*, Slg 2003, I-12971, Rn 83-84; EuGH, GK, 27.06.2006, Rs. C-540/03, *Parlament / Rat*, Slg 2006, I-05769, Rn 102.

²¹⁰⁴ EuGH, 10.07.2003, Rs. C-20 und 64/00, *Booker Aquaculture und Hydro Seafood*, Slg 2003, I-07411, Rn 92.

²¹⁰⁵ EuGH, GK, 27.06.2006, Rs. C-540/03, *Parlament / Rat*, Slg 2006, I-05769, Rn 22, 97 und 105; EuGH, 20.05.2003, Rs. C-465/00, 138 und 139/01, *Österreichischer Rundfunk u.a.*, Slg 2003, I-04989; EuGH, 31.01.2008, Rs. C-380/05, *Centro Europa 7*, Slg 2008, I-00349, Rn 125. Diese Situation wird auch als „Ausnahmetatbestand“ oder „Ermächtigung zur Ausnahme“ von deutschen Literaturstimmen bezeichnet: H.-D. JARASS, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union unter Einbeziehung der vom EuGH entwickelten Grundrechte und der Grundrechtsregelungen der Verträge: Kommentar*, 3. Aufl., München, C.H. Beck, 2016, Art. 51, Rn 21; C. LADENBURGER, in: P.J. TETTINGER, K. STERN (Hrsg.), *Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta*, C.H. Beck, München, 2006, Art. 51, Rn 35; R. STREINZ, W. MICHL, in: R. STREINZ (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 3. Aufl., München, C.H. Beck, 2018, Art. 51 GRCh, Rn 12; B. MAIER, *Grundrechtsschutz bei der Durchführung von Richtlinien – Eine Analyse im Spannungsfeld von Grundrechten der Europäischen Union, nationalen Grundrechten und EMRK-Rechten*, Nomos, Baden-Baden, 2013, S. 73.

Ein hinreichend enger Zusammenhang zwischen Umsetzungsakt und Richtlinie kann erkannt werden, wenn Letztere ein klares, striktes Ziel definiert und der nationale Rechtsakt diesem entspricht²¹⁰⁶. Wenn aber ein Mitgliedstaat aufgrund einer weiten Gestaltungsfreiheit einer Richtlinie eine durch die Europäischen Verträge vorgesehene Ausnahme geltend macht, unterscheidet sich das Bestreben des nationalen Umsetzungsaktes von dem Bestreben der Richtlinie. Folglich wird in diesem Fall der Anwendungsbereich der Charta verneint²¹⁰⁷.

Diese Unterscheidung trifft auch auf Richtlinien zu, die eine Mindestharmonisierung vorsehen. Wenn ein nationaler Umsetzungsakt allein anlässlich einer solchen Richtlinie vorgenommen wird, fällt er in den Anwendungsbereich der Charta²¹⁰⁸. Wenn jedoch die Mindestharmonisierung ursprünglich schon in den Europäischen Verträgen vorgesehen ist, ist die Verbindung zwischen dem nationalen Rechtsakt und dem Unionsrecht zu locker, als dass die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Charta bejaht werden könnte²¹⁰⁹. Somit kann allein aufgrund eines thematischen oder inhaltlichen Bezugs zu einem Europäischen Vertrag kein hinreichend enger Unionsrechtsbezug im Einzelfall etabliert werden²¹¹⁰.

bb) Überschreitung der inhaltlichen Anforderungen einer Richtlinie

626. Die Mitgliedstaaten können Richtliniengebote oft über den Anwendungsbereich der Richtlinie hinausgehend in nationales Recht umsetzen („*überschießende Richtlinienumsetzung*“)²¹¹¹. Ob der Anwendungsbereich der Charta in solchen Fällen eröffnet ist, muss differenziert betrachtet werden.

²¹⁰⁶ EuGH, 17.12.1998, Rs. C-2/97, *IP / Borsana*, Slg 1998, I-08597, Rn 48, 49; EuGH, GK, 29.01.2008, Rs. C- 275/06, *Promusicae*, Slg 2008, I-00271, Rn 67, 68.

²¹⁰⁷ EuGH, 11.03.2003, Rs. C-186/01, *Dory*, Slg 2003, I-02479, Rn 34-36. Siehe auch: EuGH, 26.10.1999, Rs. C- 273/97, *Sirdar*, Slg 1999, I-07403; EuGH, 11.01.2000, Rs. C-285/98, *Kreil*, Slg 2000, I-00069.

²¹⁰⁸ EuGH, 25.03.2004, Rs. C-71/02, *Karner*, Slg 2004, I-03025, Rn 32, 52; EuGH, GK, 18.12.2007, Rs. C- 341/05, *Laval un Partneri*, Slg 2007, I-11767, Rn 59; EuGH, 16.12.2010, Rs. C-149/10, *Chatzi*, Slg 2010, I-08489, Rn 63-75; EuGH, GK, 24.01.2012, Rs. C-282/10, *Dominguez*, Rn 16-19, 48; EuGH, 18.07.2013, Rs. C-234/12, *Sky Italia*, Rn 13.

²¹⁰⁹ EuGH, 17.12.1998, Rs. C-2/97, *IP / Borsana*, Slg 1998, I-08597, Rn 35, 40; EuGH, 14.04.2005, Rs. C-6/03, *Deponiezweckverband Eiterköpfe*, Slg 2005, I-02753, Rn 64.

²¹¹⁰ EuGH, GK, 23.09.2008, Rs. C-427/06, *Bartsch*, Slg 2008, I-07245, Rn 18-25; EuGH, Beschl. vom 17.03.2009, Rs. C-217/08, *Mariano*, Slg 2009, I-00035, Rn 25; EuGH, GK, 04.05.2011, Rs. C-147/08, *Römer*, Slg 2011, I- 03591, Rn 61, 62; EuGH, 07.07.2011, Rs. C-310/10, *Agafitei u.a.*, Slg 2011, I-05989, Rn 35. S. a.: N. CARIAT, *La Charte des droits fondamentaux et l'équilibre constitutionnel entre l'Union européenne et les États membres*, Brüssel, Bruylant, 2016, S. 410.

²¹¹¹ M. HABERSACK, C. MAYER, „(§14) Die überschießende Umsetzung von Richtlinien“, in: K. RIESENHUBER (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 3. Aufl., Berlin, De Gruyter Recht, 2015; W. SCHROEDER, in: R. STREINZ (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 3. Aufl., München, C.H. Beck, 2018, Art. 288 AEUV, Rn 116; B. MAIER, *Grundrechtsschutz bei der Durchführung von Richtlinien – Eine Analyse im Spannungsfeld von Grundrechten der Europäischen Union, nationalen Grundrechten und EMRK-Rechten*, Nomos, Baden-Baden, 2013, S. 95 ff.

Die Anwendung der nationalen Verfahrensregeln im Rahmen der Umsetzung einer Richtlinie stellt eine „*Durchführung des Unionsrechts*“ dar, jedoch nur für die konkreten Anwendungsfälle, die von der Richtlinie vorgegeben sind und nicht im Allgemeinen²¹¹². Ebenso lässt die überschießende Auslegung einer Richtlinie mit übergreifendem Charakter die daraus resultierenden nationalen Situationen in den Anwendungsbereich der Charta eintreten. Diese sogenannten transversalen Richtlinien betreffen hauptsächlich die Bereiche des Diskriminierungsverbots und des Schutzes personenbezogener Daten²¹¹³.

Im Gegensatz zu diesen beiden Fallkonstellationen gehören die Anwendung der Richtlinienregelung auf rein nationale Sachverhalte²¹¹⁴ sowie die Erweiterung nationaler Umsetzungsakte um rein nationale Regelungen²¹¹⁵ („*inhaltliche Übererfüllung von Richtlinien*“)²¹¹⁶ nicht zum Anwendungsbereich der Charta.

cc) Bedeutung der Umsetzungsfrist der Richtlinien

627. Richtlinien treten bereits nach der Veröffentlichung im Amtsblatt der E.U. oder der Unterrichtung der betroffenen Mitgliedstaaten in Kraft; die Umsetzungsfrist spielt hierfür keine Rolle²¹¹⁷. Zwischen Veröffentlichung und dem Ablauf der Umsetzungsfrist ist die Richtlinie zwar in Kraft getreten, entfaltet jedoch nicht ihre volle Wirkung. Für die Anwendbarkeit der Charta gilt – unter Berücksichtigung der oben genannten Kriterien –, dass vor Ablauf der Umsetzungsfrist die nationalen Umsetzungsakte grundsätzlich in den Anwendungsbereich der Charta fallen.

²¹¹² EuGH, 15.05.1986, Rs. C-222/84, *Johnston / Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Slg 1986, 1651, Rn 13-21; EuGH, 12.06.2001, Rs. C-262/99, *Louloudakis*, Slg 2001, I-05547, Rn 67; EuGH, 10.05.2003, Rs. C- 276/01, *Steffensen*, Slg 2003, I-03735, Rn 50, 51, 60-80; EuGH, 22.12.2010, Rs. C-279/09, *DEB*, Slg 2010, I-13849; EuGH, GK, 26.02.2013, Rs. C-617/10, *Åkerberg Fransson*, Rn 26-28; EuGH, 20.12.2017, Rs. C-664/15, *Protect Natur-, Arten- und Landschaftsschutz Umweltorganisation*, Rn 44.

²¹¹³ Diskriminierungsverbot: EuGH, 15.05.1986, Rs. C-222/84, *Johnston / Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Slg 1986, 1651, Rn 26; EuGH, 26.10.1999, Rs. C-273/97, *Sirdar*, Slg 1999, I-07403, Rn 15, 16; EuGH, 11.01.2000, Rs. C-285/98, *Kreil*, Slg 2000, I-00069, Rn 15, 16. Schutz der personenbezogenen Daten: EuGH, 20.05.2003, Rs. C-465/00, 138 und 139/01, *Österreichischer Rundfunk u.a.*, Slg 2003, I-04989; EuGH, 06.11.2003, Rs. C-101/01, *Lindqvist*, Slg 2003, I-12971.

²¹¹⁴ EuGH, 18.10.1990, Rs. C-297/88 und 197/89, *Dzodzi / État belge*, Slg 1990, I-03763, Rn 36-39; EuGH, 08.11.1990, Rs. C-231/89, *Gmurzynska-Bscher / Oberfinanzdirektion Köln*, Slg 1990, I-04003, Rn 24, 25; EuGH, 17.06.1997, Rs. C-28/95, *Leur-Bloem / Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*, Slg 1997, I- 04161, Rn 31-34; EuGH, 17.12.1998, Rs. C-2/97, *IP / Borsana*, Slg 1998, I-08597, Rn 59; EuGH, 10.07.2003, Rs. C-20 und 64/00, *Booker Aquaculture und Hydro Seafood*, Slg 2003, I-07411, Rn 89-92; EuGH, 16.03.2006, Rs. C-3/04, *Poseidon Chartering*, Slg 2006, I-02505, Rn 16; EuGH, 10.12.2009, Rs. C-323/08, *Rodríguez Mayorga u.a.*, Slg 2009, I-11621; EuGH, 21.12.2011, Rs. C-482/10, *Cicala*, Slg 2011, I-14139, Rn 18, 19.

²¹¹⁵ EuGH, 13.06.1996, Rs. C-144/95, *Maurin*, Slg 1996, I-02909, Rn 11, 12; EuGH, 10.12.2002, Rs. C-491/01, *British American Tobacco (Investments) und Imperial Tobacco*, Slg 2002, I-11453, Rn 66; EuGH, 10.07.2014, Rs. C-198/13, *Julian Hernández u.a.*, Rn 30-49.

²¹¹⁶ M. HABERSACK, C. MAYER, „(§14) Die überschießende Umsetzung von Richtlinien“, in: K. RIESENHUBER (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 3. Aufl., Berlin, De Gruyter Recht, 2015, Rn 11.

²¹¹⁷ EuGH, 18.12.1997, Rs. C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie ASBL / Région Wallonne*, Slg 1997, I-07411, Rn 41; EuGH, GK, 04.07.2006, Rs. C-212/04, *Adeneler u.a.*, Slg 2006, I-06057, Rn 118, 119.

In Abwesenheit einer nationalen Richtlinienumsetzung ist das so genannte Prinzip des Frustrationsverbots²¹¹⁸ maßgeblich, wonach die Mitgliedstaaten keine Maßnahmen, die die Verwirklichung der Ziele der Richtlinie beeinträchtigen würden, treffen dürfen²¹¹⁹. Zwar hat der EuGH über die Anwendung der Charta vor Ablauf der Umsetzungsfrist noch nicht entschieden, jedoch ist die Eröffnung des Anwendungsbereichs konsequent: Die Verletzung eines Unionsgrundrechts, das zur Verwirklichung der Richtlinienziele erforderlich ist, würde automatisch die Verwirklichung dieser Richtlinie in Frage stellen²¹²⁰.

Auf nationale Umsetzungsakte, die den oben genannten Kriterien entsprechen, ist die Charta ebenso anzuwenden, sei es, dass der Rechtsakt speziell zur Umsetzung der Richtlinie erfolgt ist oder schon im nationalen Recht vorhanden war²¹²¹. Das Prinzip des Frustrationsverbots ist ebenso anwendbar.

628. Nach Ablauf der Umsetzungsfrist unterfallen grundsätzlich alle nationalen Umsetzungsakte – im Rahmen der oben genannten Kriterien – dem Anwendungsbereich der Charta. Im Falle einer nicht fristgerechten Richtlinienumsetzung kann jedoch die konkrete Anwendung der Charta erschwert sein. Zwar hat der EuGH in diesem Fall entschieden, dass die Richtlinien in den Mitgliedstaaten unmittelbare Wirkung entfalten können, aber dies gilt nur unter Vorbehalt²¹²². Sind diese Bedingungen nicht erfüllt, muss eine richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts erfolgen²¹²³, wobei dies nicht immer möglich ist. In solchen Fällen wird der Anwendungsbereich der Charta eröffnet sein, obwohl sie nicht unmittelbar gilt.

²¹¹⁸ Das Prinzip des Frustrationsverbots stützt sich auf das Prinzip der Loyalität und Art. 4 Abs. 3 S. 3 EUV.

²¹¹⁹ EuGH, 18.12.1997, Rs. C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie ASBL / Région Wallonne*, Slg 1997, I-07411, Rn 45; W. KAHL, in: C. CALLIESS, M. RUFFERT (Hrsg.), *EUV, AEUV – Kommentar*, 5. Aufl., München, C.H. Beck, 2016, Art. 4 EUV, Rn 102; W. MICHL, R. STREINZ, in: R. STREINZ (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 3. Aufl., München, C.H. Beck, 2018, Art. 51 GRCh, Rn 13; C. VEDDER, in: C. VEDDER, W. HEINTSCHEL VON HEINEGG (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht: EUV, AEUV, GRCh, EAGV*, 2. Aufl., Baden-Baden, Nomos, 2018, Art. 4 EUV, Rn 32; J. HEUER, *Artikel 51 Abs. 1 Satz 1 GRC: Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte*, München, Herbert Utz, 2014, S. 216.

²¹²⁰ In diesem Sinne: W. MICHL, R. STREINZ, in: R. STREINZ (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 3. Aufl., München, C.H. Beck, 2018, Art. 51 GRCh, Rn 13; J. HEUER, *Artikel 51 Abs. 1 Satz 1 GRC: Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte*, München, Herbert Utz, 2014, S. 216; C. LATZEL, „Die Anwendungsbereiche des Unionsrechts“, *EuZW*, 2015, Nr. 17, S. 660; T. VON DANWITZ, „Effets juridiques des directives selon la jurisprudence récente de la Cour de justice“, *RTD Eur.*, 2007, Nr. 4, S. 593.

²¹²¹ EuGH, 07.09.2006, Rs. C-81/05, *Cordero Alonso*, Slg 2006, I-07569, Rn 28-32 und 37; EuGH, 17.01.2008, Rs. C-246/06, *Velasco Navarro*, Slg 2008, I-00105, Rn 32, 34.

²¹²² EuGH, 20.05.2003, Rs. C-465/00, 138 und 139/01, *Österreichischer Rundfunk u.a.*, Slg 2003, I-04989, Rn 98.

²¹²³ EuGH, GK, 05.10.2004, Rs. C-397 bis 403/01, *Pfeiffer e.a.*, Slg 2004 I-08835, Rn 114-118; EuGH, GK, 04.07.2006, Rs. C-212/04, *Adeneler u.a.*, Slg 2006, I-06057, Rn 109, 111 und 113.

Im Falle einer nachträglichen Änderung des nationalen Umsetzungsakts bleibt für die Mitgliedstaaten die Umsetzungspflicht des Unionsrechts bestehen²¹²⁴. Die neue, bzw. geänderte Regelung gehört konsequenterweise immer noch dem Anwendungsbereich der Charta an²¹²⁵.

2. Die mitgliedstaatliche Beeinträchtigung der Grundfreiheiten

629. Die mitgliedstaatliche Beeinträchtigung der Grundfreiheiten betrifft im Regelfall den Eingriff in eine wirtschaftliche Grundfreiheit der Union (Warenverkehrsfreiheit, Personenfreizügigkeit, Dienstleistungsfreiheit, sowie Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit) durch eine nationale Maßnahme. Dieser Anwendungsfall der Charta schließt jedoch auch die besondere Rechtsprechung ein, die im Rahmen von Beeinträchtigungen der Unionsbürgerschaft ergangen ist.

Hinsichtlich der Fallkonstellation, dass eine innerstaatliche Maßnahme eine Grundfreiheit der Union beschränkt, ist der Anwendungsbereich der Charta am umstrittensten, denn es handelt sich um keine „Durchführung des Unionsrechts“ im engeren Sinne. Laut Rechtsprechung des EuGH ist jedoch die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Charta in einer solcher Situation unverzichtbar, um eines der wichtigsten Ziele der Union sicherzustellen: die Schaffung und der Erhalt eines gemeinsamen Europäischen Binnenmarkts.

a) Die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Grundfreiheiten

630. Durch die Anwendbarkeit der Charta soll somit die Aufrechterhaltung der vier wirtschaftlichen Grundfreiheiten gesichert werden.

In solchen Fällen wird in einem ersten Schritt festgestellt, ob ein nationaler Rechtsakt in eine Grundfreiheit eingreift. Dafür muss der Anwendungsbereich der betroffenen Grundfreiheit eröffnet sein. Dies bedeutet insbesondere, dass die effektive Ausübung der Freiheit durch eine innerstaatliche Maßnahme behindert wird²¹²⁶.

Wenn ein Eingriff bejaht wird, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob der Eingriff gerechtfertigt ist. Zunächst wird hierfür geprüft, ob eine Rechtfertigung in den europäischen

²¹²⁴ Die Umsetzungspflicht resultiert aus dem Loyalitätsprinzip und den Artt. 288 Abs. 3 AEUV und 4 Abs. 3 EUV.

²¹²⁵ EuGH, GK, 22.11.2005, Rs. C-144/04, *Mangold*, Slg 2005, I-09981, Rn 51.

²¹²⁶ EuGH, 29.05.1997, Rs. C-299/95, *Kremzow / Republik Österreich*, Slg 1997, I-02629, Rn 16; EuGH, 08.11.2012, Rs. C-40/11, *Iida*, Rn 77; EuGH, Beschl. vom 19.06.2014, Rs. C-370/13, *Teisseyre*, Rn 35.

Verträgen vorgesehen ist²¹²⁷. Dazu zählen insbesondere der Schutz der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Sicherheit und des Gesundheitsschutzes, sowie der von der Rechtsprechung entwickelte Schutz des öffentlichen Interesses²¹²⁸. Dabei ist jedoch zu beachten, dass der EuGH allen Mitgliedstaaten aufgrund ihrer kulturellen, sittlichen und religiösen Erwägungen teilweise ein eigenes und unterschiedliches Verständnis von diesen Grundprinzipien zuerkennt²¹²⁹. Des Weiteren wird geprüft, ob der Eingriff den Grundprinzipien des Unionsrechts, insbesondere den Unionsgrundrechten und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, entspricht. Die Charta spielt somit in dieser zweiten Prüfungsphase eine Rolle: Der Schutz eines Unionsgrundrechts kann einen Eingriff rechtfertigen (Schranke); die Rechtfertigung eines Eingriffs muss den Grundrechten der Charta entsprechen (Schranken-Schranke).

631. Die Grundrechte der Charta sind folglich in der Lage wirtschaftliche Unionsgrundfreiheiten zu beschränken, wenn dies für die Aufrechterhaltung unter anderem der öffentlichen Ordnung oder des öffentlichen Interesses notwendig ist. In diesem Sinne rechtfertigen sie die durch nationale Rechtsakte verursachten Eingriffe in die Grundfreiheiten, da sie widerstreitende Interessen schützen²¹³⁰.

632. Die Unionsgrundrechte vermögen andererseits die Grundfreiheiten zu schützen, wenn deren Eingriff im Lichte ihrer Schrankenwirkung nicht zu rechtfertigen ist. In diesem Fall sind die Interessen des betroffenen Grundrechts und der Grundfreiheit gleichgelagert²¹³¹. Es stellt sich aber insoweit immer wieder die Frage, ob die Rechtfertigung *im Lichte* des Grundrechts auszulegen ist oder ob sie wirklich *im Einklang* mit dem Grundrecht stehen soll²¹³².

²¹²⁷ EuGH, 12.06.2003, Rs. C-112/00, *Schmidberger*, Slg 2003, I-05659, Rn 77, 78; EuGH, 14.10.2004, Rs. C-36/02, *Omega*, Slg 2004, I-09609, Rn 37; EuGH, GK, 11.12.2007, Rs. C-438/05, *International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union*, Slg 2007, I-10779, Rn 75.

²¹²⁸ EuGH, 20.02.1979, Rs. C-120/78, *Cassis de Dijon*, Slg 1979, 649, Rn 8, 14.

²¹²⁹ EuGH, 12.06.2003, Rs. C-112/00, *Schmidberger*, Slg 2003, I-05659, Rn 89, 93; EuGH, 14.10.2004, Rs. C-36/02, *Omega*, Slg 2004, I-09609, Rn 37; EuGH, 14.02.2008, Rs. C-244/06, *Dynamic Medien*, Slg 2008, I-00505, Rn 44.

²¹³⁰ EuGH, 15.12.1995, Rs. C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association u.a. / Bosman u.a.*, Slg 1995, I-04921; EuGH, 12.06.2003, Rs. C-112/00, *Schmidberger*, Slg 2003, I-05659; EuGH, 14.10.2004, Rs. C-36/02, *Omega*, Slg 2004, I-09609; EuGH, GK, 11.12.2007, Rs. C-438/05, *International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union*, Slg 2007, I-10779; EuGH, 14.02.2008, Rs. C-244/06, *Dynamic Medien*, Slg 2008, I-00505; EuGH, 22.12.2010, Rs. C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, Slg 2010, I-13693; EuGH, 02.06.2016, Rs. C-438/14, *Bogendorff von Wolffersdorff*.

²¹³¹ EuGH, 28.10.1975, Rs. C-36/75, *Rutili / Ministre de l'intérieur*, Slg 1975, 1219; EuGH, 18.06.1991, Rs. C-260/89, *ERT / DEP*, Slg 1991, I-02925; EuGH, 04.10.1991, Rs. C-159/90, *Society for the protection of unborn children Ireland / Grogan u.a.*, Slg 1991, I-04685; EuGH, 11.06.2002, Rs. C-60/00, *Carpenter*, Slg 2002, I-06279; EuGH, GK, 12.03.2014, Rs. C-457/12, *S. und G.*; EuGH, 30.04.2014, Rs. C-390/12, *Pfleger u.a.*

²¹³² EuGH, 18.06.1991, Rs. C-260/89, *ERT / DEP*, Slg 1991, I-02925, Rn 43; EuGH, 11.06.2002, Rs. C-60/00, *Carpenter*, Slg 2002, I-06279, Rn 40. Zu diesem Thema, s. a.: L. XENOU, *Les principes généraux du droit de l'Union européenne et la jurisprudence administrative française*, Paris, Bruylant, 2017, S. 117.

b) Die Beeinträchtigung der Unionsbürgerschaft

633. Im Übrigen hat der EuGH eine weitere Fallgruppe dem Anwendungsbereich der Charta zugeordnet. Diese betrifft die Beeinträchtigungen einiger, aus der Unionsbürgerschaft abgeleiteter Rechte. Sie bezieht sich auf die Ausübung der Freizügigkeit, wenn das abgeleitete Aufenthaltsrecht der Familienmitglieder sich auch im Falle einer Rückkehr in den Herkunftsmitgliedstaat des.r Unionsbürgers.in anwendet und wenn der.ie Unionsbürger.in die Staatsangehörigkeit des Mitgliedstaats, in dem er.sie ansässig ist, annimmt. Diese Fallgruppe bezieht sich ebenfalls auf das Bestehen der Unionsbürgerschaft. So ist im Falle des Verlustes der Unionsbürgerschaft oder der Verhinderung des Aufenthaltsrechts auf dem Unionsgebiet der Anwendungsbereich der Charta eröffnet.

634. Um die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Charta in diesen Fällen bejahen zu können, hat der EuGH zunächst das für die wirtschaftlichen E.U.-Grundfreiheitsbeeinträchtigungen notwendige Erfordernis eines Auslandsbezuges modifiziert. Für die der Unionsbürgerschaft zugrunde liegenden Rechte wurde das Erfordernis eines Auslandsbezuges vollständig erlassen²¹³³ und hinsichtlich des abgeleiteten Aufenthaltsrechts gelockert²¹³⁴.

Sodann hat der EuGH ein neues Kriterium geschaffen, resultierend aus der bestehenden Gefahr, dass den Unionsbürgern der tatsächliche Genuss des Kernbestands ihrer Rechte, verliehen durch den Unionsbürgerstatus, verwehrt wird. Allein diese Tatsache kann die Anwendbarkeit des Unionsrechts und der Charta begründen²¹³⁵. Damit nimmt der EuGH auf Fälle der Rücknahme der Unionsbürgerschaft²¹³⁶ und der Verpflichtung das Unionsgebiet zu verlassen, Bezug²¹³⁷.

²¹³³ EuGH, GK, 02.02.2010, Rs. C-135/08, *Rottmann*, Slg 2010, I-01449; EuGH, GK, 08.03.2011, Rs. C-34/09, *Ruiz Zambrano*, Slg 2011, I-01177.

²¹³⁴ EuGH, GK, 11.12.2007, Rs. C-291/05, *Eind*, Slg 2007, I-10719; EuGH, GK, 12.03.2014, Rs. C-456/12, *O.*; EuGH, GK, 14.11.2017, Rs. C-165/16, *Lounes*; EuGH, GK, 05.06.2018, Rs. C-673/16, *Coman u.a.*; EuGH, 27.06.2018, Rs. C-230/17, *Deha Altiner und Ravn*.

²¹³⁵ EuGH, GK, 08.03.2011, Rs. C-34/09, *Ruiz Zambrano*, Slg 2011, I-01177, Rn 42; EuGH, 05.05.2011, Rs. C-434/09, *McCarthy*, Slg 2011, I-03375, Rn 47; EuGH, GK, 15.11.2011, Rs. C-256/11, *Dereci u.a.*, Slg 2011, I-11315, Rn 66, 67; EuGH, 08.11.2012, Rs. C-40/11, *Iida*, Rn 71; EuGH, 08.05.2013, Rs. C-87/12, *Ymeraga und Ymeraga-Tafarshiku*, Rn 36; EuGH, 10.10.2013, Rs. C-86/12, *Alokpa und Moudoulou*, Rn 32; EuGH, GK, 13.09.2016, Rs. C-165/14, *Rendón Marín*, Rn 72; EuGH, GK, 13.09.2016, Rs. C-304/14, *CS*, Rn 29; EuGH, GK, 10.05.2017, Rs. C-133/15, *Chavez-Vilchez u.a.*, Rn 63.

²¹³⁶ EuGH, GK, 02.02.2010, Rs. C-135/08, *Rottmann*, Slg 2010, I-01449.

²¹³⁷ EuGH, GK, 08.03.2011, Rs. C-34/09, *Ruiz Zambrano*, Slg 2011, I-01177, Rn 44; EuGH, 05.05.2011, Rs. C-434/09, *McCarthy*, Slg 2011, I-03375, Rn 47; EuGH, GK, 15.11.2011, Rs. C-256/11, *Dereci u.a.*, Slg 2011, I-11315, Rn 64, 65; EuGH, 08.11.2012, Rs. C-40/11, *Iida*, Rn 71; EuGH, 08.05.2013, Rs. C-87/12, *Ymeraga und Ymeraga-Tafarshiku*, Rn 36; EuGH, 10.10.2013, Rs. C-86/12, *Alokpa et Moudoulou*, Rn 32; EuGH, GK, 13.09.2016, Rs. C-165/14, *Rendón Marín*, Rn 72; EuGH, GK, 13.09.2016, Rs. C-304/14, *CS*, Rn 29; EuGH, GK, 10.05.2017, Rs. C-133/15, *Chavez-Vilchez u.a.*, Rn 63.

III. Fazit

635. Gemäß der Rechtsprechung des EuGH erfolgt die Bestimmung des Anwendungsbereichs der Charta anhand funktioneller Kriterien, im Wesentlichen den Erfordernissen der unionsrechtlichen Zielsetzungen. Dieses Auslegungskriterium beruht auf der dynamischen Formulierung des europäischen Projekts in den Verträgen. Um somit den Anwendungsbereich der Charta und deren Fallgruppen zu bestimmen, ist es erforderlich die Verbindung zwischen einem konkreten Sachverhalt und dem Unionsrecht festzustellen, sowie die Konsequenzen der Eröffnung des Anwendungsbereichs auf die Rechtsordnung der E.U. zu berücksichtigen.

Die Vorgehensweise des EuGH entspricht jedoch nicht den Auslegungsansätze der deutschen und französischen Gerichte. Die Gegenüberstellung der nationalen Rechtsprechungen zeigt, dass die Auslegungskriterien je nach Rechtsordnung (Mitgliedsstaat oder E.U.) variieren.

C. Die deutsche und französische Rechtsprechung zum Anwendungsbereich der Charta

636. Die nationalen Gerichte haben, wie schon oben gesehen, die Rolle einer „unionsrechtlichen Gerichtsbarkeit“ inne, so dass ihnen trotz der alleinigen Auslegungshoheit des EuGH gem. Art. 267 AEUV die Aufgabe zukommt, die Charta anzuwenden und zu interpretieren. Aus diesem Grund ist die Auslegungshoheit des EuGH in zweifacher Hinsicht beschränkt. Zum einen sind nationale Gerichte sowohl durch nationales Recht, als auch durch Unionsrecht gebunden. Im Rahmen widerstreitender Interessen kann jedoch beobachtet werden, dass die Anwendung des nationalen Rechts oft bevorzugt wird. Dies kann auf die Treue zu der eigenen nationalen Rechtsordnung und der besseren Kenntnis des nationalen Rechts zurückgeführt werden. Zum anderen ist die Frage des Vorrangs des nationalen bzw. des Unionsrechts nicht endgültig geklärt. Mithin können die Gerichte entweder ihr nationales Verfassungsrecht oder das Primärrecht der Union privilegieren.

637. Zur Beantwortung der Frage des Anwendungsbereichs der Charta haben sowohl die deutsche, als auch die französische Rechtsprechung eigene Lösungsansätze entwickelt, die sich mit Blick auf deren nationale Verfassungskonzeptionen erklären. Diese werden zunächst dargestellt, um in einem zweiten Schritt die nationalen Rechtsprechungslinien

zum Anwendungsbereich der Charta in Anlehnung an die oben genannten Fallkonstellationen vorzustellen.

I. Auswirkung der unterschiedlichen Verfassungskonzeptionen in Deutschland und Frankreich auf die Auslegung des Anwendungsbereichs der Charta

1. Die schriftliche Konstitutionalisierung des Unionsrechts in den nationalen Verfassungsordnungen

638. Mit Konstitutionalisierung des Unionsrechts wird auf die Änderungen der nationalen Verfassungen Bezug gemeint, um das Unionsrecht in die nationalen Rechtsordnungen einzuführen. Dabei unterscheiden die nationalen Verfassungen zwischen dem Unions- und dem Völkerrecht. Dieser Konstitutionalisierungsprozess hat sich je nach Mitgliedstaat und auch aufgrund der Besonderheiten der europäischen Rechtsordnung (eigen, aber notwendigerweise in die nationalen Rechtsordnungen integriert) auf unterschiedliche Weise vollzogen. Somit nimmt das Unionsrecht in den nationalen Verfassungen jeweils eine unterschiedliche Stellung ein.

639. In Deutschland wurde 1992 mit der Neufassung des Art. 23 GG das Unionsrecht schriftlich konstitutionalisiert. Sein Absatz 1 ist sehr allgemein gehalten und erwähnt keinen Unionsvertrag ausdrücklich. Hiermit sollen die Möglichkeiten einer dynamischen Entwicklung der E.U. gefördert werden. Die Förderung einer europäischen Integration wurde auch zum Staatsziel ernannt²¹³⁸. Gleichzeitig bettet Art. 23 GG die Grundprinzipien der E.U. in einen nationalen Kontext ein, so dass im Ergebnis eine national geprägte Auslegung dieser Grundprinzipien erfolgen kann. So ist allein das BVerfG ermächtigt das Grundgesetz und dessen Bestimmungen, mithin auch den „Europa-Artikel“ aus Art. 23 GG, auszulegen. Darüber hinaus macht Art. 23 Abs. 1 S. 1 HS 2 GG die Teilnahme Deutschlands an der Entwicklung der E.U. von einem, dem GG vergleichbaren, unionsrechtlichen Grundrechtsschutz abhängig. Dies hat überraschenderweise zur Folge, dass damit das GG als Maßstab des Unionsrechts postuliert wird²¹³⁹. Letztendlich verweist Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG auf die Ewigkeitsgarantie aus Art. 79 Abs. 3 GG für die Begründung der E.U. sowie für Änderungen ihrer vertraglichen Grundlagen und vergleichbarer Regelungen, durch die gleichzeitig das GG geändert oder ergänzt wird. Demnach ist eine Änderung des GG, durch welche insbesondere die in den Artikeln 1 und

²¹³⁸ J. LIMBACH, *Das Bundesverfassungsgericht*, 2. Aufl., München, C.H. Beck, 2010, S. 80.

²¹³⁹ É. LAGRANGE, A.-M. THÉVENOT-WERNER, „Allemagne“, in: L. BURGORGUE-LARSEN (Hrsg.), *La Charte des droits fondamentaux saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2017, S. 36.

20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, unzulässig. Dies gilt insbesondere, da die E.U.-Verträge in Deutschland nur im Rang eines einfachen Integrationsgesetzes stehen, auch wenn das BVerfG ihnen Anwendungsvorrang eingeräumt hat²¹⁴⁰. Die inhaltliche Ausgestaltung des Art. 23 Abs. 1 GG hat zur Folge, dass das geltende Unionsrecht unter einem weiten Kontrollvorbehalt des BVerfG steht und dem europäischen Integrationsprozess absolute Schranken gesetzt werden. Dies führt zu einer begrenzten Flexibilität der Verfassung hinsichtlich des Unionsrechts.

640. Im selben Jahr wurde das Unionsrecht in Frankreich in dem Titel XV, „Die Europäische Union“, der Verfassung der V. Republik konstitutionalisiert²¹⁴¹. Art. 88-1 bildet die Generalklausel der Konstitutionalisierung und besagt, dass die Französische Republik Teil der E.U. ist. Die ausdrückliche Nennung des Vertrages über die E.U. (i.F. EUV), des AEUV sowie des Vertrages von Lissabon in diesem Artikel führt dazu, dass im Falle einer Änderung der unionsrechtlichen Vertragsgrundlagen gleichzeitig die französische Verfassung geändert werden muss. Im Vergleich zu Art. 23 GG ist Art. 88-1 der französischen Verfassung sehr knapp und fordert keine Bedingung für das Mitwirken an der E.U. Der Conseil constitutionnel hat jedoch in seiner Rechtsprechung allein auf Grundlage dieses Artikels eine Schranke für eine Kompetenzübertragung geschaffen. Demnach darf eine Kompetenzübertragung die wesentlichen Voraussetzungen der nationalen Souveränitätsausübung („*conditions essentielles d'exercice de la souveraineté*“) nicht beeinträchtigen²¹⁴². Eine solche Beeinträchtigung kann jedoch letztendlich durch eine Verfassungsänderung stets überwunden werden. Im Ergebnis wirkt Art. 88-1 der französischen Verfassung aufgrund der immerwährenden Möglichkeit, die Verfassung zu ändern, flexibler²¹⁴³ als die Ewigkeitsklausel aus Art. 23 Abs. 1 S. 2 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG. Im Hinblick auf den in Frankreich herrschenden monistischen Bezug zum Völkerrecht sind die E.U.-Verträge innerhalb des innerstaatlichen Rechts im Rang einer, der Verfassung unterstehenden, aber einfachen Gesetzen vorstehenden Norm.

2. Die Prüfung des Unionsrechts durch die Verfassungsgerichte

641. Die Konstitutionalisierung des Unionsrechts in den nationalen Rechtsordnungen wirkt sich auf die inhaltliche Prüfung des Unionsrechts durch die nationalen

²¹⁴⁰ BVerfG, 22.10.1986, 2 BvR 197/83, *Solange II*, BVerfGE 73, 339, Rn 103.

²¹⁴¹ Die Verfassung der V. Französischen Republik besteht aus 89 Artikeln, die in 16 Titel gegliedert sind.

²¹⁴² Cons. const., 09.04.1992, Rs. Nr. 92-308 DC, *Traité sur l'Union européenne*, Rn 9-15 und 40-45.

²¹⁴³ J. RIDOT, F. PICOD, in: F. LUCHAIRE, G. CONAC, X. PRETOT (Hrsg.), *La Constitution de la République française: analyses et commentaires*, 3^{ème} éd., Paris, Economica, 2008, Art. 88-1, S. 1870.

Verfassungsgerichte aus. Die Kontrollmöglichkeiten sind in Deutschland und Frankreich in unterschiedlicher Weise beschränkt.

a) Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit durch das BVerfG

642. Die Rechtsprechung des BVerfG zum Anwendungsbereich der Charta ist eindeutig. Laut Art. 23 Abs. 1 GG ist der Anwendungsvorrang des Unionsrecht von drei Anforderungen abhängig: der E.U.-Grundrechtsschutz soll mindestens dem Schutz des GG entsprechen, das Unionsrecht darf zudem nicht der nationalen Verfassungsidentität zuwiderlaufen und die europäischen Institutionen dürfen die ihnen verliehenen, begrenzten Kompetenzen nicht überschreiten. Jeder Prüfungspunkt ermöglicht, wie weiter unten zu sehen sein wird, eine mittelbare Kontrolle des Anwendungsbereichs der Charta.

Eine Überprüfung von europäischen Maßnahmen durch das BVerfG kann abgelehnt werden, solange die E.U. einen „*vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im wesentlichen gleichzuachtenden*“ Schutz gewährleistet²¹⁴⁴. Seit dem Inkrafttreten der Charta hat dieser Prüfungspunkt jedoch an Bedeutung verloren²¹⁴⁵. Eine Prüfung erfolgt aber dennoch, wenn ein unionsrechtlicher Rechtsakt in die nationale Verfassungsidentität im Sinne der Ewigkeitsgarantie aus Art. 79 Abs. 3 GG eingreift²¹⁴⁶. Die Verfassungsidentität setzt sich insbesondere aus den Grundrechten und dem Demokratieprinzip zusammen. Zu guter Letzt nimmt der BVerfG eine *ultra-vires*-Prüfung vor. Diese bezieht sich nicht unmittelbar auf den Grundrechtsschutz, kann jedoch eine Auswirkung auf diesen haben. Es geht darum zu prüfen, ob die E.U. im Rahmen eines Unionsrechtsakts innerhalb der ihr übertragenen Kompetenzen gehandelt hat²¹⁴⁷.

643. In diesem Prüfverfahren ist die Charta nicht unmittelbar anzuwenden, da Prüfungsmaßstab allein das nationale Verfassungsrecht ist. Jedoch erfolgt im Rahmen der obengenannten Prüfungen im Rahmen von Art. 23 Abs. 1 GG eine mittelbare Kontrolle.

²¹⁴⁴ BVerfG, 29.05.1974, 2 BvL 52/71, *Solange I*, BVerfGE 37, 271, Rn 56; BVerfG, 22.10.1986, 2 BvR 197/83, *Solange II*, BVerfGE 73, 339, Rn 132; BVerfG, 07.06.2000, 2 BvL 1/97, *Bananenmarkt*, BVerfGE 102, 147, Leitsatz Nr. 1 und Rn 54.

²¹⁴⁵ Das BVerfG hat schon den zuvor geltenden allgemeinen Grundsätzen ein hinreichendes Schutzniveau zugesprochen: BVerfG, 22.10.1986, 2 BvR 197/83, *Solange II*, BVerfGE 73, 339, Rn 107; BVerfG, 07.06.2000, 2 BvL 1/97, *Bananenmarkt*, BVerfGE 102, 147, Leitsätze Nr. 1, 2.

²¹⁴⁶ BVerfG, 30.06.2009, 2 BvE 2/08, *Lissabon*, BVerfGE 123, 267, Rn 216-218; BVerfG, 19.07.2011, 1 BvR 1916/09, BVerfGE 129, 78; BVerfG, 07.09.2011, 2 BvR 987/10, *Europäische Finanzstabilisierung*, BVerfGE 129, 124; BVerfG, 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, *Europäischer Haftbefehl II*, BVerfGE 140, 317; BVerfG, 06.09.2016, 2 BvR 890/16, *Europäischer Haftbefehl III*, DÖV 2016, 1006; BVerfG, 23.01.2017, 2 BvR 2584/12, NJW 2017, 1731.

²¹⁴⁷ BVerfG, 12.10.1993, 2 BvR 2134/92, 2159/92, *Maastricht*, BVerfGE 89, 155; BVerfG, 06.07.2010, 2 BvR 2661/06, *Honeywell*, BVerfGE 126, 286; BVerfG, 21.06.2016, 2 BvR 2728/13, *OMT Programm*, BVerfGE 142, 123; BVerfG, 30.07.2019, 2 BvR 1685/14, 2631/14, *Anleihenkaufprogramm der EZB*, NJW 2019, 3204; BVerfG, 05.05.2020, 2 BvR 859/15, 980/16, 2006/15, 1651/15, *EZB-Kaufprogramm*, NVwZ 2020, 857.

Zur Frage, ob ein Eingriff in Art. 23 Abs. 1 GG gerechtfertigt ist, greift das BVerfG auf Unionsrecht, bzw. die Charta, zurück. In diesem Zusammenhang hat er lange die Frage des Anwendungsbereichs der Charta umfassend durch Begründung der so genannten Trennungs- bzw. Alternativitätsthese beantwortet. Demnach war jeder nationale Umsetzungsakt bezüglich einer unbedingten und hinreichend genauen europäischen Regelung am Maßstab der Unionsgrundrechte zu messen. Hingegen waren nationale Umsetzungsakte bezüglich einer europäischen Bestimmung mit weitem Gestaltungsspielraum allein am Maßstab der nationalen Grundrechte zu prüfen²¹⁴⁸. Dies wurde jedoch anlässlich der Anerkennung einer unmittelbaren Kontrolle anhand der Charta aufgegeben.

644. Gemäß der Entscheidungen *Recht auf Vergessen I* und *II* gibt es nun zusätzlich zu den indirekten Prüfungen auch die Möglichkeit eine unmittelbare Prüfung durchzuführen.²¹⁴⁹ Das Bundesverfassungsgericht erachtet sich für die Prüfung nationaler Maßnahmen, die Unionsrechts durchführen, zuständig. Dies führt zur Schaffung einer neuen Instanz für den europäischen Grundrechtsschutz. Ob dies zu einer besseren Wahrung der Grundrechte der Charta führen wird, bleibt noch fraglich. Fraglich ist auch, wie in Zukunft die Zusicherung des Bundesverfassungsgerichts mit dem EuGH, insbesondere in Form von Vorabentscheidungsersuchen, zu kooperieren umgesetzt wird.

Im Gegensatz zur Trennungsthese sind darüber hinaus die nationalen und europäischen Grundrechte nun kumulativ anwendbar. Dies bedeutet, dass die Anwendungsbereiche der Grundrechte des Grundgesetzes und der Charta sich gewissermaßen überlagern. Nationale Umsetzungsakte bezüglich einer unbedingten und hinreichend genauen europäischen Regelung sind immer noch am Maßstab der Charta zu messen. Von unbedingten und hinreichend genauen Regelungen kann man sprechen, wenn ihre Bestimmungen „determiniert“²¹⁵⁰ sind. Dies bedeutet, dass sie „zwingende Vorgaben“²¹⁵¹ für die Mitgliedstaaten vorsehen müssen. Hingegen gehören nationale Umsetzungsakte bezüglich einer europäischen Bestimmung mit Gestaltungsspielraum nun den Anwendungsbereich der Charta und des Grundgesetzes, obwohl sie weiter primär am Maßstab des Grundgesetzes zu messen sind. Das Bundesverfassungsgericht spricht von

²¹⁴⁸ BVerfG, 24.04.2013, 1 BvR 1215/07, *Antiterrordateigesetz*, BVerfGE 133, 277, Rn 90.

²¹⁴⁹ BVerfG, 06.11.2019, 1 BvR 16/13, *Recht auf Vergessen I*, NJW 2020, 300; BVerfG, 06.11.2019, 1 BvR 276/17, *Recht auf Vergessen II*, NJW 2020, 314.

²¹⁵⁰ BVerfG, 02.03.2010, 1 BvR 256/08, 263/08 und 586/08, *Vorratsdatenspeicherung*, BVerfGE 125, 260, Rn 182; BVerfG, 19.07.2011, 1 BvR 1916/09, BVerfGE 129, 78, Rn 53, 54 und 88.

²¹⁵¹ BVerfG, 11.03.2008, 1 BvR 256/08, *Vorratsdatenspeicherung*, BVerfGE 121, 1; BVerfG, 17.01.2017, 2 BvB 1/13, *Parteiverbot*, BVerfGE 144, 20.

Gestaltungsspielraum, wenn „das Unionsrecht dieser Gestaltung aber einen hinreichend gehaltvollen Rahmen setzt, der erkennbar auch unter Beachtung der Unionsgrundrechte konkretisiert werden soll“²¹⁵². Dies entspricht aber nicht der Definition des Gestaltungsspielraums des EuGH.

b) Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit durch den Conseil constitutionnel

645. Im Unterschied zur Rechtsprechung des BVerfG ist die Rechtsprechung des Conseil constitutionnel nicht eindeutig. In Frankreich kontrolliert der Conseil constitutionnel zum gegenwärtigen Stand nur die Vereinbarkeit von sekundärrechtlichen Umsetzungsgesetzen mit dem Unionsrecht, da er theoretisch nur Gesetze überprüfen kann, die vom Gesetzgeber angenommen wurden. Diese Prüfung erfolgt aber nur im Falle von Umsetzungsgesetzen hinsichtlich unbedingter und hinreichend genauer Richtlinien, sowie Richtlinien mit Gestaltungsspielraum²¹⁵³ und Durchführungsgesetzen von Verordnungen²¹⁵⁴. Die Prüfung wird seit der Entscheidung *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* aus dem Jahre 2004 auf Art. 88-1 der französischen Verfassung gestützt und begründet ein verfassungsmäßiges Gebot zur Richtlinienumsetzung, bzw. zum Verordnungsvollzug. Es wird überprüft, ob das nationale Umsetzungs- bzw. Durchführungsgesetz mit der europäischen Richtlinie bzw. Verordnung kongruent ist²¹⁵⁵. Dieses verfassungsmäßige Gebot unterliegt jedoch zwei Schranken. So gilt das Gebot der Richtlinienumsetzung bzw. des Verordnungsvollzuges nicht, wenn das Umsetzungs- bzw. Durchführungsgesetz einer Vorschrift, bzw. einem Prinzip, das der Verfassungsidentität inhärent ist, zuwiderläuft, außer wenn hierfür eine Zustimmung der verfassungsgebenden Gewalt vorliegt²¹⁵⁶. Darüber hinaus beschränkt sich die Möglichkeit

²¹⁵² BVerfG, 06.11.2019, 1 BvR 16/13, *Recht auf Vergessen I*, NJW 2020, 300, Rn 44.

²¹⁵³ Cons. const., 01.07.2004, Rs. Nr. 2004-497 DC, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, Rn 18-20; Cons. const., 30.11.2006, Rs. Nr. 2006-543 DC, *Loi relative au secteur de l'énergie*, Rn 3-9; Cons. const., 19.06.2008, Rs. Nr. 2008-564 DC, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, Rn 42-47; Cons. const., 09.06.2011, Rs. Nr. 2011-631 DC, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, Rn 42-56; Cons. const., 21.01.2016, Rs. Nr. 2015-727 DC, *Loi de modernisation de notre système de santé*, Rn 4-7; Cons. const., 26.06.2018, Rs. Nr. 2018-768 DC, *Loi relative à la protection du secret des affaires*, Rn 2-3, 9 und 12-15.

²¹⁵⁴ Cons. const., 12.06.2018, Rs. Nr. 2018-765 DC, *Loi relative à la protection des données personnelles*, Rn 3, 4; Cons. const., 26.07.2018, Rs. Nr. 2018-768 DC, *Loi relative à la protection du secret des affaires*, Rn 3, 4.

²¹⁵⁵ Cons. const., 10.06.2004, Rs. Nr. 2004-496 DC, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, Rn 7.

²¹⁵⁶ *Ibid.*, Rn 7; Cons. const., 01.07.2004, Rs. Nr. 2004-497 DC, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, Rn 18; Cons. const., 29.07.2004, Rs. Nr. 2004-498 DC, *Loi relative à la bioéthique*, Rn 4; Cons. const., 29.07.2004, Rs. Nr. 2004-499 DC, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, Rn 7; Cons. const., 27.07.2006, Rs. Nr. 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, Rn 19. Bestätigt u.a. von: Cons. const., 30.11.2006, Rs. Nr. 2006-543 DC, *Loi relative au secteur de l'énergie*, Rn 6; Cons. const., 19.06.2008, Rs. Nr. 2008-564 DC, *Loi relative aux organismes*

der Prüfung auf eine offenkundige Unvereinbarkeitskontrolle des nationalen Umsetzungsgesetzes mit der Richtlinie bzw. Verordnung²¹⁵⁷.

Bezüglich der nationalen Umsetzungs- bzw. Durchführungsgesetze einer unbedingten und hinreichend genauen europäischen Norm übt der Conseil constitutionnel nur diese Prüfung des verfassungsmäßigen Gebots zur Richtlinienumsetzung bzw. zum Verordnungsvollzug aus. Bezüglich der Umsetzungs- bzw. Durchführungsgesetze einer europäischen Norm mit Gestaltungsspielraum wird diese Prüfung zusätzlich zu der allgemeinen Verfassungsprüfung vorgenommen, da das nationale Gesetz nicht allein von Unionsrecht bestimmt ist.

646. Im Rahmen dieser Prüfung nimmt der Conseil constitutionnel selten explizit auf die Charta und deren Anwendungsbereich Bezug. Der Grund hierfür liegt wahrscheinlich in dem Bestreben, keine eigene Prüfung des Primärrechts vorzunehmen²¹⁵⁸. Die hierzu ergangene Rechtsprechung eignet sich auch nicht besonders für die Auslegung des Anwendungsbereichs der Charta, da nur auf die Frage, ob der Conseil constitutionnel für die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit einer nationalen Umsetzungs- bzw. Durchführungsmaßnahme zuständig ist, Bezug genommen wird. In der Entscheidung *Loi relative aux droits d'auteurs et aux droits voisins dans la société de l'information* hat der Gerichtshof zum Beispiel hinsichtlich des Verfassungsgebots zur Umsetzung einer Richtlinie erkannt, dass er auf die Einhaltung dieses Gebots zu achten hat, wenn er angerufen wird²¹⁵⁹.

Obwohl auf dieser Grundlage die Grenzen des Anwendungsbereichs der Charta nicht ausdrücklich thematisiert werden, finden sich in den Entscheidungen des Gerichts dennoch versteckte Indizien zu dieser Thematik, insbesondere wenn es um die Definition des Ziels der nationalen Maßnahme geht. Wenn das Ziel der Maßnahme in der Umsetzung bzw. dem Vollzug einer Richtlinie bzw. Verordnung liegt, ist eine Prüfung dieser Maßnahme gemäß

génétiquement modifiés, Rn 44; Cons. const., 26.07.2018, Rs. Nr. 2018-768 DC, *Loi relative à la protection du secret des affaires*, Rn 3.

²¹⁵⁷ Cons. const., 27.07.2006, Rs. Nr. 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, Rn 20, 30. Bestätigt u.a. von: Cons. const., 30.11.2006, Rs. Nr. 2006-543 DC, *Loi relative au secteur de l'énergie*, Rn 7, 9; Cons. const., 19.06.2008, Rs. Nr. 2008-564 DC, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, Rn 45; Cons. const., 26.07.2018, Rs. Nr. 2018-768 DC, *Loi relative à la protection du secret des affaires*, Rn 3.

²¹⁵⁸ N. BELLOUBET, „Articulations de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne avec les normes constitutionnelles“, in: *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: mode d'emploi - Colloque organisé au Conseil d'État le 20 novembre 2014, par l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation et la Société de législation comparée*, erschienen in: *Justice et Cassation*, 2015, Nr. 9, S. 413; Cons. const., 26.07.2018, Rs. Nr. 2018-768 DC, *Loi relative à la protection du secret des affaires*, Rn 10.

²¹⁵⁹ Cons. const., 27.07.2006, Rs. Nr. 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, Rn 18.

Art. 88-1 der französischen Verfassung möglich²¹⁶⁰. Fraglich ist daher, ob der Prüfungsbereich des Art. 88-1 dem Anwendungsbereich der Charta entspricht. Wenn dies der Fall ist, stellt sich auch die Frage, auf welche Kriterien sich der Conseil constitutionnel stützt, um den Anwendungsbereich der Prüfung des Art. 88-1 zu bejahen. Auf diese Fragen hat der Conseil constitutionnel aber noch keine Antwort gegeben.

647. In Deutschland und Frankreich greifen die nationalen Verfassungsgerichte somit in unterschiedlicher Weise in ihren Prüfverfahren auf Unionsrecht und damit auch auf die Charta zurück. Dies resultiert aus einer jeweils eigenen Behandlung des Unionsrechts im Rahmen der innerstaatlichen Verfassungsordnungen. In Deutschland setzen Art. 23 Abs. 1 GG und die Rechtsprechung des BVerfG der europäischen Integration klare und absolute Grenzen. Das BVerfG hat sich daher für eine, im Unterschied zum französischen Conseil constitutionnel, sehr dynamische Vorgehensweise entschieden. Die Auslegung des Anwendungsbereichs der Charta, die daraus resultiert, ist aber sehr restriktiv. Die Anwendungsbereiche der nationalen Grundrechte und der Unionsgrundrechte sind klar voneinander getrennt. In Frankreich setzen weder Art. 88-1 der Verfassung, noch die Rechtsprechung des Conseil constitutionnel unüberwindbare Grenzen für die europäische Integration. Der Conseil constitutionnel scheint hinsichtlich der konkreten Prüfung des Anwendungsbereichs der Charta zurückzustehen. Dies hat zur Folge, dass den ordentlichen Gerichten insoweit ein weiter Spielraum belassen wird.

3. Die Prüfung des Unionsrecht durch die den nationalen Verfassungsgerichten unterstehenden Gerichte

648. In Deutschland und Frankreich sind die Verfassungsgerichte für die Auslegung des Anwendungsbereichs der Charta nicht unmittelbar zuständig²¹⁶¹: die Prüfung obliegt vielmehr den unterinstanzlichen Gerichten²¹⁶². Die betroffenen deutschen und französischen Instanzen unterscheiden sich aber erheblich in dieser Prüfung des Unionsrecht.

²¹⁶⁰ *Ibid.*, Rn 16 ff.; Cons. const., 30.11.2006, Rs. Nr. 2006-543 DC, *Loi relative au secteur de l'énergie*, Rn 3 ff.; Cons. const., 19.06.2008, Rs. Nr. 2008-564 DC, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, Rn 4; Cons. const., 26.07.2018, Rs. Nr. 2018-768 DC, *Loi relative à la protection du secret des affaires*, Rn 2.

²¹⁶¹ Es bleibt abzuwarten, ob die letztergangenen Entscheidungen des BVerfG hieran etwas ändern werden, s. BVerfG, 06.11.2019, 1 BvR 16/13, *Recht auf Vergessen I*, NJW 2020, 300; BVerfG, 06.11.2019, 1 BvR 276/17, *Recht auf Vergessen II*, NJW 2020, 314.

²¹⁶² Frankreich: Cons. const., 15.01.1975, Rs. Nr. 74-54 DC, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, Rn 4-7; Cons. const., 12.05.2010, Rs. Nr. 2010-605 DC, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, Rn 10. Deutschland: Art. 93 GG sieht lediglich Kontroll- und Auslegungsbefugnisse des GG vor.

In Deutschland sind die Gerichte angesichts der ausführlichen Rechtsprechung des BVerfG und seines Einflusses im Rahmen der Auslegung des Anwendungsbereichs der Charta eingeschränkt.

In Frankreich hingegen ist die Rechtsprechung des Conseil constitutionnel sehr dürftig, so dass den Gerichten ein weiter Auslegungsspielraum belassen wird. Der Conseil d'État, das höchste französische Verwaltungsgericht, hat sich von der vom Conseil constitutionnel entwickelten Prüfung des Art. 88-1 der Verfassung inspirieren lassen, um wiederum eine besondere Kontrolle der nationalen Umsetzungsakte einer unbedingt und hinreichend bestimmten europäischen Richtlinie zu schaffen. Eine verfassungs- und völkerrechtlich klassische Kontrolle dieser Rechtsakte würde nämlich zu einer Verfassungs- bzw. Völkerrechtskontrolle der Richtlinie führen, die das Verwaltungsgericht aber gerade verweigert. In der Rechtssache *Arcelor* stellte sich die Frage, in welchem Umfang und in welchem Rahmen der Conseil d'État einen nationalen Umsetzungsakt (im vorliegenden Fall eine französische Verordnung: ein Regierungsgesetz im Gesetzgebungsbereich des Parlaments) einer unbedingt und hinreichend genauen Richtlinie überprüfen kann. Der Conseil d'État entschied sich dazu, den Sachverhalt auf das Unionsrecht zu übertragen und suchte zunächst einen unionsrechtlichen Grundsatz, der einem französischen Verfassungsprinzip gleichwertigen ist. Im vorliegenden Fall handelte es sich um das Eigentumsrecht und die unternehmerische Freiheit. Sodann kam er zu dem Schluss, dass falls ein solcher Grundsatz gefunden und die Richtlinie mit dem unionsrechtlichen Prinzip für konform befunden werden kann, der nationale Umsetzungsakt im Umkehrschluss ebenfalls mit dem nationalen Verfassungsprinzip vereinbar ist. Falls hingegen die Richtlinie mit dem unionsrechtlichen Grundsatz nicht vereinbar ist, legt der Conseil d'État dem EuGH ein Vorabentscheidungsersuchen vor. Schließlich, falls ein gleichwertiger Unionsgrundsatz schlicht nicht gefunden werden kann, führt der Conseil d'État eine klassisch-nationale Verfassungsprüfung des nationalen Umsetzungsakts durch²¹⁶³.

649. In diesem Zusammenhang kann jedoch festgestellt werden, dass weder die deutschen, noch die französischen Gerichte dazu neigen den EuGH bezüglich Auslegungsfragen hinsichtlich des Anwendungsbereichs der Charta anzurufen²¹⁶⁴. Die Auslegung fällt in Folge unterschiedlich aus.

²¹⁶³ Conseil d'État (i.F. CE) Assemblée, 08.02.2007, Rs. Nr. 287110, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*

²¹⁶⁴ Der Conseil d'État und die Cour de cassation haben bisher jeweils drei Vorlagefragen gestellt: CE, 10.05.2017, Rs. Nr. 401536; CE, 26.07.2018, Rs. Nr. 411717; CE, 26.07.2018, Rs. Nr. 394922; Cour de cassation (i.F. Cass.), soc. (Sozialgerichtsbarkeit), 29.05.2013, Rs. Nr. 11-22.376; Cass. soc., 11.04.2012, Rs. Nr. 11-21.609; Cass. crim. (Strafkammer), 23.11.2016, Rs. Nr. 15-82.333. Der BGH hat bisher sieben

In Deutschland ist die Rechtsprechung zum Anwendungsbereich der Charta aufgrund des Einflusses des BVerfG und der konkreten Angaben in seiner Rechtsprechung überwiegend homogen. Die Gerichte ziehen den Anwendungsbereich der Charta häufig in Betracht²¹⁶⁵ und haben die Trennungsthese des BVerfG lange angewendet²¹⁶⁶, jedoch mit einigen Anpassungen, damit ihre Entscheidungen denen des EuGH nicht zuwiderlaufen. So wird eine parallele Anwendung der nationalen Grundrechte und der Unionsgrundrechte regelmäßig durchgeführt. Die Charta wird in Verbindung mit der EMRK und dem GG zum Beispiel in der Entscheidung *Karenzzeiten* des BGH zitiert²¹⁶⁷. Seit den Entscheidungen *Recht auf Vergessen I* und *II* vom Bundesverfassungsgericht ist aber eine Entwicklung erkennbar. Vor kurzem haben der BGH und das BVerwG eine durch Unionsrecht determinierte nationale Maßnahme allein am Maßstab der Charta kontrolliert²¹⁶⁸. Der BGH hat ebenso eine nationale Maßnahme, die eine unionsrechtliche Regelung mit Gestaltungsspielraum durchgeführt hat, nur am Maßstab des Grundgesetzes kontrolliert²¹⁶⁹. In Frankreich erscheint die Rechtsprechung hingegen vielschichtiger und dezentralisiert, da der Conseil constitutionnel bisher keine feste Auslegungslinie entwickelt hat. Demnach ist sich die ordentliche Gerichtsbarkeit hinsichtlich des Anwendungsbereichs der Charta nicht

Vorlagefragen gestellt: BGH, 21.07.2011, Rs. Nr. I ZR 29/11, I ZR 30/11 und I ZR 162/10, GRUR 2011, 1012; BGH, 01.06.2017, Rs. Nr. I ZR 139/15, NJW 2017, 3450; BGH, 01.06.2017, Rs. Nr. I ZR 115/16, NJW 2017, 3472; BGH, 27.07.2017, Rs. Nr. I ZR 228/15, NJW 2017, 3472. Das BVerwG hat bisher sechs Vorlagefragen gestellt: BVerwG, 23.03.2017, Rs. Nr. 1 C 20.16, 1 C 18.16 und 1 C 17.16, NVwZ 2017, 1627; BVerwG, 27.06.2017, Rs. Nr. 1 C 26.16, NVwZ 2017, 1545; BVerwG, 02.08.2017, Rs. Nr. 1 C 37.16 et 1 C 2.17, BeckRS 2017, 124538. Das BAG hat bisher drei Vorlagefragen gestellt: BAG, 18.10.2016, Rs. Nr. 9 AZR 45/16 (A), ErbR 2017, 85 und 9 AZR 196/16 (A), NJW 2017, 1200; BAG, 13.12.2016, Rs. Nr. 9 AZR 541/15 (A), NJW 2017, 1200. Das BSG und der BFH haben bisher noch keine Vorlagefrage gestellt.

²¹⁶⁵ BGH, 14.10.2010, Rs. Nr. I ZR 191/08, *AnyDVD*, NJW 2011, 2436, §19-26; BGH, 19.05.2011, Rs. Nr. I ZR 147/09, *Coaching-Newsletter*, EWiR 2012, 297, §28; BVerwG, 18.04.2013, Rs. Nr. 10 C 9.12, NVwZ 2013, 1344, §13-14; BGH, 04.06.2013, Rs. Nr. 1 StR 32/13, NJW 2013, 2530; BAG, 11.09.2013, Rs. Nr. 7 AZR 843/11, NZA 2013, 1352, §39 und 44; BGH, 02.04.2015, Rs. Nr. I ZR 59/13, *Springender Pudel*, BeckRS 2015, 10958, §41-51; BAG, 19.02.2015, Rs. Nr. 8 AZR 1007/13, NJW 2015, 2749, §14, 21 und 29; BGH, 26.11.2015, Rs. Nr. I ZR 174/14, *Störerhaftung des Access-Providers*, NJW 2016, 794, §31 ff.; BGH, 26.11.2015, Rs. Nr. I ZR 3/14, BeckRS 2016, 1908, §31 ff.; BGH, 26.01.2016, Rs. Nr. EnVR 51/14, *Karenzzeiten*, BeckRS 2016, 5216, §21-31; BGH, 21.04.2016, Rs. Nr. I ZR 198/13, *Verlegeranteil*, NJW 2016, 2418, §74-75; BVerwG, 25.01.2017, Rs. Nr. 6 C 15.16, NVwZ 2018, 675, §60-61; BVerwG, 25.01.2017, Rs. Nr. 6 C 11.16, 6 C 14.16 und 6 C 12.16, BeckRS 2017, 103887, §58-59; BVerwG, 26.01.2017, Rs. Nr. 1 C 1.16, NVwZ 2017, 1546, §36; BVerwG, 28.03.2018, Rs. Nr. 6 B 76.17, BeckRS 2018, 6191, §6-15.

²¹⁶⁶ BVerwG, 27.02.2014, Rs. Nr. 2 C 1.13, NVwZ 2014, 736, §71-72: Das BVerwG nimmt infolge der Entscheidungen *Åkerberg Fransson* (EuGH, GK, 26.02.2013, Rs. C-617/10, *Åkerberg Fransson*) und *Antiterrordatei* (BVerfG, 24.04.2013, 1 BvR 1215/07, *Antiterrordateigesetz*, BVerfGE 133, 277) zu der Auslegung durch das BVerfG Stellung. So besagt das Gericht, dass die Charta nur Anwendung findet, „wenn nationales Recht erlassen wird, um eine unionsrechtliche Umsetzungspflicht zu erfüllen“. S. a.: BAG, 11.09.2013, Rs. Nr. 6 AZR 843/11, NZA 2013, 1352, §41.

²¹⁶⁷ BAG, 19.02.2015, Rs. Nr. 8 AZR 1007/13, NJW 2015, 2749; BGH, 20.07.2015, Rs. Nr. NotZ (Brfg) 13/14, NJW 2015, 3034; BVerwG, 21.07.2015, Rs. Nr. 1 B 26.15, BeckRS 2015, 49497; BGH, 26.01.2016, Rs. Nr. EnVR 51/14, *Karenzzeiten*, BeckRS 2016, 5216; BVerwG, 23.03.2016, Rs. Nr. 10 C 20.14, NJW 2016, 3112; BVerwG, 26.01.2017, Rs. Nr. 1 C 1.16, NVwZ 2017, 1546.

²¹⁶⁸ BVerwG, 30.01.2020, Rs. Nr. 10 C 18.19, §34; BGH, 30.04.2020, Rs. Nr. I ZR 115/16, §24.

²¹⁶⁹ BGH, 23.06.2020, Rs. Nr. KVR 69/19, §109. Siehe auch: BGH, 30.04.2020, Rs. Nr. I ZR 228/15; BGH, 30.04.2020, Rs. Nr. I ZR 139/15.

immer einig²¹⁷⁰. Bei der Verwaltungsgerichtsbarkeit verhält es sich anders. scheint hingegen aktiver zu sein. Sie hat sich mit dem Thema insbesondere im Rahmen des Ausländer- und Asylrechts beschäftigt, mit einer Anrufung des EuGH jedoch zunächst zugewartet, letztendlich hiervon aber Gebrauch gemacht. Im Sinne der Rechtsprechung des EuGH haben die Verwaltungsgerichte sodann den Anwendungsbereich der Charta im Rahmen der Verwaltungsentscheidungen zur Rückführung von sich illegal im Land aufhaltenden Drittstaatsangehörigen für eröffnet betrachtet²¹⁷¹.

650. Konkret führen die Unterschiede zwischen Deutschland und Frankreich, bzw. innerhalb der nationalen Gerichtsbarkeiten auch zu einer unterschiedlichen Auslegung des Anwendungsbereichs der Charta. Dies zeigt sich insbesondere auch im Rahmen der oben genannten Fallkonstellationen, die auf Grundlage der Rechtsprechung des EuGH entwickelt wurden.

II. Fallkonstellationen zur Anwendung der Charta

651. Die Rechtsprechung der nationalen Gerichte kann entsprechend der für die Rechtsprechung des EuGH entwickelten Fallkonstellationen zur Anwendung der Charta kategorisiert werden. Die Anzahl an nationalen Entscheidungen ist im Vergleich zu den Entscheidungen des EuGH jedoch deutlich geringer. Folglich sind nicht alle Fallkonstellationen stets vertreten, so dass die Bestätigung bzw. die Widerlegung des unionsrechtlichen Anwendungsbereichs der Charta bei manchen Konstellationen letztendlich relativiert werden muss.

²¹⁷⁰ Der Kassationsgerichtshof wendet die Charta an, ohne jedoch die Eröffnung ihres Anwendungsbereichs zu thematisieren: Cass. soc., 14.04.2010, Rs. Nr. 09-60.426 und 09-60.429; Cass. soc., 06.07.2010, Rs. Nr. 09-40.428, 09-40.430, 09-40.427, 09-40.429, 09-40.431 und 09-40.432; Cass. soc. 01.12.2010, Rs. Nr. 10-60.117; Cour d'appel (i.F. CA) Montpellier, 09.01.2013, Rs. Nr. 11/06392; CA Paris, 06.02.2013, Rs. Nr. 11/09831.

²¹⁷¹ Cour administrative d'appel (i.F. CAA) Douai, 13.08.2012, Rs. Nr. 12DA00295; CAA Lyon, 11.10.2012, Rs. Nr. 11LY03003; CAA Douai, 04.12.2012, Rs. Nr. 12DA00478; CAA Paris, 07.12.2012, Rs. Nr. 12PA02064; CAA Lyon, 11.12.2012, Rs. Nr. 12LY01048; CAA Lyon, 14.03.2013, Rs. Nr. 12LY02737; CAA Versailles, 09.04.2013, Rs. Nr. 12VE00838; CAA Nancy, 01.08.2013, Rs. Nr. 12NC01772 und 12NC01771; CE, 04.06.2014, Rs. Nr. 370515, *Halifa*; CAA Bordeaux, 02.10.2014, Rs. Nr. 14BX01106; CAA Bordeaux, 16.10.2014, Rs. Nr. 14BX00664; CAA Bordeaux, 18.12.2014, Rs. Nr. 14BX01956 und 14BX02260. Während dieses Zaudern haben die Verwaltungsgerichte von Melun und Pau jeweils am 08.03.2013 und 30.04.2013 dem EuGH eine Vorlagefrage vorgelegt. Der EuGH hat hierzu entschieden, s.: EuGH, 05.11.2014, Rs. C-166/13, *Mukarubega*, Rn 42-45 und EuGH, 11.12.2014, Rs. C-249/13, *Boudjlida*, Rn 30-35. In diesen Urteilen erinnert er an seine YS: EuGH, 17.07.2014, Rs. C-141/12, *YS u.a.* Die Rechtsprechung des EuGH wurde von den nationalen Verwaltungsgerichten übernommen: CE, 09.11.2015, Rs. Nr. 381171; CAA Lyon, 17.11.2015, Rs. Nr. 15LY00053; CAA Nantes, 17.12.2015, Rs. Nr. 15NT00981.

1. Die Durchführung von europäischen Normen

a) Der Vollzug von Verordnungen

652. Das BVerfG, der BGH und das BVerwG haben geurteilt, dass Verordnungen bzw. Beschlüsse hinreichend determiniert sind. Folglich unterfallen die nationalen Vollzugsrechtsakte dem Anwendungsbereich der Charta²¹⁷². Allein das BVerwG untersucht zusätzlich im Fall *Abschiebungsanordnung im Dublin-Verfahren*, ob die Verordnung einen Gestaltungsspielraum belässt, obwohl dies bis heute noch in keinem Fall dazu geführt hat, dass eine Verordnung für nicht hinreichend bestimmt erklärt wurde²¹⁷³.

653. Der Conseil constitutionnel hat sich nicht unmittelbar zu dem Thema geäußert. Jedoch hat er in der Entscheidung *Loi relative à la protection des données personnelles* im Jahre 2018 eine klassische Verfassungskontrolle eines nationalen Verordnungsvollzugsaktes abgelehnt. Dies hatte zur Folge, dass das Unionsrecht, bzw. die unionrechtlichen Grundrechte in der Rechtssache anwendbar waren und der Anwendungsbereich der Charta eröffnet war²¹⁷⁴. Dies entspricht den Entscheidungen des Conseil d'État und der Cour de cassation (höchstes Gericht der ordentlichen Gerichtsbarkeit), die in solchen Fällen den Anwendungsbereich der Charta ebenfalls eröffnet sahen²¹⁷⁵.

b) Die Umsetzung von Richtlinien

aa) Die Auswirkung des Gestaltungsspielraums

(1) Unbedingte und hinreichend genaue Richtlinien

654. Das BVerfG hat – genauso wie der BGH und das BVerwG – insbesondere im Fall *Treibhausgas-Emissionsberechtigungen* aus dem Jahre 2007 entschieden, dass die nationalen Umsetzungsakte einer unbedingt und hinreichend genauen Richtlinie durch das

²¹⁷² BVerfG, 29.05.1974, 2 BvL 52/71, *Solange I*, BVerfGE 37, 271; BVerfG, 07.06.2000, 2 BvL 1/97, *Bananenmarkt*, BVerfGE 102, 147; BVerfG, 13.03.2007, 1 BvF 1/05, *Treibhausgas-Emissionsberechtigungen*, BVerfGE 118, 79; BVerfG, 02.03.2010, 1 BvR 256/08, 263/08 und 586/08, *Vorratsdatenspeicherung*, BVerfGE 125, 260, Rn 181-182; BGH, 22.09.2010, Rs. Nr. VIII ZR 182/09, BeckRS 2010, 24080, §11 und 16; BGH, 26.01.2016, Rs. Nr. EnVR 51/14, *Karennzeiten*, BeckRS 2016, 5216, §20; BVerwG, 17.09.2015, Rs. Nr. 1 C 26.14, *Abschiebungsanordnung im Dublin-Verfahren*, NVwZ 2016, 67, §5 und 11; BVerwG, 28.03.2018, Rs. Nr. 6 B 76.17, BeckRS 2018, 6191, §6. Letztlich bestätigt: BVerfG, 06.11.2019, 1 BvR 276/17, *Recht auf Vergessen II*, NJW 2020, 314.

²¹⁷³ BVerwG, 17.09.2015, Rs. Nr. 1 C 26.14, *Abschiebungsanordnung im Dublin-Verfahren*, NVwZ 2016, 67, §5, 11; BVerwG, 28.03.2018, Rs. Nr. 6 B 76.17, BeckRS 2018, 6191, §6.

²¹⁷⁴ Cons. const., 12.06.2018, Rs. Nr. 2018-765 DC, *Loi relative à la protection des données personnelles*, Rn 3.

²¹⁷⁵ CE, 30.01.2017, Rs. Nr. 394686, §14-17; CE, vorläufige Rechtsschutz, 26.06.2018, Rs. Nr. 421565, §3; Cass. crim., 23.11.2016, Rs. Nr. 15-82.333.

Unionsrecht ausreichend determiniert sind, um in den Anwendungsbereich der Charta miteinbezogen zu werden²¹⁷⁶. Die Ausführungen des BGH hinsichtlich der unbedingten und hinreichend genauen Natur einer Richtlinie sind jedoch unpräzise und scheinen auf keiner umfassenden Prüfung zu beruhen, wie man insbesondere an den Entscheidungen *Karenzzeiten* und *Verlegeranteil* sehen kann²¹⁷⁷.

655. Vergleichbar zu Fällen von Verordnungen hat sich der Conseil constitutionnel insbesondere in der Entscheidung *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* aus dem Jahre 2004 geweigert, die nationalen Umsetzungsakte einer unbedingt und hinreichend genauen Richtlinie am nationalen Verfassungsrecht zu prüfen. Demzufolge gehören solche Rechtsakte dem Anwendungsbereich der Charta an²¹⁷⁸. Der Conseil d'État folgt seit der Entscheidung *Arcelor* derselben Logik²¹⁷⁹. Schließlich ist die Rechtsprechung der Cour de cassation zu diesem Thema spärlich und nicht ganz klar; sie scheint aber in die gleiche Richtung zu gehen²¹⁸⁰.

(2) Richtlinien mit Gestaltungsspielraum

656. Nach der Rechtsprechung des BVerfG vom 6. November 2019 – und im Unterschied zu seiner früheren Rechtsprechung²¹⁸¹ – ist der Anwendungsbereich der Charta eröffnet, wenn sich die nationalen Umsetzungsakte auf eine „klassische“ Richtlinie mit Gestaltungsspielraum beziehen. Dafür soll die europäische Richtlinie „einen hinreichend gehaltvollen Rahmen [setzen], der erkennbar auch unter Beachtung der

²¹⁷⁶ BVerfG, 13.03.2007, 1 BvF 1/05, *Treibhausgas-Emissionsberechtigungen*, BVerfGE 118, 79, Leitsatz Nr. 1 und Rn 69; BVerfG, 14.05.2007, 1 BvR 2036/05, *Emissionshandel*, NVwZ 2007, 942, Rn 8; BVerfG, 02.03.2010, 1 BvR 256/08, 263/08 und 586/08, *Vorratsdatenspeicherung*, BVerfGE 125, 260, Rn 181. BVerwG, 20.06.2013, Rs. Nr. 8 C 39.12, NVwZ-RR 2014, 94, §34; BVerwG, 25.01.2017, Rs. Nr. 6 C 15.16, 6 C 11.16, 6 C 14.16 und 6 C 12.16, NVwZ 2018, 675, §61-62 oder 58-59. BGH, 04.06.2013, Rs. Nr. 1 StR 32/13, NJW 2013, 2530, §73, 74 und 76; BGH, 26.01.2016, Rs. Nr. EnVR 51/14, *Karenzzeiten*, BeckRS 2016, 5216, §20; BGH, 21.04.2016, Rs. Nr. I ZR 198/13, *Verlegeranteil*, NJW 2016, 2418. Letztlich bestätigt: BVerfG, 06.11.2019, 1 BvR 276/17, *Recht auf Vergessen II*, NJW 2020, 314.

²¹⁷⁷ BGH, 04.06.2013, Rs. Nr. 1 StR 32/13, NJW 2013, 2530, §73-74 und 76; BGH, 26.01.2016, Rs. Nr. EnVR 51/14, *Karenzzeiten*, BeckRS 2016, 5216, §20; BGH, 21.04.2016, Rs. Nr. I ZR 198/13, *Verlegeranteil*, NJW 2016, 2418.

²¹⁷⁸ Cons. const., 10.06.2004, Rs. Nr. 2004-496 DC, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*; Cons. const., 27.07.2006, Rs. Nr. 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*.

²¹⁷⁹ CE Assemblée, 08.02.2007, Rs. Nr. 287110, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*; CE, 18.07.2018, Rs. Nr. 408805; CE, 26.07.2018, Rs. Nr. 411717.

²¹⁸⁰ Cass. crim., 05.06.2012, Rs. Nr. 11-83.319.

²¹⁸¹ BVerfG, 22.01.1997, 2 BvR 1915/91, *Warnhinweise für Tabakerzeugnisse*, BVerfGE 95, 173, Rn 45; BVerfG, 13.03.2007, 1 BvF 1/05, *Treibhausgas-Emissionsberechtigungen*, BVerfGE 118, 79, Rn 70; BVerfG, 02.03.2010, 1 BvR 256/08, 263/08 und 586/08, *Vorratsdatenspeicherung*, BVerfGE 125, 260, Rn 182 und 186; BVerfG, 19.07.2011, 1 BvR 1916/09, BVerfGE 129, 78, Rn 88; BVerfG, 24.04.2013, 1 BvR 1215/07, *Antiterrordateigesetz*, BVerfGE 133, 277, Rn 88 ff.; BVerfG, 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, *Europäischer Haftbefehl II*, BVerfGE 140, 317, Rn 39; BVerfG, 18.05.2016, 1 BvR 895/16, *Tabakerzeugnisse*, Rn 29-30.

*Unionsgrundrechte konkretisiert werden soll*²¹⁸². Dies beschränkt diese Kategorie spürbar im Vergleich mit der Rechtsprechung des EuGH²¹⁸³. Gleichzeitig wird der Anwendungsbereich des Grundgesetzes eröffnet, was dazu führt, dass die Prüfung primär am Maßstab des Grundgesetzes erfolgt. Die Charta wird nur angewendet, „wenn konkrete und hinreichende Anhaltspunkte vorliegen, dass [...] das grundrechtliche Schutzniveau des Unionsrechts ausnahmsweise nicht gewährleistet [wird]“²¹⁸⁴.

Sowohl der BGH, als auch das BVerwG haben lange die Trennungsthese des BVerfG teilweise befolgt. Sie haben diese These zitiert und auch die nationalen Grundrechte angewendet. Jedoch wichen sie minimal von dieser Rechtsprechung ab, was insbesondere in den Entscheidungen *Störerhaftung des Access-Providers* und *Höchstaltersgrenze für Prüfsachverständige für technische Anlagen und Einrichtungen in Gebäuden* zum Ausdruck kommt, da sowohl die Grundrechte der Charta und des GG geprüft wurden und somit letztendlich die Anwendbarkeit der Charta bejaht wurde²¹⁸⁵. Nach der Rechtsprechungen *Recht auf Vergessen* des BVerfG wendet aber der BGH die Charta nicht mehr an, wenn sich eine nationale Maßnahme auf eine Richtlinie mit Gestaltungsspielraum bezieht²¹⁸⁶.

In Frankreich nimmt der Conseil d'État nicht ausdrücklich auf die Fallkonstellation der Richtlinie mit Gestaltungsspielraum Bezug. Eine nähere Analyse der Urteile zeigt dennoch, dass die Umsetzungsakte einer solchen Richtlinie dem Anwendungsbereich der Charta unterfallen²¹⁸⁷. Die Cour de cassation hingegen erwähnt weder das Bestehen eines Gestaltungsspielraums, noch die Verbindung zwischen dem nationalen Rechtsakt und der Richtlinie explizit, wendet aber trotzdem die Charta an²¹⁸⁸.

²¹⁸² BVerfG, 06.11.2019, 1 BvR 16/13, *Recht auf Vergessen I*, NJW 2020, 300, Rn 44. Bestätigt in: BVerfG, 30.06.2020, 1 BvR 1679/17, BeckRS 2020, 19850, Rn 169; BVerfG, 18.08.2020, 1 BvQ 82/20, NVwZ 2020, 1500, Rn 21.

²¹⁸³ Zum Beispiel bezüglich einer nationalen Maßnahme zur Speicherung und Auswertung von Vorratsdaten, die dem Anwendungsbereich der Charta nicht gehört: BVerfG, 19.05.2020, 1 BvR 2835/17, NJW 2020, 2235, Rn 326.

²¹⁸⁴ BVerfG, 06.11.2019, 1 BvR 16/13, *Recht auf Vergessen I*, NJW 2020, 300, Rn 63 ff.

²¹⁸⁵ BGH, 26.11.2015, Rs. Nr. I ZR 174/14, *Störerhaftung des Access-Providers*, NJW 2016, 794, §31-35; BVerwG, 13.06.2013, Rs. Nr. 10 C 16.12, NVwZ 2013, 1493, §21-24; BVerwG, 21.01.2015, Rs. Nr. 10 CN 1.14, *Höchstaltersgrenze für Prüfsachverständige für technische Anlagen und Einrichtungen in Gebäuden*, NVwZ 2015, 1294, §20 und 23-25; BVerwG, 25.01.2017, Rs. Nr. 6 C 15.16, NVwZ 2018, 675, §61; BVerwG, 25.01.2017, Rs. Nr. 6 C 11.16, 6 C 14.16 und 6 C 12.16, BeckRS 2017, 103887, §58.

²¹⁸⁶ BGH, 23.06.2020, Rs. Nr. KVR 69/19, §109; BGH, 30.04.2020, Rs. Nr. I ZR 228/15, §29 ff.; BGH, 30.04.2020, Rs. Nr. I ZR 139/15, §24 ff.

²¹⁸⁷ CE, 04.06.2014, Rs. Nr. 370515, *Halifa*; CE Assemblée, 24.01.2017, Rs. Nr. 391000, *Mme C. e.a.*; CE, 28.12.2017, Rs. Nr. 400580.

²¹⁸⁸ Cass. soc., 17.05.2011, Rs. Nr. 10-12.852; Cass. soc., 29.06.2011, Rs. Nr. 09-71.107; Cass. soc., 31.01.2012, Rs. Nr. 10-19.807; Cass. soc., 19.09.2012, Rs. Nr. 11-19.016; Cass. crim., 22.01.2014, Rs. Nr. 12-83.579; Cass. soc., 14.05.2014, Rs. Nr. 13-10.637; Cass. soc., 24.09.2014, Rs. Nr. 13-24.851; Cass. civ. 2^{ème} (2. ziv. Kammer), 04.05.2016, Rs. Nr. 15-18.957; Cass. soc., 09.11.2016, Rs. Nr. 15-15.064.

Seit kurzem gehören für alle Gerichte die Umsetzungsakte einer solchen Richtlinie dem Anwendungsbereich der Charta an, auch wenn die deutschen Gerichte diese nationalen Maßnahmen nicht unbedingt anhand der Charta prüfen.

657. Sodann geht es um Richtlinien, die den Mitgliedstaaten einen beschränkten Gestaltungsspielraum belassen, ohne jedoch unbedingt und hinreichend bestimmt zu sein. Laut BGH gehören nationale Umsetzungsakte einer Richtlinie, die Umsetzungsoptionen bietet, dem Anwendungsbereich der Charta an, wie in der Entscheidung *Springender Pudel* deutlich wird²¹⁸⁹.

Laut dem französischen Conseil d'État gehören auch nationale Umsetzungsakte einer Richtlinie, die den Mitgliedstaaten eine abweichende, strengere Regelung festzulegen ermöglicht, dem Anwendungsbereich der Charta an²¹⁹⁰.

Im Fall einer Richtlinie, die den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eröffnet, von einer bestimmten Vorschrift auf spezifische Weise abzuweichen, hat der BGH entschieden, dass der Anwendungsbereich der Charta eröffnet ist²¹⁹¹. Der Conseil d'État hat seinerseits zwei entgegengesetzte Entscheidungen getroffen²¹⁹².

Abschließend kann festgestellt werden, dass sich in beiden Ländern nur einzelne Gerichte mit dieser Thematik befasst haben und Entscheidungen hierzu dürftig sind und unterschiedlich ausfallen. Die neue Rechtsprechung des BVerfG lässt jedoch vermuten, dass diese Konstellation zum Anwendungsbereich der Charta gehört.

658. Die Richtlinien können den Mitgliedstaaten auch einen sehr weiten Gestaltungsspielraum belassen. In Fällen von einer bezweckten Mindestharmonisierung hat das BVerwG entschieden, dass der nationale Umsetzungsakt dem Anwendungsbereich der Charta nicht angehört²¹⁹³. Dies entspricht der aktuellen Rechtsprechung des BVerfG²¹⁹⁴. Der Conseil d'État und die Cour de cassation haben hingegen entschieden, dass der Anwendungsbereich der Charta eröffnet ist, ohne jedoch auf den weiten Gestaltungsspielraum Bezug zu nehmen²¹⁹⁵.

²¹⁸⁹ BGH, 02.04.2015, Rs. Nr. I ZR 59/13, *Springender Pudel*, BeckRS 2015, 10958, §41.

²¹⁹⁰ CE, 23.12.2016, Rs. Nr. 399117, §32 ff.

²¹⁹¹ Infolge einer Vorlagefrage an den EuGH (s. BGH, 27.07.2017, Rs. Nr. I ZR 228/15, NJW 2017, 3472) hat sich der BGH entschieden (BGH, 30.04.2020, Rs. Nr. I ZR 228/15).

²¹⁹² CE, 01.02.2017, Rs. Nr. 391058, §5 und 12; CE, 26.07.2018, Rs. Nr. 394922, §21.

²¹⁹³ BVerwG, 23.03.2016, Rs. Nr. 10 C 20.14, NJW 2016, 3112, §18.

²¹⁹⁴ BVerfG, 06.11.2019, 1 BvR 16/13, *Recht auf Vergessen I*, NJW 2020, 300, Rn 44; BVerfG, 30.06.2020, 1 BvR 1679/17, BeckRS 2020, 19850, Rn 169; BVerfG, 18.08.2020, 1 BvQ 82/20, NVwZ 2020, 1500, Rn 21.

²¹⁹⁵ CE Assemblée, 18.05.2018, Rs. Nr. 400675, §20-22; Cass. soc., 11.04.2012, Rs. Nr. 11-21.609.

Im Falle eines nationalen Rechtsakts, der lediglich die gleiche Thematik wie eine Richtlinie behandelt, hat der BGH im Fall *Coaching-Newsletter* entschieden, dass der nationale Rechtsakt dem Anwendungsbereich der Charta nicht angehört²¹⁹⁶. Ob die Cour de cassation dies genauso sieht, ist nicht eindeutig. Bis ins Jahr 2016 wurde das Gegenteil vertreten²¹⁹⁷. Die letzte diesbezügliche Entscheidung aus dem Jahre 2018 stimmt jedoch mit der Rechtsprechung des BGH überein²¹⁹⁸ und scheint folglich eine neue Auslegung vorzugeben.

bb) Überschreitung der inhaltlichen Anforderungen einer Richtlinie

659. Die Rechtsprechung der nationalen Gerichte zur Überschreitung der Anforderungen einer Richtlinie („*überschießende Richtlinienumsetzung*“) betrifft drei verschiedene Fälle. Der erste Fall bezieht sich auf die Anwendung einer Richtlinienregelung auf einen rein nationalen Sachverhalt. In diesen Fällen verneinen sowohl das BVerfG in der Entscheidung *Antiterrordateigesetz*, als auch der Conseil constitutionnel in der Entscheidung *Loi de finance rectificative pour 2015* die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Charta²¹⁹⁹.

Der zweite Fall bezieht sich auf die Erweiterung nationaler Umsetzungsakte um rein national relevante Regelungen („*inhaltliche Überfüllung von Richtlinien*“). Das BVerfG und der Conseil constitutionnel haben in denselben Entscheidungen entschieden, dass solche zusätzlichen Bestimmungen dem Anwendungsbereich der Charta nicht angehören²²⁰⁰.

Der dritte Fall erfasst die extensive Auslegung einer Richtlinie mit übergreifendem Charakter. Hier unterfallen laut BVerfG die daraus resultierenden nationalen Rechtsakte nicht dem Anwendungsbereich der Charta (s. die Entscheidung *Antiterrordatei*)²²⁰¹. In Frankreich hat bisher noch kein Gericht hierzu befunden.

660. Zu dieser Thematik findet man allgemein besonders wenig nationale Rechtsprechung. Die ergangenen Entscheidungen verneinen allesamt den Anwendungsbereich der Charta. Diese Rechtsprechungslinien unterscheiden sich mithin

²¹⁹⁶ BGH, 19.05.2011, Rs. Nr. I ZR 147/09, *Coaching-Newsletter*, EWiR 2012, 297, §28.

²¹⁹⁷ Cass. soc., 31.01.2012, Rs. Nr. 10-19.807; Cass. soc., 19.09.2012, Rs. Nr. 11-19.016; Cass. soc., 24.09.2014, Rs. Nr. 13-24.851; Cass. soc., 07.07.2015, Rs. Nr. 15-12.417; Cass. civ. 2^{ème}, 04.05.2016, Rs. Nr. 15-18.957.

²¹⁹⁸ Cass. soc., 30.05.2018, Rs. Nr. 16-20.634.

²¹⁹⁹ BVerfG, 24.04.2013, 1 BvR 1215/07, *Antiterrordateigesetz*, BVerfGE 133, 277, Rn 88-91; Cons. const., 29.12.2015, Rs. Nr. 2015-726 DC, *Loi de finances rectificative pour 2015*, Rn 7, 8.

²²⁰⁰ *Ibid.*

²²⁰¹ BVerfG, 24.04.2013, 1 BvR 1215/07, *Antiterrordateigesetz*, BVerfGE 133, 277, Rn 88-91.

von der Auslegung des EuGH, der die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Charta nicht kategorisch zurückweist, sondern zunächst Sinn und Zweck der europäischen Bestimmung und die Folgen einer Eröffnung des Anwendungsbereichs der Charta eingehend untersucht.

cc) Bedeutung der Umsetzungsfrist der Richtlinien

661. Bezüglich der Eröffnung des Anwendungsbereichs der Charta vor Ablauf der Umsetzungsfrist ist die Rechtsprechung der nationalen Gerichte unpräzise. Der BGH berücksichtigt eine Richtlinie im Rahmen einer solchen Prüfung, ohne sich jedoch zum Anwendungsbereich der Charta zu äußern²²⁰². Ebenfalls scheint die Cour de cassation die Anwendbarkeit zu bejahen, ohne dass deutlich Stellung genommen wird²²⁰³. Andere Gerichte haben sich zu diesem Thema noch nicht geäußert.

662. Für den Fall des Ablaufs der Umsetzungsfrist gibt es ebenfalls nur wenige Entscheidungen. Die Cour de cassation entschied, dass ein Sachverhalt im Anwendungsbereich der Richtlinie dem Anwendungsbereich der Charta nicht angehört, solange es keinen nationalen Umsetzungsakt gibt²²⁰⁴. Wenn ein solcher nationaler Umsetzungsakt schon verabschiedet ist, hat das BVerfG in der Entscheidung *Honeywell* beschlossen, dass die alleinige Änderung des Aktes keine Auswirkung auf den Anwendungsbereich der Charta hat²²⁰⁵.

2. Die mitgliedstaatliche Beeinträchtigung der Grundfreiheiten

a) Die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Grundfreiheiten

663. In Deutschland hat sich nur das BVerwG mit der Thematik einer Beeinträchtigung einer wirtschaftlichen Grundfreiheit durch eine rein nationale Bestimmung befasst und gemäß der Rechtsprechung des EuGH in mehreren Entscheidungen entschieden, dass die nationalen Rechtsakte dem Anwendungsbereich der Charta unterfallen²²⁰⁶. In Frankreich erging hierzu noch keine Entscheidung der obersten Gerichte.

²²⁰² BGH, 05.02.1998, Rs. Nr. I ZR 211/95, NJW 1998, 2208.

²²⁰³ Cass. crim., 27.11.2012, Rs. Nr. 12-85.645.

²²⁰⁴ Cass. soc., 16.12.2015, Rs. Nr. 11-22.376.

²²⁰⁵ BVerfG, 06.07.2010, 2 BvR 2661/06, *Honeywell*, BVerfGE 126, 286.

²²⁰⁶ BVerwG, 20.06.2013, Rs. Nr. 8 C 39.12, NVwZ-RR 2014, 94, §34; BVerwG, 21.09.2016, Rs. Nr. 6 C 2.15, NVwZ 2017, 65, §26-27; BVerwG, 25.01.2017, Rs. Nr. 6 C 15.16, 6 C 11.16, 6 C 14.16 und 6 C 12.16, NVwZ 2018, 675, §61 oder 58.

b) Die Beeinträchtigung der Unionsbürgerschaft

664. Die Beeinträchtigung der Unionsbürgerschaft war hingegen Gegenstand mehrerer Entscheidungen französischer Gerichte. Der EuGH hat drei Situationen festgestellt, in denen die Beeinträchtigung der Unionsbürgerschaft den nationalen Rechtsakt, bzw. den nationalen Sachverhalt dem Anwendungsbereich der Charta unterfallen lässt. Bezüglich des Verlusts der Unionsbürgerschaft hat der Conseil d'État dies im Jahre 2015 in seiner Entscheidung *M.A.B.* bejaht²²⁰⁷, genauso wie bei der Ausübung der Freizügigkeit in den Jahren 2017 und 2018, wenn das abgeleitete Aufenthaltsrecht der Familienmitglieder im Falle einer Rückkehr in den Herkunftsmitgliedstaat Anwendung findet und wenn der.ie Unionsbürger.in die Staatsangehörigkeit des Mitgliedstaats, in dem er.sie ansässig ist, annimmt²²⁰⁸. Schließlich hat der Conseil d'État die Rechtsprechung des EuGH schon im Jahre 2014 im Fall *Mme B.A.C.* das Aufenthaltsrecht der Eltern eines unionsbürgerlichen Kindes bejaht, damit das Kind in den Genuss seines aus der Unionsbürgerschaft abgeleiteten Aufenthaltsrechts auf dem Unionsgebiet kommen kann²²⁰⁹.

In Deutschland hat das BVerwG im Jahre 2013 bezüglich des letzten Falles hingegen den Geschwistern des unionsbürgerlichen Kindes das Aufenthaltsrecht versagt, obwohl dies zur Folge haben könnte, dass die Eltern und somit auch das unionsbürgerliche Kind nicht auf dem Unionsgebiet verbleiben können²²¹⁰. Dies zeigt eine restriktive Auslegung des Anwendungsbereichs der Charta im Bereich der Beeinträchtigung der Unionsbürgerrechte. Hinsichtlich der beiden ersten Fälle gibt es keine Rechtsprechung in Deutschland.

III. Fazit

665. Die Fallgruppen, die auf Grundlage der Rechtsprechung des EuGH entwickelt wurden, können auf die Entscheidungen der nationalen Gerichte übertragen werden, zeichnen jedoch ein differenziertes Bild. So können Unterschiede in der Auslegung des Anwendungsbereichs der Charta nicht nur zwischen dem EuGH und den nationalen Gerichten, sondern auch zwischen und selbst innerhalb der jeweiligen nationalen Gerichte festgestellt werden. Dies gilt nicht für alle Fallgruppen, sondern betrifft nur bestimmte Einzelfälle, insbesondere wenn ein Gestaltungsspielraum des nationalen Gesetzgebers im

²²⁰⁷ CE, 25.03.2015, Rs. Nr. 374401, *M.A.B.*, §6-7; CE, 19.07.2017, Rs. Nr. 405897, §8; CE, 9.11.2017, Rs. Nr. 409782, §7; CE, 24.09.2018, Rs. Nr. 415136, §9 ff.

²²⁰⁸ CE, 17.05.2017, Rs. Nr. 396832; CE, 22.10.2018, Rs. Nr. 407687.

²²⁰⁹ CE (vorläufiger Rechtsschutz), 09.12.2014, Rs. Nr. 386029, *Mme B.A.C.*, §3 ff.

²²¹⁰ BVerwG, 13.06.2013, Rs. Nr. 10 C 16.12, NVwZ 2013, 1493, §10, 11.

Raum steht oder wenn die europäischen Grundfreiheiten oder die Unionsbürgerschaft beeinträchtigt sind.

666. Diese Divergenzen betreffen die komplexesten Situationen, nämlich wenn Unionsrecht und nationales Recht besonders ineinander verschachtelt sind. Die Hybridität solcher Rechtsakte führt zu einer schwierigen, wenn nicht unmöglichen Abgrenzung der nationalen und europäischen Rechtsordnungen. Jedes Gericht kann nämlich, je nach Perspektive und Funktion, einen unterschiedlichen Ursprung zu dem hybriden Rechtsakt erkennen. Die Entscheidung *Recht auf Vergessen I*, die zwar einen doppelten Anwendungsbereich erkennt, eine Kontrolle jedoch nur am Maßstab des Grundgesetzes führt, ist ein leuchtendes Vorbild. Die Fragen hinsichtlich des Anwendungsbereichs der Charta hängen damit auch maßgeblich von den Gerichten und den ihnen zukommenden Funktionen ab. Dies liegt am Perspektivismus, wonach jedes Gericht einer eigenen Zielsetzung folgt, wenn es die Anwendbarkeit der Charta diskutiert und schlussendlich entweder bejaht oder verneint.

667. So richtet sich der EuGH nach dem Auslegungskriterium der Finalität des Unionsrechts. In Frankreich ist hingegen die Frage des Anwendungsbereichs der Grundrechte nicht wesentlich thematisiert. Der Conseil constitutionnel hat sich mit dem Anwendungsbereich der Charta nicht offenkundig auseinandergesetzt und die unterstehenden Gerichte, wenn sie die Frage überhaupt behandeln, sind sich nicht einig. Von daher kann man davon ausgehen, dass die französischen Gerichte versuchen, über das Kriterium des Universalismus der Menschenrechte hinauszuwachsen, wohingegen die deutschen Gerichte den Anwendungsbereich der Charta vielmehr anhand des Kriteriums der Kompetenzverteilung, bzw. des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung auslegen. Die Rechtsprechung vom BVerfG bestätigt eine strikte Anwendung der Kompetenzverteilung und beeinflusst in diesem Sinne die unterstehenden Gerichte. Das BVerfG hat jedoch dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung einen weiteren hinzugefügt, nämlich den Grundsatz der Gleichwertigkeit des Grundrechtsschutzes. Dieser ist abhängig vom im Grundgesetz verankerten Schutz.

D. Die Koordinierung der unterschiedlichen Auslegungen zum Anwendungsbereich der Charta

668. Das Rechtsgefüge der E.U. ist mit Blick auf die rechtlichen Besonderheiten der Kompetenzverteilung zwischen der E.U. und ihren Mitgliedstaaten, sowie der Natur und Ausgestaltung des Unionsrechts von den nationalen Rechts- und Verfassungsordnungen

ihrer Mitgliedstaaten zu unterscheiden. Die E.U. ist nicht Teil einer anderen Rechtsordnung, sondern erlässt unionseigene Rechtsakte, ohne jedoch eine so genannte Kompetenz-Kompetenz zu besitzen. Folglich kann die Union ihre Zuständigkeiten nicht selbstständig begründen oder erweitern, sondern ist insoweit auf die Zuweisungen durch die Mitgliedstaaten angewiesen. Es sind sodann die Mitgliedstaaten, die das Unionsrecht auf ihren jeweiligen nationalen Gebieten vollziehen. Die Existenz der parallel dazu bestehenden nationalen Rechtsordnungen bleibt hiervon unberührt. Es kommt jedoch zu einer immer stärkeren Verstrickung dieser Rechtsordnungen, zum Beispiel aufgrund von zwingenden unionsrechtlichen Vorgaben durch Verordnungen oder durch Richtlinienharmonisierungen. Dies führt zu der besonderen Konsequenz, dass mehrere Rechtsordnungen in einem rechtlichen Raum koexistieren²²¹¹.

669. Dieser Umstand erklärt, wie schon oben gesehen, die unterschiedliche Auslegung auf europäischer und nationaler Ebene hinsichtlich des Anwendungsbereichs der Charta. Diese Differenzen können jedoch rechtliche Schwierigkeiten nach sich ziehen, denn insbesondere die Rechtssicherheit, die Effektivität und die einheitliche Anwendung des Unionsrechts, sowie das Recht auf Nicht-Diskriminierung könnten dadurch in Frage gestellt werden. Um diese Folgen zu verhindern, kommt es zu einem Vereinheitlichungsreflex, der der hierarchischen Logik vieler nationalen Rechtsordnungen entspringt. Die Herausforderungen, die die E.U. stellt, ermöglichen jedoch auch ein (heterarchisches) Nebeneinander dieser unterschiedlichen Auslegungsarten, wenn diese in Einklang gebracht werden.

I. Das Scheitern einer hierarchisch einheitlichen Auslegung

670. Eine einheitliche zentralisierte Auslegung des Anwendungsbereichs der Charta führt zu der Bevorzugung eines Auslegungsansatzes zu Lasten eines anderen. So wird einem Gericht der Vorrang hinsichtlich der Auslegungshoheit im Falle der Durchführung des Sekundärrechts, bzw. einer abweichenden Auslegung zwischen nationalem und Unionsrecht zugesprochen. In diesem Sinne wetteifert der EuGH mit den nationalen Verfassungsgerichten um dieses Letztentscheidungsrecht. Es sprechen jeweils gute Gründe dafür, dem EuGH oder auch den nationalen Verfassungsgerichten dieses Letztentscheidungsrecht zu übertragen.

²²¹¹ H. GAUDIN, „Diversité et évolution des champs d'application en droit communautaire“, *RAE*, 2003, Nr. 1, S. 9,10.

671. Aus Sicht des EuGH ist das unionsrechtliche Primärrecht die einzige Rechtsgrundlage des Sekundärrechts. Gemäß Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV „sichert [der EuGH] die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge“, woraus der Gerichtshof seine exklusive Zuständigkeit hinsichtlich der Auslegung des Unionsrechts und der Wahrung der Autonomie dieser Rechtsordnung ableitet. Diese Auslegungshoheit soll die nationalen Gerichte, insbesondere die nationalen Verfassungsgerichte, auch hinsichtlich der Auslegung des Anwendungsbereichs der Charta binden.

672. Die nationalen Verfassungsgerichte hingegen berufen sich auf ihre alleinige Zuständigkeit bezüglich der Auslegung ihrer nationalen Verfassungsordnungen. Dies hat eine Auswirkung auf das Unionsrecht, denn erst mithilfe der so genannten Konstitutionalisierung kann, wie schon weiter oben gesehen, das Unionsrecht innerhalb der nationalen Rechtsordnungen seine rechtliche Wirkung entfalten. Die nationalen Verfassungsgerichte haben auf Grundlage der entsprechenden Verfassungsvorschriften, die gleichzeitig Eingangstor für das Unionsrecht sind, dem europäischen Integrationsprozess Schranken im Falle bestimmter Verfassungsverletzungen gesetzt. Somit sprechen auch Gründe dafür, den Verfassungsgerichten das Letztentscheidungsrecht zuzusprechen.

Diese Debatte um das Letztentscheidungsrechts ist in Deutschland besonders greifbar, da das BVerfG die Europäischen Verträge im Rang eines nationalen Zustimmungsgesetzes verortet. Solche Gesetze sind dem GG nachrangig. Gleichzeitig gilt das Prinzip des Anwendungsvorrangs, nach dem das Unionsrecht, trotz der Nachrangigkeit Anwendungsvorrang vor dem nationalen Recht genießt. Dieses Prinzip erlaubt es jedoch nicht, jede, das GG und insbesondere die Ewigkeitsklausel verletzende, unionrechtliche Bestimmung innerhalb der deutschen Rechtsordnung Anwendung finden zu lassen.

Im Gegensatz hierzu hat der Conseil constitutionnel bisher bei abweichender Auslegung der unionsrechtlichen und nationalen Grundrechte keine strikte Begrenzung aufgestellt, aber einen Weg gefunden, um offene Konflikte zu vermeiden. Er verweigert insbesondere die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines nationalen Umsetzungs- bzw. Vollzugsgesetzes hinsichtlich einer bestimmten und hinreichend genauen europäischen Norm (mit Ausnahme des Prüfungsumfangs im Sinne von Art. 88-1 der französischen Verfassung)²²¹².

²²¹² Cons. const., 10.06.2004, Rs. Nr. 2004-496 DC, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, Rn. 7, 9; Cons. const., 29.07.2004, Rs. Nr. 2004-498 DC, *Loi relative à la bioéthique*, Rn. 4-7; Cons. const., 12.06.2018, Rs. Nr. 2018-765 DC, *Loi relative à la protection des données personnelles*, Rn 3.

673. Aufgrund der besonderen Struktur der E.U., die eine eigene Rechtsordnung schafft, die in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten aufgenommen worden ist, erscheint die Debatte um das Letztentscheidungsrecht endlos. Das Unionsrecht ist gerade keine zusätzliche Ebene einer hierarchischen Normenpyramide, sondern vielmehr ein grenzüberschreitendes Organisationsprinzip²²¹³, das Zuständigkeits- und Normenverschachtelungen nach sich zieht. Nationales und Unionsrecht bilden ein System, das aus verschiedenen, voneinander abhängigen Rechtsordnungen erschaffen ist. Somit erscheinen alle Rechtsordnungen, die an diesem Rechtskonstrukt mitwirken, notwendig. Aus diesem Grund sollte auch der Perspektivismus eines jeden mitgliedstaatlichen Gerichts darin Beachtung finden, anstatt verdrängt zu werden, denn die nationalen Rechtsprechungen tragen erheblich zur Fortbildung des Unionsrechts bei, sowie zu dessen Akzeptanz im jeweiligen Mitgliedstaat.

Somit erscheint die Pluralität verschiedener Auslegungsansätze hinsichtlich des Unionsrechts denkbar, denn es gibt gerade keinen absoluten, externen „Gottesstandpunkt“²²¹⁴ mit Anspruch auf Allgemeingültigkeit, der auch mit Blick auf den Anwendungsbereich der Charta eine Hierarchisierung der Auslegungen rechtfertigen könnte. Die Gerichte wenden sich aus diesem Grund so genannten heterarchischen Lösungen zu, die dem Richter und seiner Rechtsprechung eine zentrale Rolle zusprechen: Lösungen der Rechtsprechung sind von Natur aus flexibler als gesetzliche Lösungen²²¹⁵.

II. Das heterarchische Konzept als Lösungsansatz

674. Immer mehr Gerichte wenden sich Koordinierungslösungen heterarchischer Art zu, wobei ein hierarchischer Lösungsansatz aktuell noch überwiegt. Eine Ausweitung des heterarchischen Konzepts als Paradigma der Auslegung des Anwendungsbereichs der Charta würde jedoch die Schwierigkeiten, die sich aufgrund der unterschiedlichen Auslegungen stellen, überwinden. Mithin sprechen gute Gründe dafür, den vertikalen Ansatz des hierarchischen Paradigmas durch einen horizontalen Ansatz des heterarchischen Paradigmas zu ersetzen.

²²¹³ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?: pour une théorie dialectique du droit*, Brüssel, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, S. 65, 76.

²²¹⁴ A. PETERS, „Rechtsordnungen und Konstitutionalisierung: Zur Neubestimmung der Verhältnisse“, *ZÖR*, 2010, Vol. 65, Nr. 3, S. 51.

²²¹⁵ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?: pour une théorie dialectique du droit*, Brüssel, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, S. 67, 68.

Dies ist möglich mithilfe eines *realistischen* Verständnisses des Begriffs „Auslegung“, der auch dieser Arbeit zugrunde liegt. Ein solches Verständnis beruht auf der *Theorie des Realismus*²²¹⁶ an der Schnittstelle zu der *Theorie des Rechts im Netz* (théorie du droit en réseau) von F. Ost und M. van de Kerchove²²¹⁷, sofern sie sich auf folgende zwei Prämissen stützen: Erstens schafft die Rechtsprechung Recht und zweitens liegt im Rahmen eines Streitfalles nicht nur eine mögliche Lösung vor, sondern es bestehen mehrere Optionen, die alle gültig sind. Diese Theorien berücksichtigen die Realität des Rechts, das heißt die praktische Anwendung und den tatsächlichen Kontext und nicht die rein theoretische Einschätzung einer Situation, wie von der klassischen *Theorie des Normativismus* befürwortet²²¹⁸. In diesem Sinne spielen Richter eine immer größere Rolle²²¹⁹, auf die sich die heterarchischen Lösungsansätze hauptsächlich gründen.

1. Die in der Union entwickelten heterarchischen Lösungsansätze

a) Die Gleichwertigkeit des Grundrechtsschutzes

675. Das erste Beispiel einer heterarchischen Koordinierung des nationalen und des Unionsrechts zeigt sich an der Diskussion um die Gleichwertigkeit des Grundrechtsschutzes. Die Gleichwertigkeit zielt nicht auf die absolute Vereinheitlichung des Schutzes, sondern die Beibehaltung eines Gestaltungsspielraums für jeden Mitgliedstaat ab²²²⁰. Sie führt zu einer parallelen Anwendung der verschiedenen Grundrechte aufgrund der Vermutung der Gleichwertigkeit. Gleichwertigkeit unterscheidet sich jedoch von der Gleichheit des Schutzes; sie strebt vielmehr eine Vergleichbarkeit des Schutzes an.

676. Eine solche Gleichwertigkeit des Schutzes wurde zwischen den in der Charta festgehaltenen Unionsgrundrechten und der EMRK vom Europäischen Gerichtshof für

²²¹⁶ G. DORNSEIFER, *Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik Adolf Merckels*, Berlin, Duncker & Humblot, 1979; W. KRAWIETZ, *Recht als Regelsystem*, Wiesbaden, Steiner, 1984; É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2006; A. ROSS, *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Leipzig, F. Deuticke, 1929.

²²¹⁷ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?: pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

²²¹⁸ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?: pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002; É. MILLARD, in: D. ALLAND, S. RIALS (Hrsg.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2014, „réalisme“, S. 1297-1299; M. TROPER, „Le réalisme et le juge constitutionnel“, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, Juni 2007, Nr. 22, S. 125.

²²¹⁹ M. DELMAS-MARTY, *La refondation des pouvoirs. Les forces imaginantes du droit*, 3, Paris, Éd. du Seuil, 2007.

²²²⁰ EKMR, Entsch., 09.02.1990, Rs. Nr. 13258/87, *M. & Co.*

Menschenrechte (i.F. EGMR) und dem EuGH lange anerkannt²²²¹. Angesichts der Tatsache, dass die Charta stark der EMRK entlehnt ist, erscheint diese Anerkennung folgerichtig. Darüber hinaus ist die Gleichwertigkeit in Artt. 52 Abs. 3 und 53 der Charta festgelegt.

677. Diese feste Verankerung der Gleichwertigkeit zwischen der Charta und der EMRK hat die Anerkennung der Gleichwertigkeit zwischen der Charta und den nationalen Grundrechten erleichtert, da in der Regel alle Mitgliedstaaten bereits den Standard der EMRK einhalten. Diese Anerkennung erklärt sich auch dadurch, dass die ursprünglichen allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts zum Teil den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten entsprungen sind. Die Gleichwertigkeit wurde auch in Art. 53 der Charta verankert und vom EuGH mehrmals bestätigt²²²², auch wenn eine Begrenzung im Fall einer Beeinträchtigung „d[es] Schutzniveau[s] der Charta, (...) de[s] Vorrang[s], d[er] Einheit und d[er] Wirksamkeit des Unionsrechts“ in der Entscheidung *Melloni* vorgenommen wurde²²²³.

Das BVerfG hat ebenfalls relativ früh in der Entscheidung *Solange II* die Gleichwertigkeit des Schutzes mit den Gemeinschaftsgrundrechten anerkannt²²²⁴, wohingegen der französische Conseil constitutionnel dies nicht explizit tut. Eine solche Gleichwertigkeit kann dennoch aus seiner Rechtsprechung zur Verfassungsidentität abgeleitet werden²²²⁵, wonach die nationalen, von der Verfassung geschützten Grundrechte, die auch im Unionsrecht vorgesehen sind, der so genannten Verfassungsidentität nicht angehören. Das Konzept der Verfassungsidentität wurde jedoch begründet, um dem nationalen Verfassungsrecht und den Grundrechten einen Vorrang gegenüber dem Unionsrecht einzuräumen. Wenn die Verfassungsidentität die nationalen Grundrechte, die auch auf europäischer Ebene vorgesehen sind, somit nicht umfasst, lässt sich daraus ableiten, dass die nationalen Grundrechte keinen Vorrang gegenüber den Unionsgrundrechten genießen. Dies spricht mithin für die Bejahung einer Gleichwertigkeit.

²²²¹ EGMR, GK, 30.06.2005, Rs. Nr. 45036/98, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlande*, §156 ff. In seinen Entscheidungen verweist der EuGH immer wieder auf die EMRK, z.B.: EuGH, 26.09.2018, Rs. C-180/17, *X und Y*, Rn 31.

²²²² EuGH, 14.10.2004, Rs. C-36/02, *Omega*, Slg 2004, I-09609; EuGH, 22.12.2010, Rs. C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, Slg 2010, I-13693; EuGH, GK, 26.02.2013, Rs. C-617/10, *Åkerberg Fransson*; EuGH, GK, 26.02.2013, Rs. C-399/11, *Melloni*.

²²²³ EuGH, GK, 26.02.2013, Rs. C-399/11, *Melloni*, Rn 60.

²²²⁴ BVerfG, 22.10.1986, 2 BvR 197/83, *Solange II*, BVerfGE 73, 339, Rn 132. Vor kurzem erneut bekräftigt: BVerfG, 06.11.2019, 1 BvR 16/13, *Recht auf Vergessen I*, NJW 2020, 300, Rn 60 und 72.

²²²⁵ F.-X. MILLET, „Réflexions sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux“, *RFDA*, 2012, Nr. 2, S. 308.

678. Aus der Gleichwertigkeit des Grundrechtsschutzes resultiert die Annahme eines gemeinsamen Schutzniveaus und eines Gestaltungsspielraums zugunsten jedes Gerichts. Der Schutz muss daher nicht unbedingt gleich sein und die daraus resultierenden Unterschiede in der Auslegung des Anwendungsbereichs der Charta sind gewissermaßen geduldet. In diesem Sinne folgt die Gleichwertigkeit des Grundrechtsschutzes einem heterarchischen Ansatz. Gleichmaßen ist der Richterdialog als Koordinierungslösung heterarchischer Art für die unterschiedlichen Auslegungen des Anwendungsbereichs der Charta anzuerkennen.

b) Der Richterdialog

679. Die rechtliche Natur des Richterdialogs ist umstritten²²²⁶, aber man kommt nicht umhin seine Auswirkung auf das gesprochene und geltende Recht anzuerkennen. Dieser Dialog kann als heterarchisches Koordinierungsinstrument verstanden werden. In diesem Sinne besteht er aus verschiedenen Aspekten, die vom „institutionalisierten“ bis zum „informellen und impliziten Dialog“ gehen. Es ist die Gesamtheit dieses Dialogspektrums, die den Richterdialog als Koordinierungslösung qualifiziert.

680. Der gesetzlich geregelte Fall des Richterdialogs ist das in Art. 267 AEUV vorgesehene Vorabentscheidungsverfahren. Dieses Verfahren ermöglicht ein Frage-Antwort-Spiel zwischen den nationalen Gerichten und dem EuGH, wobei sowohl Fragesteller als auch Antwortender eine Einflussmöglichkeit auf den Verfahrensausgang zugestanden wird. Die Art und Weise, wie die Vorlagefrage von nationalen Gerichten formuliert wird, beeinflusst die Antwort des EuGH, die wiederum die Entscheidung der nationalen Gerichte beeinflusst. Verschiedene Beispiele eines solchen mittelbaren bzw. unmittelbaren Dialogs zwischen den französischen Gerichten und dem EuGH sind bekannt²²²⁷. Hingegen hat das BVerfG von diesem institutionalisierten Dialog nicht oft Gebrauch gemacht. Die erste Vorlagefrage war mit so vielen Details und Warnungen gespickt, dass der Antwortspielraum des EuGH sehr beschränkt war²²²⁸. Die zweite

²²²⁶ S. hierzu: P.-Y. MONJAL, P. JAN, C. GESLOT (Hrsg.), *La concurrence des juges en Europe. Le dialogue en question*, Actes du colloque international de Tours des 25, 26 et 27 novembre 2015, Paris, Clément Juglar, 2018, u. insbes. S. 130 ff.; N. LEPOUTRE, „L’impact de l’hétérogénéité du dialogue sur sa juridicité“; M.H. RANDALL, « Der grundrechtliche Dialog der Gerichte in Europa », *EuGRZ*, 2014, Nr. 1-5, S. 5-19.

²²²⁷ Zur Priorität des Mechanismus der vorrangigen Frage der Verfassungsmäßigkeit: Cons. const., 03.12.2009, Rs. Nr. 2009-595 DC, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, Rn 14; Cass. QPC, 16.04.2010, Rs. Nr. 10-40.002, *MM. Melki et Abdeli*; EuGH, GK, 22.06.2010, Rs. C-188 und 189/10, *Melki und Abdeli*, Slg 2010, I-05667; Cons. const., 12.05.2010, Rs. Nr. 2010-605 DC, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, Rn 10-16; Cons. const., 22.07.2010, Rs. Nr. 2010-4/17 QPC, *M. Alain C. et autres*, Rn 11. Zur Streitsache bezüglich der Anwendung der Charta im Ausländerrecht: siehe §649.

²²²⁸ BVerfG, 14.01.2014, 2 BvR 2728/13, 2729/13, 2730/13, 2731/13, 2 BvE 13/13, *OMT-Vorlagebeschluss*, BVerfGE 134, 366.

Vorlagefrage hat dazu geführt, dass das BVerfG die Antwort des EuGH für *ultra-vires* erklärt hat²²²⁹. Diese beiden Beispiele bezeugen eine konfliktbehaftete Beziehung im Rahmen des gesetzlich geregelten Falles des Richterdialogs. Dahin gehend scheint die Mitteilung des BVerfG in den Entscheidungen *Recht auf Vergessen*, nachdem es mit dem EuGH in Kooperation arbeiten wird und nicht zögern wird, dem EuGH Vorabentscheidungen vorzulegen, inhaltsleer zu sein²²³⁰.

681. Die – nicht in den Verträgen vorgesehene – „richterliche Diskussion“ kann ebenfalls als „institutionalisierter Dialog“ angesehen werden, denn sie ist integraler Bestandteil des Integrationsprozesses²²³¹. Die „richterliche Diskussion“ trägt keine andere als eine politische Verpflichtung in sich, die die Gerichte in Zukunft binden könnte. Allein die Bereitschaft zu reagieren bzw. reagieren zu lassen wirkt sich auf die zu fällende Entscheidung als Teil der Diskussion aus. Im Gegensatz zu den französischen Gerichten ist dieser Dialog dem BVerfG zum Grundrechtsschutz und Anwendungsbereich des Grundrechtsschutzes schon immer vorgezogen. Die *Solange I- und II-*, *Antiterrordateigesetz-*, *Europäischer Haftbefehl II-* und *Recht auf Vergessen I und II-* Entscheidungen bezeugen diese ständige Diskussion²²³².

682. Entgegen dem „institutionalisierten Dialog“ erfolgt der „informelle Dialog“ auf spontane und unilaterale Weise, die keine Symmetrie im Sinne eines Frage-Antwort-Turnus verlangt. Es handelt sich vielmehr um richterliche Quermonologe²²³³. Diese „informellen Dialoge“ sind aber eine wertvolle Quelle, um die unterschiedlichen Auslegungen des Anwendungsbereichs der Charta heterarchisch in Einklang zu bringen. Ein „informeller

²²²⁹ BVerfG, 05.05.2020, 2 BvR 859/15, 980/16, 2006/15, 1651/15, *EZB-Kaufprogramm*, NVwZ 2020, 857. Über die Entscheidung: EuGH, GK, 11.12.2018, Rs. C-493/17, *Weiss u.a.*

²²³⁰ BVerfG, 06.11.2019, 1 BvR 276/17, *Recht auf Vergessen II*, NJW 2020, 314, Rn 68 ff.

²²³¹ L. BURGORGUE-LARSEN, „De l'internationalisation du dialogue des juges. Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois“, in: *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, S. 104.

²²³² EuGH, 12.11.1969, Rs. C-29/69, *Stauder / Stadt Ulm*, Slg 1969, 419; EuGH, 17.12.1970, Rs. C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH / Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Slg 1970, 1125; BVerfG, 29.05.1974, 2 BvL 52/71, *Solange I*, BVerfGE 37, 271; EuGH, 27.10.1976, Rs. C-130/75, *Prais Rat*, Slg 1976, 01589 (Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheiten); EuGH, 08.04.1976, Rs. C-43/75, *Defrenne / SABENA*, Slg 1976, 455 (Nichtdiskriminierung auf Grund des Geschlechts); EuGH, 13.02.1979, Rs. C- 85/76, *Hoffmann-La Roche / Kommission*, Slg 1979, 461 (Verteidigungsrechte); BVerfG, 22.10.1986, 2 BvR 197/83, *Solange II*, BVerfGE 73, 339; EuGH, GK, 26.02.2013, Rs. C-617/10, *Åkerberg Fransson*, Rn 19- 31; EuGH, GK, 26.02.2013, Rs. C-399/11, *Melloni*, Rn 60; BVerfG, 24.04.2013, 1 BvR 1215/07, *Antiterrordateigesetz*, BVerfGE 133, 277, Rn 88-91; EuGH, 06.03.2014, Rs. C-206/13, *Siragusa*, Rn 24-26; EuGH, 10.07.2014, Rs. C-198/13, *Julian Hernández u.a.*, Rn 32-36; BVerfG, 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, *Europäischer Haftbefehl II*, BVerfGE 140, 317; EuGH, GK, 05.04.2016, Rs. C-404/15 und C-659/15 PPU, *Aranyosi und Căldăraru*; BVerfG, 06.11.2019, 1 BvR 16/13, *Recht auf Vergessen I*, NJW 2020, 300; BVerfG, 06.11.2019, 1 BvR 276/17, *Recht auf Vergessen II*, NJW 2020, 314.

²²³³ H. MUIR-WATT, G. TUSSEAU, „Repenser le dévoilement de l'idéologie juridique: une approche fictionnelle de la gouvernance globale“, in: B. BONNET (Hrsg.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, 2016, S. 198.

expliziter Dialog“ wird bejaht, wenn der Verweis auf eine fremde Rechtsordnung, bzw. Entscheidung eindeutig formuliert ist. Der Dialog zeigt sich in der Redaktionsweise der Entscheidungen (beispielsweise durch Verweise auf eine ausländische Entscheidung)²²³⁴ und in persönlichen Kontakten zwischen Richtern, bzw. Gerichten (in Richtervereinen bzw. -netzwerken)²²³⁵. Die Kenntnis von den ausländischen Rechtsordnungen, und damit den Gründen für eine abweichende Rechtsprechung, erweist sich als entscheidend, um den eigenen Lösungsansatz einer Entscheidung im Rahmen des Dialogs zu überdenken und somit die Koordinierung der unterschiedlichen Auslegung zu ermöglichen.

683. Der „informelle implizite Dialog“ hingegen kann angesichts seiner geringen dialogischen Aspekte kaum als Dialog im engeren Sinne bezeichnet werden. Er ist weder organisiert, noch formalisiert. Hinweise auf die Existenz eines solchen „informellen impliziten Dialogs“ verstecken sich vielmehr in den Arbeitsweisen der Gerichte, in der Analyse des Kontexts, in dem eine Entscheidung erlassen wurde, in dem Auffinden von Analogieschlüssen zwischen verschiedenen ausländischen Gerichten und auch in den Schlussanträgen der Generalanwälte²²³⁶. Dieser Dialog zeigt, dass Gerichte sich annähern und nicht den Widerstand suchen: da er implizit ist, besteht keine Pflicht zur Antwort²²³⁷.

c) Fazit

684. Die Verbindung des Aspekts der Gleichwertigkeit des nationalen sowie europäischen Grundrechtsschutzes und des Richterdialogs im Rahmen der Auslegung des Anwendungsbereichs der Charta erlaubt pluralistische Auslegungsansätze. Solche Lösungen streben nicht die Beseitigung der unterschiedlichen Auslegung, sondern ihre Koordinierung an. Sie dienen der Vermeidung von Konfliktpotenzial, indem sie die Pluralität der Akteure, bzw. der Auslegung akzeptiert. Jedoch ist der Rückgriff auf solche heterarchischen Lösungsmodelle nur sehr vereinzelt zu beobachten. Im Rahmen der

²²³⁴ BVerfG, 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, *Europäischer Haftbefehl II*, BVerfGE 140, 317, Rn 47.

²²³⁵ Zum Beispiel : Vereinigung der Staatsräte und obersten Verwaltungsgerichte der E.U. (ACA-Europe); Netzwerk der Präsidenten der obersten Gerichte der E.U.; Konferenz der Präsidenten der Berufungsgerichte der E.U. (Conférence des Présidents des Cours d'appel de l'Union européenne); 23rd colloquium of the Association of Councils of State and the Supreme Administrative Jurisdictions of the European Union, Madrid, 25-26 June 2012, "Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union by national courts: the experience of administrative courts".

²²³⁶ V. CHAMPEIL-DESPLATS, „Réflexions sur les portées respectives de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne“, in: B. BONNET (Hrsg.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, 2016, S. 1147, 1148.

²²³⁷ Zum Beispiel kann die Entscheidung *Arcelor* des Conseil d'État (CE Assemblée, 08.02.2007, Rs. Nr. 287110, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*) als Beispiel für einen informellen impliziten Dialog angesehen werden, weil die darin enthaltene Schlussfolgerung, die die Anforderungen des nationalen und Unionsrecht berücksichtigt, den Schlussanträgen des Generalanwalts Matthias Guyomar entspricht.

Auslegung des Anwendungsbereichs der Charta werden hauptsächlich hierarchische Ansätze angewandt, wobei diese zu keinen zufriedenstellenden Auslegungsergebnissen geführt haben.

2. Generelle Koordinierung der Auslegungen durch die Heterarchie

685. Der Erfolg einer heterarchischen Koordinierung der unterschiedlichen Auslegung ist ganz von der Bemühung der Aufhebung des Letztentscheidungsrechts abhängig²²³⁸. Dies fordert eine Zustimmung zur Entschlusslosigkeit der letztendlichen Entscheidungsbefugnis als gemeinsames Merkmal und nicht als Schwachstelle²²³⁹. Da das europäische Grundrechtsschutzsystem aus EMRK, Charta und den nationalen Verfassungen besteht, stimmt es mit dem hierarchischen pyramidenförmigen Modell nicht überein. Der Grundrechtsschutz resultiert aus verschiedenen Rechtsordnungen, die vielmehr miteinander verflochten als übereinandergelegt sind. Aufgrund dieser Verflechtung ist für die Bestimmung des Anwendungsbereichs der Charta ein Gleichgewicht des europäischen Grundrechtsschutzsystems unerlässlich. Die Bestimmung des Anwendungsbereichs mittels eines heterarchischen Ansatzes ist angesichts Indizien im Primärrecht und durch die Effektivitätsgarantie der durch die Charta geschützten Grundrechte gerechtfertigt.

a) Indizien des heterarchischen Paradigmas im Unionsrecht

686. Das heterarchische Paradigma ist zwar nicht ausdrücklich in den E.U.-Verträgen erwähnt, äußert sich aber in einem Bündel von Indizien. Das erste Indiz liegt in der horizontalen Erstellung der Charta. Der Text wurde im Rahmen einer breiten Repräsentativität der Institutionen, ohne *a priori* festgelegten Rahmen für die Arbeitsweise²²⁴⁰, öffentlich und nach einem partizipativen Verfahren verfasst. Diese Erstellungsmethode hat den Text der Charta stark beeinflusst, so dass der Titel VII zu den allgemeinen Bestimmungen über die Auslegung und Anwendung der Charta eine horizontale Kooperation des Grundrechtsschutzes in Europa begründet, der auf „gegenseitiger Verweisung, Bezugnahme und Respekt“ basiert²²⁴¹.

²²³⁸ L. AZOULAI, „Conclusions générales“, in: É. DUBOUT, S. TOUZE (Hrsg.), *Les droits fondamentaux: charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, S. 327.

²²³⁹ É. DUBOUT, „Droits fondamentaux et pluralisme constitutionnel dans l'Union européenne“, in: R. TINIERE, C. VIAL (dir.), *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: entre évolution et permanence, Actes du colloque annuel de la CEDECE, Association d'études européennes*, Montpellier, Bruylant, 2015, S. 120.

²²⁴⁰ Der Konvent entschied, nicht durch Wahlen, sondern einstimmige Entscheidungen zu treffen.

²²⁴¹ O. LEPSIUS, „Grundrechtspluralismus in Europa“, in: J. MASING, M. JESTAEDT, D. CAPITANT u.a. (Hrsg.), *Strukturfragen des Grundrechtsschutzes in Europa*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, S. 60.

687. Darüber hinaus rechtfertigen die Grundprinzipien des Unionsrechts, die für die Auslegung des Anwendungsbereichs der Charta erforderlich sind, eine heterarchische Koordinierung der unterschiedlichen Auslegungsansätze. Der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung (Artt. 5 Abs. 1 und 2 EUV) setzt eine funktionelle – und daher keine vertikale – Organisation der Zuständigkeit zwischen nationalem und Unionsrecht voraus. Das Prinzip des gegenseitigen Vertrauens innerhalb der Mitgliedstaaten²²⁴² begründet die Gleichwertigkeit des Grundrechtsschutzes und der Grundsatz der Verfahrenautonomie²²⁴³ der nationalen Gerichte ist ein Mittel, um die Vielfalt der Anwendungen des Unionsrechts zu gewährleisten.

688. Schließlich begründet das Vorabentscheidungsverfahren eine heterarchische Auslegung des Unionsrecht, denn das Verfahren legt keine starre Vorlagepflicht für die Mehrheit der Gerichte fest²²⁴⁴. Den Gerichten, deren Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können und die aus diesem Grund zur Vorlage hinsichtlich einer Gültigkeits- bzw. Auslegungsfrage des Unionsrechts verpflichtet sind, wird immerhin zugestanden, die Geeignetheit der Vorlage einzuschätzen. Dieser Einschätzungsspielraum rechtfertigt infolgedessen die Pluralität der Auslegungen hinsichtlich des Anwendungsbereichs der Charta.

b) Die Anwendungsgarantie der durch die Charta gewährleisteten Grundrechte in einem heterarchischen Kontext

689. Die Bestimmung des Anwendungsbereichs der Charta im Sinne eines heterarchischen Paradigmas würde die Effektivität der durch die Charta gewährleisteten Grundrechte mithilfe mehrerer Mechanismen fördern. Erstens ist die Gleichwertigkeit des Grundrechtsschutzes ein wesentliches Instrument der Effektivitätsgarantie. Solange der Schutz vergleichbar ist, ist es unerheblich, ob ein Grundrecht der Charta oder ein Grundrecht einer anderen Rechtsquelle geltend gemacht wird. Wenn keine Gleichwertigkeit zwischen diesen Grundrechten besteht, kann zweitens der höchste garantierte Schutzstandard angewendet werden, es sei denn die Charta gewährt einen besonderen Schutz, der für die Verfolgung der Ziele der Union²²⁴⁵ erforderlich ist.

²²⁴² EuGH, 18.12.2014, Gutachten 2/13, *EMRK-Beitritt der EU*, Rn 191.

²²⁴³ Insbesondere: EuGH, 15.12.1971, Rs. C-51 à 54/71, *International Fruit Company u.a. / Produktschap voor Groenten en fruit*, Rn 3-4; EuGH, 11.02.1971, Rs. C-39/70, *Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor / Hauptzollamt Hamburg St Annen*, Rn 4.

²²⁴⁴ Eine Vorlagepflicht besteht nur für das Gericht, „dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können“ (Art. 267 Abs. 3 AEUV).

²²⁴⁵ Die Ziele der Union sind in Art. 3 EUV festgelegt. Der EuGH bezieht sich hierauf im Rahmen des Grundrechtsschutzes: EuGH, 17.12.1970, Rs. C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, Slg 1970, 1125, Rn 4; EuGH, 03.09.2008, Rs. C-402 und 415/05 P, *Kadi und Al Barakat International Foundation / Rat und*

690. Wenn dies der Fall ist, legen die E.U.-Verträge bindende Mechanismen fest, die jedoch nur Pflichten und Sanktionsmöglichkeiten anbieten und nicht absolute Rechtsmittel, um die Anwendung der Charta durchzusetzen. Diese Mechanismen sind die vertragliche Pflicht zur Anwendung der Charta (Art. 6 EUV), die Sanktion der Nichtanwendung der Charta durch die Vertragsverletzungsklage bezüglich einer Gerichtsentscheidung, die Unionsrecht nicht gemäß der Auslegung des EuGH interpretieren würde (Art. 258 AEUV), sowie die Entschädigung aufgrund der Nichtanwendung der Charta im Rahmen einer außervertraglichen Haftung (Artt. 268, 340 Abs. 2 AEUV).

691. Diese bindenden Sanktionsmechanismen können durch die Rechtsprechungspraxis ergänzt werden. Die Annahme der Rechtsprechungspraxis als Effektivitätsgarantie für die Anwendung der Charta beruht auf dem Postulat, dass Richter von Natur aus subjektiv sind²²⁴⁶. Die Subjektivität lässt sich vor allem in den komplexeren Streitsachen, die nicht nur eine Rechtsnorm, sondern auch die kreative und politische Dimension der Richterrolle zeigen, um pragmatische Lösungen zu finden, erkennen²²⁴⁷. Eine Wirkung der Rechtsprechungspraxis auf die Rechtsentwicklung ist damit festzustellen²²⁴⁸.

692. Die Rechtsprechungspraxis kann durch die Wechselwirkung zwischen den oben genannten Mechanismen, dem Richterdialog und der -konkurrenz untersucht werden²²⁴⁹. Diese mehrseitige Wechselwirkung setzt sich in einem Zusammenspiel der gegenseitigen Beeinflussung, der formellen und informellen Sanktionen und der möglichen Entwicklung des geschriebenen Rechts um, die der Effektivität des Grundrechtsschutzes gewährleisten kann, ohne jedoch die Verfolgung der Ziele der Union zu beeinträchtigen,.

Kommission, Slg 2008, I-06351, Rn 281-285; EuGH, 18.12.2014, Gutachten 2/13, *EMRK-Beitritt der EU*, Rn 170, 172.

²²⁴⁶ Subjektivität bedeutet nicht Parteilichkeit: B. HUREL, „Impartialité et subjectivité“, *Délibérée*, 2018, Nr. 5, insb. §14; J. FAGET, „L’acte de juger et ses biais“, *Délibérée*, 2018, Nr. 5, S. 27-30.

²²⁴⁷ B.N. CARDOZO, *La nature de la décision judiciaire*, Übers. G. Calvès, Paris, Dalloz, 2011, S. 63, 64; O. LEPSIUS, „Grundrechtspluralismus in Europa“, in: J. MASING, M. JESTAEDT, D. CAPITANT u.a. (Hrsg.), *Strukturfragen des Grundrechtsschutzes in Europa*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, S. 46; J.-S. BERGE, „Entre concurrence et dialogue des juges : du phénomène à la contrainte de circulation des décisions“, in: P.-Y. MONJAL, P. JAN, C. GESLOT (Hrsg.), *La concurrence des juges en Europe. Le dialogue en question*, Actes du colloque international de Tours des 25, 26 et 27 novembre 2015, Paris, Clément Juglar, 2018, S. 176; A.-C. MARTINEAU, *Le débat sur la fragmentation du droit international: une analyse critique*, Brüssel, Bruylant, 2016, S. 181-192.

²²⁴⁸ B. GENEVOIS, „Dialogue des juges ou confrontation sous-jacente?“, S. 36 und É. PICARD, „Le dialogue des juges: entre normativité et normalité“, S. 343, in: P.-Y. MONJAL, P. JAN, C. GESLOT (Hrsg.), *La concurrence des juges en Europe. Le dialogue en question*, Actes du colloque international de Tours des 25, 26 et 27 novembre 2015, Paris, Clément Juglar, 2018.

²²⁴⁹ P.-Y. MONJAL, P. JAN, C. GESLOT (Hrsg.), *La concurrence des juges en Europe. Le dialogue en question*, Actes du colloque international de Tours des 25, 26 et 27 novembre 2015, Paris, Clément Juglar, 2018.

E. Schlussfolgerung

693. Die Auslegung des Anwendungsbereichs der Charta erweist sich als komplexes Unterfangen, da sich die Definition selbst als schwierig gestaltet und Unterschiede in der Handhabung zwischen den zuständigen Gerichten hinsichtlich der Anwendungsfälle der Charta erkennbar werden. Aufgrund der außerordentlichen Verschachtelung zwischen nationalem und Unionsrecht betreffen die Unterschiede vor allem die Umsetzung, bzw. den Vollzug europäischer Bestimmungen mit Gestaltungsspielraum und Fälle der Beeinträchtigung der europäischen Grundfreiheiten durch innerstaatliche Maßnahmen. Unterschiede in der Auslegung sind auf die unterschiedlichen Ziele und Funktionen eines jeden Gerichts zurückzuführen, die heterogene Auslegungsansätze hervorgebracht haben. So gehen die französischen Gerichte von einem Universalismus der Menschenrechte aus, wohingegen die deutschen Gerichte vielmehr dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung folgen. Der EuGH richtet sich wiederum nach der Finalität des Unionsrechts.

694. Ein hierarchischer Lösungsansatz erscheint in diesem Kontext unangemessen. Vielmehr sollte der vertikale Ansatz des hierarchischen Paradigmas durch einen horizontalen Ansatz im Sinne eines heterarchischen Paradigmas ersetzt werden. Das heterarchische Paradigma bringt eine opportune Flexibilität mit sich, welche die durch die Hierarchie ungelösten Rechtskollisionen aufheben kann. Diese Flexibilität führt dazu, dass alle Auslegungen des Anwendungsbereichs der Charta in gewissem Maße gültig sind.

Dies ist besonders interessant, da jede Auslegung verschiedene Wirkungen auf den Anwendungsbereich ausübt, die teilweise für nachteilig, teilweise für vorteilhaft befunden werden können. In diesem Sinne könnte man behaupten, dass der Ausschluss der Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Grundfreiheiten aus dem Anwendungsbereich der Union, bzw. der Charta zu möglichen Verletzungen dieser Grundfreiheiten führen würde und dies eine negative Wirkung auf den Europäischen Wirtschaftsraum haben könnte. Umgekehrt erscheinen die, durch die nationalen Gerichte durchgeführten, Kontrollen der Grundfreiheiten sinnvoll, denn es macht die starke wirtschaftsorientierte Auslegung der E.U.-Grundrechte durch den EuGH wett. Gleichfalls besteht das Risiko für den BVerfG einen Teil seiner Zuständigkeiten und daher seiner Regulierungsfunktion zu verlieren. Dies hat eine übermäßige Begrenzung des Anwendungsbereichs der Charta zur Folge. Auf der anderen Seite haben einige dieser Begrenzungen eine wesentliche Verbesserung des Grundrechtsschutzes in der Union ermöglicht und den EuGH zu mehr Kreativität und Offenheit gezwungen. Letztlich hat die fast ausschließliche richterrechtliche Entwicklung

des Grundrechtsschutzes in Frankreich zu einer unpräzisen Auslegung des Anwendungsbereichs der Charta geführt. Gleichzeitig wird dadurch jedoch eine offene Auslegung des Anwendungsbereichs befürwortet, die sich ohne weiteres in die unionsrechtliche Rechtsprechung integrieren lässt und damit die unionsrechtliche Fortentwicklung fördert.

695. Das heterarchische Paradigma eignet sich besonders für die Beibehaltung dieser positiven Wirkungen der voneinander abweichenden Auslegungsarten und begrenzt parallel dazu die negativen Auswirkungen auf den Anwendungsbereich der Charta. Darüber hinaus gewährt dieses Paradigma eine Koordinierung zwischen den unterschiedlichen Auslegungen, die sich auf wechselseitige Teilnahmeeinladungen der Gerichte stützt. Dies macht die diversen Auslegungsansätze hinsichtlich des Anwendungsbereichs der Charta leichter annehmbar und gewährt Vielfalt im Rahmen des gemeinsamen europäischen Grundrechtsschutzes.

696. Die Auslegungsunterschiede zum Anwendungsbereich der Charta sollen folglich durch das heterarchische Paradigma koordiniert werden. Der Rückgriff auf die verschiedenen Mechanismen, insoweit die Anerkennung der Gleichwertigkeit der nationalen und europäischen Grundrechte, die Anwendung des höchsten garantierten Grundrechtsschutzstandards, die Befürwortung und Stärkung des Richterdialogs und der Richterkonkurrenz sind für diesen Lösungsansatz notwendig. Die erforderliche Wechselwirkung zwischen diesen Mechanismen wird sodann Bestandteil des neuen Paradigmas, das Kreativität, Flexibilität und Pluralismus akzeptiert sowie fordert und innerhalb dessen kontinuierliches Lernen Voraussetzung ist²²⁵⁰.

²²⁵⁰ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, Brüssel, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, S. 18.

BIBLIOGRAPHIE

§1- Dictionnaires et lexiques

D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, 1649 p.

G. CORNU (ASSOCIATION HENRI CAPITANT), *Vocabulaire juridique*, 13^{ème} éd., Paris, PUF, 2020, 1091 p.

Dictionnaire CNRTL [en ligne], disponible sous : www.cnrtl.fr/definition/

Dictionnaire Larousse [en ligne] :

- **Italien/français**, disponible sous : www.larousse.fr/dictionnaires/italien-francais/
- **Anglais/français**, disponible sous : www.larousse.fr/dictionnaires/anglais-francais/
- **Espagnol/français**, disponible sous : www.larousse.fr/dictionnaires/espagnol-francais/

Dictionnaire Linguee [en ligne], disponible sous : www.linguee.fr/francais-polonais/

M. DOUCET, K. FLECK, *Dictionnaire juridique et économique. Allemand-français*, Tome 2, 7^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2012, 1226 p.

F. DE LA FUENTE, *Dictionnaire juridique de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 582 p.

S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 27^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2019-2020, 1139 p.

J. PRUVOST (dir.), *Le nouveau Littré*, Paris, éd. Garnier, 2004, 1639 p.

J. REY-DEBOVE, A. REY, P. ROBERT (dir.), *Le Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Le Robert, 2018, 2836 p.

A. REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Le Robert, 2010, 2614 p.

§2- Théorie du droit

A) Ouvrages (monographies et thèses non publiées)

B. BARRAUD, *Repenser la pyramide des normes à l'ère des réseaux : pour une conception pragmatique du droit*, Paris, L'Harmattan, 2012, 392 p.

H. CAPITANT, *Conception, Méthode et Fonction du Droit comparé d'après R. Saleilles*, Paris, Rousseau, 1914, 50 p.

B.N. CARDOZO, *La nature de la décision judiciaire*, trad. G. CALVÈS, Paris, Dalloz, 2011, 122 p.

M. DELMAS-MARTY :

- *Pour un droit commun*, Paris, Éd. du Seuil, 1994, 305 p.
- *Le relatif et l'universel. Les forces imaginantes du droit, 1*, Paris, Éd. du Seuil, 2004, 439 p.
- *Vers un droit commun de l'humanité*, Paris, Textuel, 2005, 142 p.
- *Le pluralisme ordonné. Les forces imaginantes du droit, 2*, Paris, Éd. du Seuil, 2006, 303 p.
- *La refondation des pouvoirs. Les forces imaginantes du droit, 3*, Paris, Éd. du Seuil, 2007, 299 p.

G. DORNSEIFER, *Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik Adolf Merckels*, Berlin, Duncker & Humblot, 1979, 135 p.

H. KELSEN :

- *La démocratie. Sa nature – Sa valeur*, traduction de la 2^{ème} éd. C. Eisenmann, Paris, Sirey, 1932 (rééd. Dalloz 2004), 121 p.
- *Théorie pure du droit*, trad. de la 2^{ème} éd. par C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1977, 496 p.
- *Théorie générale des normes*, trad. O. Beau et F. Malkani, Paris, PUF, 1996, 604 p.

W. KRAWIETZ, *Recht als Regelsystem*, Wiesbaden, Steiner, 1984, 231 p.

P. LEGRAND, *Comparer les droits, résolument*, Paris, PUF, 2009, 630 p.

J.F. LINDNER, *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, 611 p.

A.-C. MARTINEAU, *Le débat sur la fragmentation du droit international : une analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, 2016, 584 p.

É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2006, 136 p.

MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, Genève, Barrillot & Fils, 1748, Livre XI, Chapitre VI.

F. OST, M. VAN DE KERCHOVE :

- *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 596 p.
- *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, 602 p.

P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, Université du Luxembourg, 2009, 592 p.

A. ROSS, *Introduction à l'empirisme juridique*, trad. É. Millard, E. Matzner, Paris, LGDJ, 2004, 231 p.

M. TROPER, *La philosophie du droit*, 5^{ème} éd., Paris, PUF, 2018, 126 p.

B) Ouvrages collectifs, actes de colloques

- M. AVBELJ, J. KOMÁREK (éd.)**, *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 424 p.
- S. CAUDAL (dir.)**, *Les principes en droit*, Actes du colloque organisé à l'Université Jean Moulin-Lyon 3 les 13 et 14 décembre 2007, Paris, Economica, 2008, 384 p.
- P. GERARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.)**, *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1983, 584 p.
- I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT et al. (dir.)**, *Les sources du droit revisitées*, vol. 3 : normativités concurrentes, Limal, Université Saint Louis, 2012, 323 p.
- S. HENNETTE-VAUCHEZ, M. MÖSCHEL, D. ROMAN (dir.)**, *Ce que le genre fait au droit*, Actes d'une journée d'études à Nanterre le 19 septembre 2012, Paris, Dalloz, 2013.
- Le pluralisme*, APD, tome 49, Paris, Dalloz, 2006, 499 p.

C) Mélanges

- La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Paris, Dalloz, 2007, 538 p.

D) Contributions et interventions

- J. ALLARD, L. VAN DEN EYNDE**, « Le dialogue des jurisprudences comme source du droit », in : I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT et al. (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 3 : normativités concurrentes, Limal, Université Saint Louis, 2012, p. 285-315.
- D. BODEN**, « Le pluralisme juridique en droit international privé », in : *Le pluralisme*, APD, tome 49, Paris, Dalloz, 2006, p. 275-316.
- É. MILLARD**, in : D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, « réalisme », p. 1297-1299.
- P. MUZNI**, « Approches théoriques du pluralisme », in : M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juge européen des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p.13-31.
- F. OST**, « Juge pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », in : P. GERARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1983, p. 1-70.
- K.-P. SOMMERMAN**, « (§16) Funktionen und Methoden der Grundrechtsvergleichung », in : D. MERTEN, H.-J. PAPIER (éd.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, vol. 1 : Entwicklung und Grundlagen, Heidelberg, C.F. Müller, 2004, p. 631-678.

- D. TERRE**, « Le pluralisme et le droit », in : *Le pluralisme*, APD, tome 49, Paris, Dalloz, 2006, p. 69-83.
- F. TERRE**, « L'hétérarchie juridique », in : *La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Paris, Dalloz, 2007, p. 447-457.
- M. TROPER**, in : D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, « interprétation », p. 843-847.
- M. VILLEY**, « Modes classiques d'interprétation du droit », in : *L'interprétation dans le droit*, APD 1972, Paris, Sirey, 1972, p. 71-88.

E) Articles, chroniques

- S. BESSON**, « From European Integration to European Integrity : Should European Law Speak Just One Voice ? », *ELJ*, 2004, n° 3, p. 257-281.
- V. CHAMPEIL-DESPLATS**, « Droit, pluralité des modes de normativité et internormativité. Regard juridique » [en ligne], *La Revue des droits de l'homme*, 13 mai 2019, disponible sous : <http://journals.openedition.org/revdh/6413>
- H. DUMERY**, « Sciences – vue d'ensemble » [en ligne], *Encyclopaedia Universalis*, [consulté le 27 septembre 2019], disponible sous : www.universalis.fr
- S. HENNETTE-VAUCHEZ, C. GIRARD**, « Théories du genre et théorie du droit », *Savoir/Agir*, 2012, n° 20, p. 53-59.
- K.N. LLEWELLYN**, « Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound », *Harvard Law Review*, 1931, vol 44, n° 8, p. 1222-1264.
- H. MUIR WATT**, « droit comparé » [en ligne], *Encyclopaedia Universalis*, [consulté le 24 septembre 2019], disponible sous : www.universalis.fr
- M.-C. PONTTHOREAU**, « Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique », *RIDC*, 2005, n° 1, p. 7-27.
- H. RABAULT**, « Le problème de l'interprétation de la loi : la spécificité de l'herméneutique juridique » [en ligne], *Le portique - Revue de philosophie et de sciences humaines*, 2005, n° 15, disponible sous : <https://journals.openedition.org/leportique/587>
- M. TROPER**, « Le réalisme et le juge constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, juin 2007, n° 22, p. 125-131.

§3- Union européenne

A) Ouvrages (monographies et thèses non publiées)

- A. BAILLEUX**, *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire : essai sur la figure du juge traducteur*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2009, 733 p.
- M. BLANQUET**, *Droit général de l'Union européenne*, 11^{ème} éd., Paris, Sirey, 2018, 1035 p.
- C. BLUMANN, L. DUBOIS**, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 7^{ème} éd., Paris, LexisNexis, 2019, 1039 p.
- C. BOUTAYEB**, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5^{ème} éd., Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éd., 2018, 802 p.
- S.U. COLELLA**, *La restriction des droits fondamentaux dans l'Union européenne : notions, cadre et régime*, Bruxelles, Bruylant, 2018, 615 p.
- É. DEAL**, *La garantie juridictionnelle des droits fondamentaux communautaires*, Thèse de doctorat (non publiée), Université Paul Cézanne, 2006, 738 p.
- L. DUBOIS, C. BLUMANN**, *Droit matériel de l'Union européenne*, 8^{ème} éd., Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2019, 974 p.
- S. FRANcq**, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, Paris, LGDJ, 2005, 722 p.
- W. FRENZ**, *Handbuch Europarecht* :
- vol. 1 : Europäische Grundfreiheiten, 2^{ème} éd., Berlin, Springer, 2012, 1236 p.
 - vol. 4 : Europäische Grundrechte, Berlin, Springer, 2009, 1717 p.
- H. GAUDIN, M. BLANQUET, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et al.**, *Les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne*, Tome 1 : Droit constitutionnel et institutionnel de l'Union européenne, Paris, Dalloz, 2014, 1003 p.
- C. GAUTHIER, S. PLATON, D. SZYMCZAK**, *Droit européen des droits de l'homme*, Paris, Sirey-Dalloz, 2016, 518 p.
- A. HARATSCH, C. KOENIG, M. PECHSTEIN**, *Europarecht*, 11^{ème} éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 2018, 807 p.
- G. ISAAC, M. BLANQUET**, *Droit général de l'Union européenne*, 10^{ème} éd., Paris, Sirey, 2012, 768 p.
- J.-P. JACQUE**, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 9^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2018, 854 p.
- H.-D. JARASS**, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union unter Einbeziehung der vom EuGH entwickelten Grundrechte und der Grundrechtsregelungen der Verträge : Kommentar*, 3^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2016, 563 p.

- T. KINGREEN**, *Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999, 231 p.
- R. LECOURT**, *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 1976, 321 p.
- J. MEYER, M. ENGELS**, *Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union : Berichte und Dokumentation*, Deutscher Bundestag, Berlin, 2001, 392 p.
- L. PAILLER**, *Le respect de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans l'espace judiciaire européen en matière civile et commerciale*, Paris, Pedone, 2017, 547 p.
- M. PECHSTEIN**, *Entscheidungen des EuGH : Kommentierte Studienauswahl*, 10^{ème} éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 2018, 915 p.
- P. PESCATORE** :
- *Vade-mecum. Recueil de formules et de conseils pratiques à l'usage des rédacteurs d'arrêts*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 317 p.
 - *L'ordre juridique des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 316 p.
- T. RACHO**, *Le système européen de protection des droits fondamentaux*, Thèse de doctorat (non publiée), Université Paris II Panthéon-Assas, 2018, 649 p.
- A. REMEDEM**, *La protection des droits fondamentaux par la Cour de justice de l'Union européenne*, Thèse de doctorat (non publiée), Université de Clermont I, 2013, 469 p.
- H.-W. RENGELING, P. SZCEKALLA**, *Grundrechte in der Europäischen Union – Charta der Grundrechte und Allgemeine Rechtsgrundsätze*, Cologne, Carl Heymanns Verlag, 2004, 1271 p.
- T. RONSE**, *Les compétences de l'Union européenne*, Bruxelles, Éditions de l'université de Bruxelles, 2017, 362 p.
- D. SIMON**, *Le système juridique communautaire*, 3^{ème} éd., Paris, PUF, 2001, 779 p.
- R. STREINZ**, *Europarecht*, 11^{ème} éd., Heidelberg, C.F. Müller, 2019, 550 p.
- R. TINIERE**, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 708 p.
- J.H.H. WEILER**, *The Constitution of Europe, « Do the new clothes have an emperor ? » and Other Essays on European Integration*, Cambridge, Cambridge university press, 1999, 364 p.

B) Ouvrages collectifs, actes de colloques

- L. AZOULAI (dir.)**, *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Colloque organisé par le Centre de droit européen de l'Université Panthéon-Assas les 4 et 5 décembre 2009 à Paris, Bruxelles, Bruylant, 2011, 362 p.

- A. VON BOGDANDY, J. BAST** (éd.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2^{ème} éd., Berlin, Springer, 2009, 1094 p.
- A. BOUVERESSE, D. RITLENG** (dir.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Paris, Bruylant, 2018, 253 p.
- L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, 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, 837 p.
- C. CALLIESS, M. RUFFERT** (éd.), *EUV, AEUV – Kommentar*, 5^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2016, 3140 p.
- COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES** (éd.), *Rencontre judiciaire et universitaire 27-28 septembre 1976*, Luxembourg, Office des publications officielles des communautés européennes, 1976.
- S. VAN DROOGHENBROECK, F. PICOD** (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 1279 p.
- D. EHLERS** (éd.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 4^{ème} éd., Berlin, De Gruyter, 2014, 948 p.
- B. FAVREAU** (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, Actes du colloque organisé à Luxembourg le 16 mai 2008, Bruxelles, Bruylant, 2010, 382 p.
- W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH** (dir.), *Les nouvelles : Droit des Communautés européennes*, Bruxelles, Larcier, 1969, 1193 p.
- G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES** (dir.), *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne*, Paris, Société de législation comparée, 2012, 336 p.
- A. HATJE, P.-C. MÜLLER-GRAFF, C. GRABENWARTER** (éd.), *Enzyklopädie Europarecht*, vol. 2 : Europäischer Grundrechtsschutz, Baden-Baden, Nomos, 2014, 874 p.
- S. HESELHAUS, C. NOWAK** (éd.), *Handbuch der europäischen Grundrechte*, 2^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2020, 1633 p.
- S.-Y. KAUFMANN** (éd.), *Grundrechtecharta der Europäischen Union. Mitglieder und Beobachter des Konvents berichten*, Bonn, Europa-Union-Verlag, 2001, 216 p.
- C.-O. LENZ, K.D. BORCHARDT** (éd.), *EU-Verträge Kommentar – EUV/AEUV/GRCh*, 6^{ème} éd., Cologne, Bundesanzeiger Verlag, 2012, Art. 51 GRCh, 3403 p.
- P. MAGNETTE, E. REMACLE** (éd.), *Le nouveau modèle européen*, vol. 1 : Institutions et gouvernance, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2000, 174 p.
- R. MEHDI** (dir.), *L'avenir de la justice communautaire, enjeux et perspectives*, Journée nationale d'étude CEDECE en mars 1998 à Aix-en-Provence, Paris, La documentation française, 1999, 142 p.

- J. MEYER** (éd.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4^{ème} éd., Baden-Baden, Nomos, 2014, 859 p.
- J. MEYER, S. HÖLSCHIEDT** (éd.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 5^{ème} éd., Baden-Baden, Nomos, 2019, 1030 p.
- M. PECHSTEIN, C. NOWAK, U. HÄDE** (éd.), *Frankfurter Kommentar. EUV - GRC - AEUV*, vol. 1 : EUV und GRC, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, 6538 p.
- J. RIDEAU** (dir.) :
- *De la communauté de droit à l'union de droit*, Paris, LGDJ, 2000, 515 p.
 - *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne : dans le sillage de la Constitution européenne*, Colloque organisé à Nice les 11 et 12 mai 2007, Bruxelles, Bruylant, 2009, 489 p.
- K. RIESENHUBER** (éd.), *Europäische Methodenlehre*, 3^{ème} éd., Berlin, De Gruyter, 2015, 663 p.
- J. ROSSETTO, A. BERRAMDANE** (éd.), *Regards sur le droit de l'Union européenne après l'échec du Traité constitutionnel*, Tours, Presses universitaires François-Rabelais, 2007, 304 p.
- M. SACHS, K. STERN** (éd.), *Europäische Grundrechte-Charta : Kommentar*, Munich, C.H. Beck, 2016, 852 p.
- J. SCHWARZE** (éd.), *EU-Kommentar*, 4^{ème} éd., Baden-Baden, Nomos, 2019, 3840 p.
- R. STREINZ** (éd.), *EUV/AEUV*, 2^{ème} et 3^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2012 et 2018, respectivement 2948 et 2873 p.
- F. SUDRE, H. LABAYLE** (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Journée nationale d'étude de la Commission pour l'étude des Communautés européennes (CEDECE) les 4 et 5 novembre 1999 à Montpellier, Bruxelles, Bruylant, 2000, 531 p.
- P.J. TETTINGER, K. STERN** (éd.), *Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta*, Munich, C.H. Beck, 2006, 840 p.
- R. TINIERE, C. VIAL** (dir.), *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : entre évolution et permanence*, Actes du colloque annuel de la CEDECE, Bruxelles, Bruylant, 2015, 414 p.
- UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS** (org.), *Vers une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : Table ronde du 18 mai 2000 sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, La documentation française, 2000, 115 p.
- C. VEDDER, W. HEINTSCHEL VON HEINEGG** (éd.), *Europäisches Unionsrecht : EUV, AEUV, GRCh*, 2^{ème} éd., Baden-Baden, Nomos, 2018, 1665 p.

S.A. DE VRIES, U. BERNITZ, S. WHEATHERILL (éd.), *The EU Charter of Fundamental Rights as a binding instrument : five years old and growing*, Portland, Hart Publishing, 2015, 372 p.

C) Mélanges

L'identité du droit de l'Union européenne. Mélanges en l'honneur de Claude Blumann, Bruxelles, Bruylant, 2015, 829 p.

Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan, vol. 1 et 2, Bruxelles, Bruylant, 2004, 1784 p.

Scrutinizing internal and external dimensions of European law. Liber amicorum Paul Demaret, vol. 1, Bruxelles, PIE-Peter Lang, 2013, 548 p.

Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch, Tome 2, Bruxelles, Bruylant, 1972, 977 p.

Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué, Paris, Dalloz, 2010, 787 p.

Mélanges en l'honneur du professeur Joël Molinier, Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2012, 682 p.

D) Contributions et interventions

J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « À qui appartient le contrôle des droits fondamentaux en Europe ? », in : B. FAVREAU (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, Actes du colloque organisé à Luxembourg le 16 mai 2008, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 39-60.

L. AZOULAI, « L'effectivité du droit de l'Union et les droits fondamentaux », in : A. BOUVERESSE, D. RITLENG (dir.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Paris, Bruylant, 2018, p. 221-239.

L. AZOULAI, in : L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, 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, Art. II-113, p. 689-714.

R. BADINTER, « La Charte des droits fondamentaux à la lumière des travaux de la Convention sur l'avenir de l'Europe », in : *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 143-155.

A. BAILLEUX, in : S. VAN DROOGHENBROECK, F. PICOD (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, Art. 52-2, p. 1113-1142.

M. BENLOLO CARABOT, « La mise en œuvre de la Charte », in : *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : mode d'emploi*, Colloque organisé au Conseil

d'État le 20 novembre 2014 par l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation et la Société de législation comparée, paru dans : *Justice et Cassation*, 2015, n° 9, p. 444-452.

A. VON BOGDANDY, in : E. GRABITZ, M. HILF (éd.), *Kommentar zur Europäischen Union*, Tome 1, Munich, C.H. Beck, 1995, Art. 5 EGV.

M. BOROWSKI, in : J. MEYER (éd.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4^{ème} éd., Baden-Baden, Nomos, 2014, Art. 51, p. 743-771.

A. BOUVERESSE, « L'effectivité comme argument d'autorité de la norme », in : A. BOUVERESSE, D. RITLENG (dir.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Paris, Bruylant, 2018, p. 63-85.

L. BURGORGUE-LARSEN :

- in : L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, 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, Art. II-112, p. 658-688.
- « Champ d'application de la Charte des droits fondamentaux et droits garantis par la Charte des droits fondamentaux (seconde partie) », in : *L'Europe et les droits de l'Homme*, Colloque organisé par la Délégation des barreaux de France et le Conseil national des barreaux le 1^{er} avril 2011, publié dans : *La lettre juridique (Lexbase)*, Mai 2012, n° 486.

N. CARIAT, in : S. VAN DROOGHENBROECK, F. PICOD (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2017, Art. 53, p. 1143-1160.

J. COMBACAU, « Le droit international : bric à brac ou système ? », in : R. SEVE, *Le système juridique*, APD 31, Paris, Sirey, 1986, p. 85-105.

T. VON DANWITZ :

- « Grundrechtsschutz im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts nach der Charta der Grundrechte », in : *Staatsrecht und Politik. Festschrift für Roman Herzog*, C.H. Beck, Munich, 2009, p. 19-33.
- « (§6) Gerichtlicher Schutz der Grundrechte », in : A. HATJE, P.-C. MÜLLER-GRAFF, C. GRABENWARTER (éd.), *Enzyklopädie Europarecht*, vol. 2 : Europäischer Grundrechtsschutz, Baden-Baden, Nomos, 2014, p. 255-301.
- « L'autonomie du droit de l'Union et la mise en œuvre de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in : *L'identité du droit de l'Union européenne. Mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 539-550.

P. DEUMIER, « Le champ d'application de la Charte entre droit de l'Union européenne et droits fondamentaux », in : *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* :

- mode d'emploi*, Colloque organisé au Conseil d'État le 20 novembre 2014 par l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation et la Société de législation comparée, paru dans : *Justice et Cassation*, 2015, n° 9, p. 391-402.
- O. DUBOS**, « L'effet utile et l'effectivité dans l'Union européenne : identification normative », in : A. BOUVERESSE, D. RITLENG (dir.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Paris, Bruylant, 2018, p. 49-62.
- L. DUBOIS**, « Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes », in : L. FAVOREU (dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Actes du II^e colloque d'Aix-en-Provence des 19, 20 et 21 février 1981, Paris, Economica, 1982, p. 429-451.
- E. DUBOUT**, « Être ou ne pas être (du droit) ? Effectivité et champ d'application du droit de l'Union européenne », in : A. BOUVERESSE, D. RITLENG (dir.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Paris, Bruylant, 2018, p. 87-119.
- J. DUTHEIL DE LA ROCHERE**, « Droits fondamentaux : quelle place dans l'architecture de l'Union », in : *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 263-278.
- D. EHLERS** :
- « (§7) Allgemeine Lehren der Grundfreiheiten », in : D. EHLERS (éd.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 4^{ème} éd., Berlin, De Gruyter, 2014, p. 239-314.
 - « (§14) Allgemeine Lehren der Unionsgrundrechte », in : D. EHLERS (éd.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 3^{ème} et 4^{ème} éd., Berlin, De Gruyter, 2009 et 2014, respectivement p. 443-484 et p. 513-580.
- H.-P. FOLZ**, in : C. VEDDER, W. HEINTSCHEL VON HEINEGG (éd.), *Europäisches Unionsrecht : EUV, AEUV, GRCh*, 2^{ème} éd., Baden-Baden, Nomos, 2018, Art. 51 GR-Charta, p. 1389-1396.
- J. GERKRATH**, « Als krönender Abschluss des Grundrechtsschutzes in der EU verlangt die Charta nach einer breiten und dezentralisierten Anwendung », in : J. MASING, M. JESTAEDT, D. CAPITANT *et al.* (éd.), *Strukturfragen des Grundrechtsschutzes in Europa*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, p. 3-44.
- K. GROENENDIJK**, « Reverse Discrimination, Family Reunification and Union Citizens of Immigrant Origin », in : E. GUILD, C. J. GORTÁZAR ROTAECHE, D. KOSTAKOPOULOU (éd.), *The Reconceptualization of European Union Citizenship*, La Haye, Brill Nijhoff, 2014, p. 169-188.
- A. HATJE**, in : J. SCHWARZE (éd.), *EU-Kommentar*, 4^{ème} éd., Baden-Baden, Nomos, 2019, Art. 51 GR-Charta, p. 3531-3539.
- A. ILIOPOULOU-PENOT**, « La densification normative de la Charte des droits fondamentaux de l'Union », in : *La Constitution, l'Europe et le droit : liber amicorum*

discipulorumque. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet, Paris, Publications de la Sorbonne, 2013, p. 639-659.

J.-P. JACQUÉ :

- « Droits fondamentaux et compétences internes de la Communauté européenne », in : *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 1007-1028.
- « La Cour de justice face à l'article 51 de la Charte des droits fondamentaux. Timidité ou perspectives d'ouverture », in : *Scrutinizing internal and external dimensions of European law. Liber amicorum Paul Demaret*, vol. 1, Bruxelles, PIE-Peter Lang, 2013, p. 211-228.
- « Conclusions générales », in : A. BOUVERESSE, D. RITLÉNG (dir.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Paris, Bruylant, 2018, p. 241-248.

W. KAHL, in : C. CALLIÉSS, M. RUFFERT (éd.), *EUV, AEUV – Kommentar*, 5^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2016, Art. 4 EUV, p. 72-124.

T. KINGREEN, in : C. CALLIÉSS, M. RUFFERT (éd.), *EUV, AEUV – Kommentar*, 5^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2016, Art. 51 GRCh, p. 2949-2964.

E. KLEIN, « Unmittelbare Geltung, Anwendbarkeit und Wirkung von Europäischem Gemeinschaftsrecht » [en ligne], in : *Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut*, 1988, n° 119, p. 3-30, disponible sous : <https://europainstitut.de/fileadmin/schriften/119.pdf>

R. KOVAR :

- « La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire », in : *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1993, vol. IV, Book 1, p. 15-122.
- « “Le règlement est directement applicable dans tout État membre” : certes mais encore », in : *Mélanges en l'honneur du professeur Joël Molinier*, Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2012, p. 355-372.

J. KÜHLING, « Grundrechte », in : A. VON BOGDANDY, J. BAST (éd.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2^{ème} éd., Berlin, Springer, 2009, p. 657-704.

H. KUTSCHER, « Méthodes d'interprétation vues par un juge à la Cour », in : COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES (éd.), *Rencontre judiciaire et universitaire 27-28 septembre 1976*, Luxembourg, Office des publications officielles des communautés européennes, 1976, p. I-1–I-53.

C. LADENBURGER, in : P.J. TETTINGER, K. STERN (éd.), *Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta*, Munich, C.H. Beck, 2006, Art. 51, p. 759-774.

C. LADENBURGER, J. VONDUNG, in : M. SACHS, K. STERN (éd.), *Europäische Grundrechte-Charta : Kommentar*, Munich, C.H. Beck, 2016, Art. 51, p. 756-780.

- J.-V. LOUIS**, « La primauté du droit de l'Union, un concept dépassé ? », in : *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 443-461.
- M. LUBER**, « Haftung der Mitgliedstaaten – die unionsrechtliche Staatshaftung » [en ligne], *Staats-haftung*, actualisation : novembre 2019, disponible sous : www.staats-haftung.de/staatshaftungsrecht/europarecht/mitgliedstaaten/#_Toc496383039
- J.-C. MASCLET**, Débats du jeudi 4 novembre 1999 (après-midi), in : F. SUDRE, H LABAYLE (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Journée nationale d'étude de la Commission pour l'étude des Communautés européennes (CEDECE) les 4 et 5 novembre 1999 à Montpellier, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 499-508.
- J. ANDRIANTSIMBAZOVINA**, « Unité ou dualité du système de protection des droits fondamentaux de l'Union européenne dans le Traité de Lisbonne ? », in : *Mélanges en l'honneur du professeur Joël Molinier*, Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2012, p. 15-21.
- E. NEFRAMI**, « Quelques réflexions sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et le principe d'attribution », in : *L'identité du droit de l'Union européenne. Mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 431-445.
- C. NOWAK**, « (§9) Grundrechtsberechtigte und Grundrechtsadressaten », in : S. HESELHAUS, C. NOWAK (éd.), *Handbuch der europäischen Grundrechte*, 2^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2020, p. 201-240.
- E. PACHE**, in : M. PECHSTEIN, C. NOWAK, U. HÄDE (éd.), *Frankfurter Kommentar. EUV - GRC - AEUV*, vol. 1 : EUV und GRC, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, Art. 51 GRC, p. 1662-1680.
- P. PESCATORE**, « Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice », in : *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, Tome 2, Bruxelles, Bruylant, 1972, p. 325-363.
- F. PICOD** :
- « Pour un développement durable des droits fondamentaux de l'Union européenne », in : *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 527-545.
 - in : S. VAN DROOGHENBROECK, F. PICOD (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2017, Art. 51, p. 1059-1082.
- S. PROGIN-THEUERKAUF**, « (§19) Freizügigkeit und Aufenthaltsfreiheit », in : S. HESELHAUS, C. NOWAK (éd.), *Handbuch der europäischen Grundrechte*, 2^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2020, p. 454-469.

J.-P. PUISOCHET, « Des traités et des juges : la fonction de la jurisprudence dans l'élaboration du droit communautaire », in : *Problèmes d'interprétation à la mémoire de Constantinos N. Kakouris*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 303-320.

J. RIDEAU :

- « Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes. Techniques de protection », in : L. FAVOREU (dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Actes du IIe Colloque d'Aix-en-Provence des 19-20 et 21 février 1981, Paris, Economica, 1982, p. 411-427.
- « Les limites de la protection juridictionnelle des droits de l'homme », in : F. SUDRE, H. LABAYLE (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Journée nationale d'étude de la Commission pour l'étude des Communautés européennes (CEDECE) les 4 et 5 novembre 1999 à Montpellier, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 399-427.
- « Le développement de la protection juridictionnelle des droits de l'Homme dans l'Union européenne : symboles et effectivité », in : R. MEHDI (dir.), *L'avenir de la justice communautaire, enjeux et perspectives*, Journée nationale d'étude CEDECE en mars 1998 à Aix-en-Provence, Paris, La documentation française, 1999, p. 83-115.

F. RIGAUX, « (Chapitre III) Nature juridique des Communautés », in : W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH (dir.), *Les nouvelles : Droit des Communautés européennes*, Bruxelles, Larcier, 1969, p. 27-40.

J.-M. SAUVE, « La Charte, son champ d'application », in : *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : mode d'emploi*, Colloque organisé au Conseil d'État le 20 novembre 2014 par l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation et la Société de législation comparée, paru dans : *Justice et Cassation*, 2015, n° 9, p. 384-390.

P. SCHONARD, in : C.-O. LENZ, K.D. BORCHARDT (éd.), *EU-Verträge Kommentar – EUV/AEUV/GRCh*, 6^{ème} éd., Cologne, Bundesanzeiger Verlag, 2012, Art. 51 GRCh, p. 3332-3339.

F. SCHORKOPF, « (§3) Grundrechtsverpflichtete », in : A. HATJE, P.-C. MÜLLER-GRAFF, C. GRABENWARTER (éd.), *Enzyklopädie Europarecht*, vol. 2 : Europäischer Grundrechtsschutz, Baden-Baden, Nomos, 2014, p. 137-160.

W. SCHROEDER, in : R. STREINZ (éd.), *EUV/AEUV*, 3^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2018, Art. 288 AEUV, p. 2353-2388.

A. SCHWERTFEGGER, in : J. MEYER, S. HÖLSCHIEDT (éd.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 5^{ème} éd., Baden-Baden, Nomos, 2019, Art. 51, p. 904-940.

D. SIMON, « La communauté de droit », in : F. SUDRE et H. LABAYLE (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Journée nationale

- d'étude de la Commission pour l'étude des Communautés européennes (CEDECE) les 4 et 5 novembre 1999 à Montpellier, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 85-123.
- V. SKOURIS**, « L'interaction entre les libertés fondamentales et les libertés publiques en droit communautaire », in : *Mélanges en l'honneur de Philippe Léger. Le droit à la mesure de l'homme*, Paris, Pedone, 2006, p. 497-506.
- R. STOTZ**, « (§22) Die Rechtsprechung des EuGH » in : K. RIESENHUBER (éd.), *Europäische Methodenlehre*, 3^{ème} éd., Berlin, De Gruyter, 2015, p. 491-518.
- R. STREINZ, W. MICHL** :
- in : R. STREINZ (éd.), *EUV/AEUV*, 2^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2012, Art. 52 GRCh, p. 2867-2873.
 - in : R. STREINZ (éd.), *EUV/AEUV*, 3^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2018, Art. 51 GRCh, p. 2784-2794.
- F. SUDRE**, « Le renforcement de la protection des droits de l'Homme au sein de l'Union européenne », in : J. RIDEAU (dir.), *De la communauté de droit à l'union de droit*, Paris, LGDJ, 2000, p. 207-230.
- C. VEDDER**, in : C. VEDDER, W. HEINTSCHEL VON HEINEGG (éd.), *Europäisches Unionsrecht : EUV, AEUV, GRCh*, 2^{ème} éd., Baden-Baden, Nomos, 2018, Art. 4 EUV, p. 72-84.
- C. WALTER**, « (§1) Geschichte und Entwicklung der europäischen Grundrechte und Grundfreiheiten », in : D. EHLERS (éd.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 4^{ème} éd., Berlin, De Gruyter, 2014, p. 1-24.
- B. WEGENER**, in : C. CALLIESS, M. RUFFERT (éd.), *EUV, AEUV – Kommentar*, 5^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2016, Art. 19 EUV, p. 305-330.
- J. ZILLER**, « Le fabuleux destin des “Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne” », in : *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 765-781.

E) Articles et chroniques

- J.-F. AKANDJI-KOMBE**, « Arrêt “Akerberg Fransson” : l'application juridictionnelle de la Charte européenne des droits fondamentaux », *JDE*, 2013, n° 199, p. 184-186.
- N. ALIPRANTIS**, « Les droits sociaux sont justiciables ! », *Dr. soc.*, 2006, n° 2, p. 158-165.
- D. APPANAH**, « Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et convention européenne des droits de l'homme : entre cohérence et légitimation », *RGDIP*, 2014, n° 2, p. 333-356.
- L. AZOULAI**, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *RTD Eur.*, 2008, n° 1, p. 29-46.

A. BAILLEUX, « Entre droits fondamentaux et intégration européenne, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne face à son destin », *RTDH*, 2014, p. 215-235.

É. BARBIER DE LA SERRE, « L'empire grandissant de la Charte des droits fondamentaux », *RLC*, 2013, n° 36, p. 87-90.

F. BENOIT-ROHMER :

- « Effet horizontal de la Charte », *RTD Eur.*, 2015, n° 1, chron. n° 13, p. 160-161.
- « Champ d'application de la Charte (article 51 de la Charte) », *RTD Eur.*, 2015, n° 1, chron. n° 14, p. 161-164.

N. BERNSDORFF, M. BOROWSKI, « Grundrechte in Europa – Von der Grundrechtecharta zur Europäischen Verfassung », *DRiZ*, juin-juillet 2005, p. 188-193.

N. BERNSDORFF, « Die Europäische Grundrechte-Charta nach fünf Jahre Rechtsverbindlichkeit. Werkstattbericht und Bestandsaufnahme », *Recht und Politik*, 2014, n° 3, p. 163-175.

C. BLUMANN, « Les compétences de l'Union européenne en matière des droits de l'homme », *RAE*, 2006, n° 1, p. 11-30.

M. BOROWSKI, « Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union zwischen politischer Proklamation und rechtlicher Verbindlichkeit – Ziele, Inhalte, Konfliktlinien », *DRiZ*, juillet 2001, p. 275-287.

G. BRAIBANT, « La Charte des droits fondamentaux », *Dr. soc.*, 2001, n° 1, p. 69-75.

V. DI BUCCI, F. MANCINI, « Le développement des droits fondamentaux en tant que partie du droit communautaire », *RCADE*, 1990, Vol. I-1, p. 35-52.

L. BURGORGUE-LARSEN :

- « Ombres et Lumières de la constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Cahiers de droit européen*, 2004, n° 5-6, p. 663-690.
- « Publication de données à caractère personnel sur internet, liberté d'expression et protection de la vie privée », *D.*, Avril 2004, n° 15, p. 1062-1063.

V. CONSTANTINESCO, V. MICHEL, « Compétences de l'Union européenne », in : *Répertoire Dalloz de droit européen*, Juin 2011 (actualisation : avril 2017).

A. CONTE, « Une Europe des droits : histoire de la Charte européenne », *Les cahiers du CARDOC*, Décembre 2012, n° 9, p. 1-135.

W. CREMER, « Grundrechtsverpflichtete und Grundrechtsdimensionen nach der Charta der Grundrechte der Europäischen Union », *EuGRZ*, 2011, n° 19-21, p. 545-554.

P. CRUZ VILLALON, « Die allgemeine Bestimmungen über die Auslegung und Anwendung der Charta », *ZEuS*, 2015, n° 3, p. 265-276.

T. VON DANWITZ, « Effets juridiques des directives selon la jurisprudence récente de la Cour de justice », *RTD Eur.*, 2007, n° 4, p. 575-595.

- E. DECAUX**, « L'Europe a ses miroirs » [en ligne], *Droits fondamentaux*, 2001, n° 1, p. 31-66, disponible sous : <http://www.crdh.fr/revue-droits-fondamentaux/>
- L. DELGADO**, « Mise en œuvre du droit de l'Union et principe ne bis idem ... précisions jurisprudentielles sur l'applicabilité de la Charte des droits fondamentaux » [en ligne], *ELSJ*, 11 mars 2003, disponible sous : www.gdr-elsj.eu/
- C. DENIZEAU**, « La primauté », in : *Annuaire de droit européen*, 2006, vol. 4, p. 53-72.
- M.A. DAUSES**, « La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique des communautés européennes », *RAE*, 1992, n° 4, p. 9-21.
- L. DUBOIS**, « Objet et portée de la protection », *RIDC*, 1981, vol. 33, n° 2, p. 601-623.
- É. DUBOUT**, « Le défi de la délimitation du champ de la protection des droits fondamentaux par la Cour de justice de l'Union européenne », *European Journal of Legal Studies* 6, 2013, n° 1, p. 5-23.
- J. DUTHEIL DE LA ROCHERE**, « Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in : *JurisClasseur Europe Traité*, Fascicule 160, 2 février 2010.
- H. GAUDIN**, « Diversité et évolutions des champs d'application en droit communautaire », *RAE*, 2003-2004, n° 1, p. 5-20.
- O.J. GSTREIN, S. ZEITZMANN**, « Die "Åkerberg Fransson"-Entscheidung des EuGH – "NE BIS IN IDEM" als Wegbereiter für einen effektiven Grundrechtsschutz in der EU ? », *ZEuS*, 2013, n° 2, p. 239-260.
- M. HINDRE-GUEGUEN**, « Responsabilité des États membres », in : *Répertoire Dalloz de droit européen*, Août 2006 (actualisation : janvier 2012).
- J.-P. JACQUE**,
- « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : aspects juridiques généraux », *Rev. Eur. Droit Public*, 2002, n° 1, p. 107-126.
 - « Le traité de Lisbonne, une vue cavalière », *RTD Eur.*, 2008, n° 3, p. 439-483.
- H.D. JARASS** :
- « Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten II », *EuR*, 2000, n° 5, p. 705-723.
 - « Zum Verhältnis von Grundrechtecharta und sonstigem Recht », *EuR*, 2013, n° 1, p. 29-44.
- J. KOKOTT, C. SOBOTTA**, « The Charter of Fundamental Rights of the European Union after Lisbon » [en ligne], *EUI Working Papers AEL*, Distinguished Lectures of the Academy, Juin 2010, [consulté le 23 juillet 2018], disponible sous : <http://cadmus.eui.eu/>
- H. LABAYLE**, « Droits fondamentaux et droit européen », *AJDA*, 1998, Hors-série, p. 75-91.

- C. LADENBURGER**, « L'application pratique de la Charte des droits fondamentaux par la Commission européenne », *Rev. eur. Droit Public*, 2002, n° 1, p. 817-839.
- F. LANGE**, « Verschiebungen im europäischen Grundrechtssystem ? », *NVwZ*, 2014, n° 4, p. 169-174.
- C. LATZEL**, « Die Anwendungsbereiche des Unionsrechts », *EuZW*, 2015, n° 17, p. 658-664.
- H. LECHERER**, « Der Beitrag der allgemeinen Rechtsgrundsätze zur Europäischen Integration – Rückblick und Ausblick », *ZEuS*, 2003, n° 3, p. 337-352.
- K. LENAERTS**, :
- « Die EU-Grundrechtecharta : Anwendbarkeit und Auslegung », *EuR*, 2012, n° 1, p. 3-18.
 - « Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights », *European Constitutional Law Review*, 2012, n° 8, p. 375-403.
- C.-O. LENZ**, « EuGH-Urteil “Fransson” – Kein Anlass zum “Richterkrieg” », *EWS*, 2013, n° 3, p. I.
- R. LETTERON**, « La Charte des droits fondamentaux, le droit de l'Union, et le sac de Mary Poppins » [en ligne], *Liberté, Libertés chéries*, 7 mars 2013, disponible sous : <http://libertescheries.blogspot.fr/>
- M. LUBY**, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. II-Circulation des personnes et des services », *JDI*, Avril 2003, n° 2, p. 592-625.
- F. MARIATTE**, « Données personnelles, Internet et transfert vers un pays tiers : une problématique embarrassante, des précisions minimales et des options fondamentales », *Europe*, Janvier 2004, n° 1, comm. n° 18, p. 19-21.
- F.C. MAYER**, « La Charte européenne des droits fondamentaux et la Constitution européenne », *RTD Eur.*, 2003, n° 2, p. 175-196.
- J. MERTENS DE WILMARS**, « Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes », *Cahiers de droit européen*, 1986, n° 1, p. 5-20.
- V. MICHEL**, « Traité de Lisbonne – Refondation de l'Union », in : *Répertoire Dalloz de droit européen*, Septembre 2010 (actualisation : juin 2013).
- J. MOLINIER**, « Principes généraux », in : *Répertoire Dalloz de droit européen*, Mars 2011 (actualisation : avril 2018).
- B. MOREL**, « Le long chemin du droit de séjour des ressortissants extracommunautaires membres de la famille d'un citoyen de l'Union », *Rev. UE*, 2018, n° 616, p. 177-188.
- P. PESCATORE**, « Les droits de l'homme et l'intégration européenne », *Cahiers de droit européen*, 1968, n° 6, p. 629-655.

- S. PLATON**, « Le champ d'application des droits du citoyen européen après les arrêts Zambrano, McCarthy et Dereci », *RTD Eur.*, 2012, n° 1, p. 23-52.
- S. PUTH**, « Die unendliche Weite der Grundfreiheiten des EG-Vertrags », *EuR*, 2002, n° 6, p. 860-876.
- H.-J. RABE**, « Signal nach Luxemburg », *NJW*, 2013, n° 21, p. 3 (Editorial).
- J. RIDEAU, J.-F. RENUCCI**, « Dualité de la protection juridictionnelle européenne des droits fondamentaux : atout ou faiblesse de la sauvegarde des droits de l'Homme ? », *Justices*, 1997, n° 6, p. 95-116.
- M. RUFFERT**, « Schlüsselfragen der Europäischen Verfassung der Zukunft. Grundrechte - Institutionen - Kompetenzen Ratifizierung », *EuR*, 2004, n° 2, p. 165-201.
- O. DE SCHUTTER**, « La "Convention" : un instrument au service de l'art de gouverner ? », *La Revue Nouvelle*, juin 2001, n° 6, p. 63-74.
- D. SIMON** :
- « Directive », in : *Répertoire Dalloz de droit européen*, Décembre 1998 (actualisation : mars 2012).
 - « Ne bis in idem », *Europe*, 2013, n° 4, comm. 154.
- V. SKOURIS**, « Développements récents de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : les arrêts Melloni et Åkerberg Fransson », *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2013, p. 229-243.
- F. SUDRE**, « La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam : Vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme ? », *JCP G*, 1998, n° 1-2, p. 9-16.
- D. THYM** :
- « Die Reichweite der EU-Grundrechte-Charta – Zu viel Grundrechtsschutz ? », *NVwZ*, 2013, n° 14, p. 889-896.
 - « Blaupausenfallen bei der Abgrenzung von Grundgesetz und Grundrechtecharta », *DÖV*, 2014, n° 22, p. 941-951.
- L. USUNIER**, « L'autonomie de l'interprétation de la Charte européenne des droits fondamentaux par rapport à la Convention européenne des droits de l'Homme », *RTD Civ.*, 2014, n° 2, p. 312-318.
- P. WACHSMANN**, « Les droits de l'homme », *RTD Eur.*, 1997, n° 4, p. 883-902.
- W. WEIB**, « Grundrechtsschutz durch den EuGH : Tendenzen seit Lissabon », *EuZW*, 2013, n° 8, p. 287-292.
- M. WENDEL**, « Die Auslegung der Verfassung für Europa – Interpretationsgrundsätze und die Bedeutung der Erläuterungen des Konventspräsidiums nach Art. II-112 Abs. 7 VVE » [en ligne], *WHI – Paper*, Février 2005, n° 4/05, disponible sous : www.whi-berlin.de/

- R. WINTER**, « Deutliche Worte des EuGH im Grundrechtsbereich », *NZA*, 2013, n° 9, p. 473-478.
- M. WOLLENSCHLÄGER**, « Anwendbarkeit der EU-Grundrechte im Rahmen einer Beschränkung von Grundfreiheiten », *EuZW*, 2014, n° 15, p. 577-581.
- F. ZAMPINI**, « La Cour de justice des Communautés européennes, gardienne des droits fondamentaux “dans le cadre du droit communautaire” », *RTD Eur.*, 1999, n° 4, p. 659-707.
- M. ZULEEG**, « Die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft », *NJW*, 1994, n° 9, p. 545-549.

F) Site internet

Plateforme « Charter Click » soutenue par la Commission européenne et accessible en ligne : https://beta.e-justice.europa.eu/581/FR/fundamental_rights

G) Documents institutionnels

1. Résolutions et conclusions

- CONSEIL EUROPEEN DE COLOGNE**, *Conclusions de la présidence*, 3 et 4 juin 1999.
- CONSEIL EUROPEEN DE TAMPERE**, *Conclusions de la présidence*, 15-16 octobre 1999.
- PARLEMENT EUROPEEN**, *Résolution du 4 avril 1973 relative à la sauvegarde des droits fondamentaux des citoyens des États membres dans l'élaboration du droit communautaire*, JO C 26 du 30 avril 1973.
- PARLEMENT EUROPEEN**, *Résolution du 12 avril 1989 sur la Déclaration des droits et libertés fondamentaux*, JO C 120, 16 mai 1989, p. 51.
- PARLEMENT EUROPEEN**, *Résolution du 16 février 2017 sur les évolutions et adaptations possibles de la structure institutionnelle actuelle de l'Union européenne (2014/2248(INI))*, JO C 252 du 18 juillet 2018, p. 201-214.

2. Rapports et avis

- AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPEENNE**, *Rapport sur les droits fondamentaux 2018 – Avis de la FRA*, juin 2018.
- AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPEENNE**, *Rapport sur les droits fondamentaux 2019 – Avis de la FRA*, juin 2019.
- COMMISSION EUROPEENNE**, *Rapport 2011 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, 16 avril 2012, COM(2012) 169 final.

COMMISSION EUROPEENNE, *Rapport annuel 2018 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, 5 juin 2019, COM(2019) 257 final.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE, *Rapport annuel 2019 de l'activité judiciaire de la Cour de justice et du Tribunal de l'Union européenne*, disponible sous : www.curia.eu

PARLEMENT EUROPEEN, *Rapport A0-0321/76 du 4 octobre 1976 sur le rapport de la Commission des Communautés européennes sur la protection des droits fondamentaux*, rapporteur : L. Jozeau-Marigné, texte adopté au JO C 259 du 4 novembre 1976.

RESEAU UE D'EXPERTS INDEPENDANTS SUR LES DROITS FONDAMENTAUX, *Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne et ses États membres en 2002*, établi à la demande de la Commission européenne, 31 mars 2003.

L. TINDEMANS, *L'Union européenne*, Rapport au Conseil européen, 29 décembre 1975, Bulletin des Communautés européennes, Supplément 1/76.

3. Déclarations et communication

ASSEMBLEE, CONSEIL ET COMMISSION EUROPEENNE, *Déclaration commune concernant le respect des droits fondamentaux et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, JO C103 du 27 avril 1977, p. 1.

CONSEIL EUROPEEN DE COPENHAGUE, *Déclaration sur la démocratie*, 8 avril 1978, bulletin EC3-1978, p. 5-6.

COMMISSION EUROPEENNE, *Stratégie pour la mise en œuvre effective de la Charte des droits fondamentaux par l'Union européenne*, Communication du 19 octobre 2010, COM (2010) 573 final, pt 1.3.2.

COMMISSION EUROPEENNE, *Déclaration de la Présidente von der Leyen*, 10 mai 2020, STATEMENT/20/846.

R. SCHUMAN, *Déclaration du 9 mai 1950*.

Déclaration sur l'identité européenne, Copenhague, 14 et 15 décembre 1973.

4. Débat, audition publique et discours

H. LABAYLE, « Droits fondamentaux, citoyenneté et coopération judiciaire civile », in : *Liberté, sécurité, justice : Un agenda pour l'Europe*, Audition publique organisée par la Commission des libertés publiques du Parlement européen, Direction générale des Études du Parlement européen, LIBE 106, 1999.

K. LENAERTS, Discours prononcé lors de l'Audience solennelle à l'occasion de l'ouverture de l'année judiciaire 2018 de la CEDH à Strasbourg, disponible sous : https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2018_FRA.pdf

PARLEMENT EUROPEEN, Débat sur la protection des droits fondamentaux du 12 octobre 1976.

V. REDING, « The EU and the rule of law – What's next ? », Discours prononcé au Centre for European Policy Studies à Bruxelles le 4 septembre 2013, SPEECH 13/677.

A. VOßKUHLE, « Une pyramide ou un mobile ? – La protection des droits de l'homme par les cours constitutionnelles européennes », Discours prononcé lors de l'Audience solennelle à l'occasion de l'ouverture de l'année judiciaire 2014 de la CEDH à Strasbourg, disponible sous : www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2014_FRA.pdf

5. Réponses aux questions écrites

COMMISSION EUROPEENNE, Réponse à la question écrite n° 349/69, JOCE de 1970 n° C 20, p. 5.

COMMISSION EUROPEENNE, Réponse à la question écrite n° 100, JOCE de 1967 n° P 270, p. 2.

COMMISSION EUROPEENNE, Réponse à la question écrite n° 349/69, JOCE de 1970 n° C 20, p. 4.

6. Documents relatifs à la rédaction de la Charte par la Convention

Compte rendu de la première réunion de l'enceinte chargée d'élaborer un projet de charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 13 janvier 2001, CHARTE 4105/00.

Body 3, *Note d'information*, Questions horizontales, 20 janvier 2000, CHARTE 4111/00.

Convent 5, *Note du Présidium*, Proposition d'articles, 15 février 2000, CHARTE 4123/1/00 REV 1.

Parlement européen, Secrétariat général, Task-Force « Charte des droits fondamentaux », 7 avril 2000, PE5_DF_PV!DELE.CCDF_DCDF-200005170060FR.

Convent 27, *Note du Présidium*, Clauses horizontales, 18 avril 2000, CHARTE 4235/00.

Contrib. 181, *Note de transmission*, intervention de l'Association des Femmes de l'Europe Méridionale, 24 mai 2000, CHARTE 4314/00.

Convent 34, *Note du Présidium*, Nouvelle proposition d'articles, 16 mai 2000, CHARTE 4316/00.

Convent 46, *Note du Présidium*, Texte des explications, 31 juillet 2000, CHARTE 4423/00.

Convent 48, *Note du Présidium*, 20 septembre 2000, CHARTE 4471/00.

Contrib 324, *Note de transmission*, Contribution de l'Association des Femmes de l'Europe Méridionale, 18 septembre 2000, CHARTE 4472/00.

Contrib 328, *Note de transmission*, Communication (COM(2000) 559 final) de la Commission des Communautés européennes, 20 septembre 2000, CHARTE 4477/00.

Contrib 337, *Note de transmission*, Contribution de l'Association des Femmes de l'Europe Méridionale, 27 septembre 2000, CHARTE 4486/00.

§4- Rapports entre ordres juridiques

A) Général

1. Ouvrages (monographies et thèses non publiées)

- C. DE ARANJO**, *Justice constitutionnelle et justices européennes des droits de l'homme. Étude comparée France-Allemagne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 443 p.
- T. DE BERRANGER**, *Constitutions nationales et construction communautaire. Essai d'approche comparative sur certains aspects constitutionnels nationaux de l'intégration européenne*, Paris, LGDJ, 1995, 564 p.
- F. BROSIUS-GERSDORF**, *Bindung der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte – Die Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten nach der Rechtsprechung des EuGH, der Charta der Grundrechte der Europäischen Union und ihre Fortentwicklung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, 94 p.
- M. BÜDENBENDER**, *Das Verhältnis des Europäischen Gerichtshofs zum Bundesverfassungsgericht*, Cologne, Carl Heymanns Verlag, 2005, 338 p.
- D. BURCHARDT**, *Die Rangfrage im europäischen Normenverbund: theoretische Grundlagen und dogmatische Grundzüge des Verhältnisses von Unionsrecht und nationalem Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, 383 p.
- N. CARIAT**, *La Charte des droits fondamentaux et l'équilibre constitutionnel entre l'Union européenne et les États membres*, Bruxelles, Bruylant, 2016, 1041 p.
- A. GROßE WENTRUP**, *Die Europäische Grundrechtecharta im Spannungsfeld der Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten: eine Untersuchung am Beispiel von Art. 14 und Art. 16 EuGRC*, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, 190 p.
- J. HEUER**, *Artikel 51 Abs. 1 Satz 1 GRC: Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte*, Munich, éd. Herbert Utz, 2014, 404 p.
- B. MAIER**, *Grundrechtsschutz bei der Durchführung von Richtlinien – Eine Analyse im Spannungsfeld von Grundrechten der Europäischen Union, nationalen Grundrechten und EMRK-Rechten*, Nomos, Baden-Baden, 2013, 417 p.
- J. MALL**, *Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte – Artikel 51 Abs. 1 S. 1 GRCh und das Protokoll Nr. 30 über die Anwendung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union auf Polen und das Vereinigte Königreich*, Francfort-sur-le-Main, Peter Lang, 2012, 177 p.

J. NUSSER, *Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte : Vorgaben für die Auslegung von Art. 51 Abs. 1 S. 1 EuGrCh*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, 239 p.

F.-X. MILLET, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2013, 365 p.

H. PUTNAM, *Reason, Truth and History*, Londres, Cambridge University Press, 1982 (réimpression 1997), 222 p.

A. WALLRAB, *Die Verpflichteten der Gemeinschaftsgrundrechte : Umfang und Grenzen der Bindung der Europäischen Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten an die Grundrechte des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, Baden-Baden, Nomos, 2004, 230 p.

2. Ouvrages collectifs, actes de colloques, rapports de recherche

ASSOCIATION DES CONSEILS D'ÉTAT ET JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES SUPRÊMES DE L'UNION EUROPÉENNE, *Séminaire sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, La Haye, 24 novembre 2011, disponible sous : www.aca-europe.eu/

B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éd., 2016, 1821 p.

L. BURGORGUE-LARSEN (dir.) :

- *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2011, 168 p.
- *La Charte des droits fondamentaux saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2017, 715 p.

L. BURGORGUE-LARSEN, E. DUBOUT, A. MAITROT DE LA MOTTE, et al. (dir.), *Les interactions normatives : droit de l'Union européenne et droit international*, Paris, Pedone, 2012, 380 p.

D. CAPITANT, K.-P. SOMMERMAN, Y. VILAIN (dir.), *Actualité du droit public comparé en France et en Allemagne*, Actes des séminaires franco-allemands de droit public comparé 2006-2007, Paris, Société de législation comparée, 2009, 221 p.

P. COSSALTER, C. WITZ, *60 ans d'influences juridiques réciproques franco-allemandes*, Jubilé des 60 ans du Centre Juridique Franco-Allemand de l'Université de la Sarre, Paris, Société de législation comparée, 2016, 297 p.

L. DUBIN, M.-C. RUNAVOT, *Le phénomène institutionnel international dans tous ses états : transformation, déformation ou reformation ?*, Actes du colloque des 13 et 14 juin 2013, Paris, Pedone, 2014, 276 p.

E. DUBOUT, S. TOUZE (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, 336 p.

- É. DUBOUT, A. MAITROT DE LA MOTTE**, *L'unité des libertés de circulation. In varietate concordia ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 457 p.
- L. FAVOREU** (dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Actes du II^e colloque d'Aix-en-Provence des 19, 20 et 21 février 1981, Paris, Economica, 1982, 540 p.
- S. HENNETTE-VAUCHEZ, J.-M. SOREL** (dir.), *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisé le monde ?*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 293 p.
- É. LAGRANGE, A. HAMANN, J.-M. SOREL** (dir.), *Si proche, si loin, la pratique du droit international en France et en Allemagne*, Paris, Société de législation comparée, 2012, 455 p.
- M. LEVINET** (dir.), *Pluralisme et juge européen des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 378 p.
- F. MALHIERE** (resp. scient.), *L'élaboration des décisions des cours constitutionnelles et européennes*, Rapport GIP Mission de recherche Droit & Justice, Mai 2017, 352 p.
- J. MASING, M. JESTAEDT, D. CAPITANT et al.** (éd.), *Strukturfragen des Grundrechtsschutzes in Europa*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, 178 p.
- S. MENETREY, B. HESS**, *Les dialogues des juges en Europe*, Bruxelles, Larcier, 2014, 394 p.
- P.-Y. MONJAL, P. JAN, C. GESLOT** (dir.), *La concurrence des juges en Europe. Le dialogue en question*, Actes du colloque international de Tours des 25, 26 et 27 novembre 2015, Paris, Clément Juglar, 2018, 524 p.
- L. POTVIN-SOLIS** (dir.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 577 p.
- H. RUIZ-FABRI, M. ROSENFELD** (dir.), *Repenser le constitutionnalisme à l'âge de la mondialisation et de la privatisation*, Paris, Société de législation comparée, 2010, p. 452 p.

3. Mélanges

- Problèmes d'interprétation à la mémoire de Constantinos N. Kakouris*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 810 p.
- Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, 1166 p.
- La Constitution, l'Europe et le droit : liber amicorum discipulorumque. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2013, 1087 p.

4. Contributions et interventions

J. ALIX, « Intégrations européennes et dialogue des juges en droit pénal », in : J. BOUDON (dir.), *Concurrence des contrôles et rivalité des juges*, Paris, Mare & Martin, 2012, p. 171-197.

L. AZOULAI, « Conclusions générales », in : E. DUBOUT, S. TOUZE (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, p. 327-333.

L. AZOULAI, É. DUBOUT, « Repenser la primauté – L'intégration européenne et la montée de la question identitaire », in : B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éd., 2016, p. 567-583.

N. BELLOUBET :

- « Repenser le rôle du juge constitutionnel – Les rapports entre le Conseil constitutionnel français et les ordres juridiques européens », in : B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éd., 2016, p. 695-712.
- table ronde « Dialogue entre les juges et avec les juges », in : P.-Y. MONJAL, P. JAN, C. GESLOT (dir.), *La concurrence des juges en Europe. Le dialogue en question*, Actes du colloque international de Tours des 25, 26 et 27 novembre 2015, Paris, Clément Juglar, 2018, p. 483-521.

J.-S. BERGE, « Entre concurrence et dialogue des juges : du phénomène à la contrainte de circulation des décisions », in : P.-Y. MONJAL, P. JAN, C. GESLOT (dir.), *La concurrence des juges en Europe. Le dialogue en question*, Actes du colloque international de Tours des 25, 26 et 27 novembre 2015, Paris, Clément Juglar, 2018, p. 171-180.

B. BONNET, « Le traitement des divergences de jurisprudence entre le Conseil d'État français et la Cour européenne des droits de l'homme : trois exemples en forme d'illustration », in : P. ANCEL, M.-C. RIVIER (dir.), *Les divergences de jurisprudence*, Saint-Étienne, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2003, p. 273-282.

S. BRACQ, « Conflits horizontaux de normes et droit de l'Union européenne. Sur la frontière entre droit de la concurrence et libertés de circulation », in : F. PERALDI LENEUF, S. SCHILLER (dir.), *Les conflits horizontaux de normes*, Paris, Mare & Martin, 2014, p. 383-398.

F. BRUNET, « Pour une doctrine des controverses jurisprudentielles », in : P.-Y. MONJAL, P. JAN, C. GESLOT (dir.), *La concurrence des juges en Europe. Le dialogue en question*, Actes du colloque international de Tours des 25, 26 et 27 novembre 2015, Paris, Clément Juglar, 2018, p. 53-61.

L. BURGORGUE-LARSEN :

- « De l'internationalisation du dialogue des juges. Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois », in : *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 95-130.
- Cour de justice et cours constitutionnelles ou le temps complexe du dialogue », in : G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES (dir.), *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne*, Paris, Société de législation comparée, 2012, p. 273-285.
- « Le dialogue des juges – L'ère dialogique en question(s) – De quelques clarifications pour de meilleurs échanges académiques sur le dialogue des juges », in : B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éd., 2016, p. 771-780.

V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Réflexions sur les portées respectives de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in : B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éd., 2016, p. 1145-1156.

T. VON DANWITZ :

- Réponses au questionnaire, in : ASSOCIATION DES CONSEILS D'ÉTAT ET JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES SUPRÊMES DE L'UNION EUROPÉENNE, *Séminaire sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, La Haye, 24 novembre 2011.
- table ronde « Dialogue entre les juges et avec les juges », in : P.-Y. MONJAL, P. JAN, C. GESLOT (dir.), *La concurrence des juges en Europe. Le dialogue en question*, Actes du colloque international de Tours des 25, 26 et 27 novembre 2015, Paris, Clément Juglar, 2018, p. 483-521.

M. DELMAS-MARTY, « Vers une cinétique juridique : D'une approche statique à une approche dynamique de l'ordre juridique », in : B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éd., 2016, p. 141-150.

D. DERO-BUGNY, « La cohérence dans le système européen de protection des droits fondamentaux », in : *L'identité du droit de l'Union européenne. Mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 109-124.

P. DEUMIER, « Repenser les outils des conflits de normes entre systèmes », in : B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éd., 2016, p. 497-512.

G.A.L. DROZ, « Regards sur le droit international privé comparé : cours général de droit international privé », in : *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1991, vol. IV, tome 229, p. 9-424.

E. DUBOUT, S. TOUZE, « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », in : E. DUBOUT, S. TOUZE (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, p. 12-35.

É. DUBOUT, A. MAITROT DE LA MOTTE, « Avant-propos », in : É. DUBOUT, A. MAITROT DE LA MOTTE, *L'unité des libertés de circulation. In varietate concordia ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1-7.

E. DUBOUT, « Droits fondamentaux et pluralisme constitutionnel dans l'Union européenne », in : R. TINIERE, C. VIAL (dir.), *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : entre évolution et permanence*, Actes du colloque annuel de la CEDECE, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 107-159.

M. FROMONT :

- « Les juges constitutionnels allemand et français, défenseurs de la souveraineté nationale face à la construction européenne », in : *La Constitution, l'Europe et le droit : liber amicorum discipulorumque. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2013, p. 593-615.
- « L'influence du droit constitutionnel allemand sur le droit constitutionnel français », in : P. COSSALTER, C. WITZ, *60 ans d'influences juridiques réciproques franco-allemandes*, Jubilé des 60 ans du Centre Juridique Franco-Allemand de l'Université de la Sarre, Paris, Société de législation comparée, 2016, p. 141-162.

A. GAILLET, « La Grenouille français et le Bœuf allemand (I) – Propos franco-allemands sur les droits fondamentaux et les *Grundrechte* », in : P. COSSALTER, C. WITZ, *60 ans d'influences juridiques réciproques franco-allemandes*, Jubilé des 60 ans du Centre Juridique Franco-Allemand de l'Université de la Sarre, Paris, Société de législation comparée, 2016, p. 163-182.

B. GENEVOIS, « Dialogue des juges ou confrontation sous-jacente ? », in : P.-Y. MONJAL, P. JAN, C. GESLOT (dir.), *La concurrence des juges en Europe. Le dialogue en question*, Actes du colloque international de Tours des 25, 26 et 27 novembre 2015, Paris, Clément Juglar, 2018, p. 19-36.

C. GREWE :

- « Conclusions générales », in : S. HENNETTE-VAUCHEZ, J.-M. SOREL (dir.), *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisé le monde ?*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 277-287.
- « Repenser les fondements des rapports de systèmes », in : B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éd., 2016, p. 547-565.

- M. GUYOMAR**, « La recherche de l'harmonie entre normes internes et européennes : repenser l'équivalence », in : B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éd., 2016, p. 585-592.
- M. HABERSACK, C. MAYER**, « (§14) Die überschießende Umsetzung von Richtlinien », in : K. RIESENHUBER (éd.), *Europäische Methodenlehre*, 3^{ème} éd., Berlin, De Gruyter, 2015, p. 297-325.
- C. HOFMANN**, « (§15) Die Vorwirkung von Richtlinien », in : K. RIESENHUBER (éd.), *Europäische Methodenlehre*, 3^{ème} éd., Berlin, De Gruyter, 2015, p. 326-346.
- J.-P. JACQUE**, « Quelques considérations sur les rapports de systèmes entre ordres juridiques en Europe », in : B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éd., 2016, p. 1107-1142.
- K. LENAERTS**, « L'encadrement par le droit de l'Union européenne des compétences des États membres », in : *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 421-442.
- N. LEPOUTRE**, « L'impact de l'hétérogénéité du dialogue sur sa juridicité », in : P.-Y. MONJAL, P. JAN, C. GESLOT (dir.), *La concurrence des juges en Europe. Le dialogue en question*, Actes du colloque international de Tours des 25, 26 et 27 novembre 2015, Paris, Clément Juglar, 2018, p. 129-142.
- O. LEPSIUS**, « Grundrechtspluralismus in Europa », in : J. MASING, M. JESTAEDT, D. CAPITANT *et al.* (éd.), *Strukturfragen des Grundrechtsschutzes in Europa*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, p. 45-65.
- M. LEVINET**, « Propos introductifs », in : M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juge européen des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1-9.
- P. MAGNETTE**, « L'intégration par la coopération. Un nouveau modèle de construction européenne ? », in : P. MAGNETTE, E. REMACLE (éd.), *Le nouveau modèle européen*, vol. 1 : Institutions et gouvernance, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 25-29.
- J.-P. MARGUENAUD**, « Les divergences de jurisprudence. La question en droit européen et communautaire », in : P. ANCEL, M.-C. RIVIER (dir.), *Les divergences de jurisprudence*, Saint-Étienne, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2003, p. 261-272.
- F. MARTUCCI**, « Situations purement internes et libertés de circulation », in : É. DUBOUT, A. MAITROT DE LA MOTTE, *L'unité des libertés de circulation. In varietate concordia ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 43-104.
- F. MARTUCCI, D. RITLENG**, « L'Union européenne devant le prétoire de la Cour européenne des droits de l'Homme », in : L. DUBIN, M.-C. RUNAVOT, *Le phénomène institutionnel international dans tous ses états : transformation, déformation ou reformation ?*, Actes du colloque des 13 et 14 juin 2013, Paris, Pédone, 2014, p. 165-195.

C. MAUBERNARD, « Le pluralisme juridique régulé. L'exemple de l'Union européenne », in : M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juge européen des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 213-232.

S. MENETREY, « Dialogues et communications entre juges : pour un pluralisme dialogal », in : S. MENETREY, B. HESS, *Les dialogues des juges en Europe*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 115-127.

F.-X. MILLET :

- « L'ordre juridique international et les doctrines constitutionnalistes : au-delà du monisme et du dualisme », in : É. LAGRANGE, A. HAMANN, J.-M. SOREL (dir.), *Si proche, si loin, la pratique du droit international en France et en Allemagne*, Paris, Société de législation comparée, 2012, p. 27-54.
- « À la lumière de la Charte », in : L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *La Charte des droits fondamentaux saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2017, p. 9-31.

P.-Y. MONJAL, « Présentation – La concurrence des juges ou le dialogue des doctrines », in : P.-Y. MONJAL, P. JAN, C. GESLOT (dir.), *La concurrence des juges en Europe. Le dialogue en question*, Actes du colloque international de Tours des 25, 26 et 27 novembre 2015, Paris, Clément Juglar, 2018, p. 11-15.

H. MUIR-WATT, G. TUSSEAU, « Repenser le dévoilement de l'idéologie juridique : une approche fictionnelle de la gouvernance globale », in : B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éd., 2016, p. 169-219.

C. NIVARD, « Marge nationale d'appréciation et pluralisme dans la jurisprudence de la Cour de justice de Luxembourg », in : M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juge européen des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 169-188.

F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, « Repenser la coexistence des ordres – Repenser leurs relations », in : B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éd., 2016, p. 151-167.

P. PESCATORE, « L'application du droit communautaire dans les États membres », in : COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES (éd.), *Rencontre judiciaire et universitaire 27-28 septembre 1976*, Luxembourg, Office des publications officielles des communautés européennes, 1976, p. VI-1–VI-42.

É. PICARD, in : P.-Y. MONJAL, P. JAN, C. GESLOT (dir.), *La concurrence des juges en Europe. Le dialogue en question*, Actes du colloque international de Tours des 25, 26 et 27 novembre 2015, Paris, Clément Juglar, 2018 :

- « Le dialogue des juges : entre normativité et normalité », p. 343-345.
- « Rapport de synthèse », p. 337-341.

- S. PLATON**, « Le principe de protection équivalente. À propos d'une technique de gestion contentieuse des rapports entre systèmes », in : L. POTVIN-SOLIS (dir.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 463-494.
- J.-P. PUISSOCHET, S. GERVASONI**, « Droit communautaire et droit national : à la recherche des situations de l'ordre interne », in : *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, p. 717-732.
- D. RITLENG**, « Les États membres face aux entraves », in : L. AZOULAI (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Colloque organisé par le Centre de droit européen de l'Université Panthéon-Assas les 4 et 5 décembre 2009 à Paris, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 303-324.
- A. ROSAS**, « When is the EU Charter of fundamental Rights applicable at National Level ? », in : *Jurisprudencija, Mykolas Romeris University*, 2012, vol. 19, n° 4, p. 1269-1288.
- W.-H. ROTH, C. JOPEN**, « (§13) Die Richtlinienkonforme Auslegung », in : K. RIESENHUBER (éd.), *Europäische Methodenlehre*, 3^{ème} éd., Berlin, De Gruyter, 2015, p. 263-296.
- J.-L. SAURON**, « Le traitement des divergences de jurisprudence – La question en droit communautaire et européen », in : P. ANCEL, M.-C. RIVIER (dir.), *Les divergences de jurisprudence*, Saint-Étienne, Publications de l'Université de Saint-Étienne, p. 283-300.
- J.-M. SAUVE**, « La protection européenne des droits fondamentaux » [en ligne], intervention à l'Université catholique de Lyon le 31 janvier 2017, disponible sous : www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/La-protection-europeenne-des-droits-fondamentaux#_ftnref150
- D. SIMON** :
- « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », in : SFDI (éd.), *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, Paris, Pedone, 2000, p. 207-249.
 - « Repenser le raisonnement interprétatif : autonomie ou circulation des principes, des méthodes et des techniques, dans les rapports de systèmes », in : B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éd., 2016, p. 605-631.
- B. STIRN**, table ronde « Dialogue entre les juges et avec les juges », in : P.-Y. MONJAL, P. JAN, C. GESLOT (dir.), *La concurrence des juges en Europe. Le dialogue en question*, Actes du colloque international de Tours des 25, 26 et 27 novembre 2015, Paris, Clément Juglar, 2018, p. 483-521.

- R. STOTZ**, « Die Beachtung der Grundrechte bei der Durchführung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten – Von Stauder über Wachauf zu Åkerberg Fransson – », in : *Festschrift für Manfred A. Dausen zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck, Munich, 2014, p. 409-428.
- R. STREINZ**, « Zum Grundrechtsschutz in der Europäischen Union nach den Urteilen des EuGH in den Fällen Åkerberg Fransson und Melloni und des BVerfG zur Antiterrordatei », in : *Festschrift für Manfred A. Dausen zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck, Munich, 2014, p. 429-443.
- F. SUDRE**, « Le pluralisme saisi par le juge européen », in : M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juge européen des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 33-57.
- D. SZYMCZAK**, « Le principe de proportionnalité comme technique de conciliation des droits et libertés en droit européen », in : L. POTVIN-SOLIS (dir.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 445-461.
- R. TINIERE**, « Pluralisme juridictionnel et protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne », in : M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juge européen des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 357-376.
- M.-L. TREGUIER**, « Cours constitutionnelles, Cour de justice des Communautés européennes et droits fondamentaux », in : J. RIDEAU (dir.), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne : dans le sillage de la Constitution européenne*, Colloque organisé à Nice les 11 et 12 mai 2007, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 249-275.
- M. VERDUSSEN**,
- « Le dialogue entre les cours constitutionnelles et la Cour de justice de l'Union européenne : vers une justice post-nationale ? » [en ligne], in : *Défis constitutionnels : mondiaux et locaux*, IX^e Congrès mondial de droit constitutionnel, Colloque organisé à Oslo du 16 au 20 juin 2014, disponible sous : www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/ws5/w5-verdussen.pdf
 - « Le droit de l'Union européenne jouit-il en Belgique d'une singularité constitutionnelle par rapport au droit international ? », in : L. BURGORGUE-LARSEN, E. DUBOUT, A. MAITROT DE LA MOTTE, et al. (dir.), *Les interactions normatives : droit de l'Union européenne et droit international*, Paris, Pedone, 2012, p. 87-105.
- X. VOLMERANGE**, « L'Union européenne en tant que révélateur de l'identité constitutionnelle en France et en Allemagne », in : D. CAPITANT, K.-P. SOMMERMAN, Y. VILAIN (dir.), *Actualité du droit public comparé en France et en Allemagne*, Actes des séminaires franco-allemands de droit public comparé 2006-2007, Paris, Société de législation comparée, 2009, p. 27-37.
- N. WALKER**, « Au-delà des conflits de compétence et des structures fondamentales : cartographie du désordre normatif global des ordres normatifs », in : H. RUIZ-FABRI, M.

ROSENFELD (dir.), *Repenser le constitutionnalisme à l'âge de la mondialisation et de la privatisation*, Paris, Société de législation comparée, 2010, p. 45-73.

M. WENDEL, « (§8) Verfassungsrecht – Völkerrecht – Europarecht », in : N. MARSCH, Y. VILAIN, M. WENDEL (éd.), *Französisches und Deutsches Verfassungsrecht*, Berlin, Springer, 2015, p. 371-427.

5. Articles et chroniques

M. AUBERT, E. BROUSSY, H. CASSAGNABERE, « La Cour précise le champ d'application de la charte des droits fondamentaux ainsi que ses rapports avec la Conv. EDH et les systèmes de protection des droits fondamentaux des États membres », *AJDA*, 2013, n° 20, p. 1154.

J.-S. BERGE, « La confiance mutuelle, les libres circulations et la question du sens : bref panorama de l'espace judiciaire européen » [en ligne], *ELSJ*, 21 mars 2019, disponible sous : www.gdr-elsj.eu/

A. BERRAMDANE, « Considérations sur les perspectives de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne », *RDUE*, 2009, n° 3, p. 441-459.

S. BUCHER, « Die Bindung der Mitgliedstaaten an die EU-Grundrechtecharta bei Ermessensspielräumen, insbesondere in Fällen der Richtlinienumsetzung und unter Berücksichtigung der Folgerechtsprechung zu "Akerberg Fransson" », *ZEuS*, 2016, n° 2, p. 203-233.

F. CAULET, « Le principe d'effectivité comme pivot de répartition des compétences procédurales entre les États membres et l'Union européenne », *RTD Eur.*, 2012, n° 3, p. 594-29 [en ligne].

P. CORRE, « La confiance mutuelle, fondement du mandat d'arrêt européen et outil modulateur d'intégration de l'État membre », *Rev. UE*, 2020, n° 635, p. 74-80.

O. COUVERT-COUSTERA, « Dans quelle mesure le traité de Rome s'oppose-t-il à ce qu'un État membre adopte une disposition contraire à une directive pendant le délai de transposition de celle-ci ? », *AJDA*, 1998, n° 5, p. 451-457.

W. CREMER, « Der programmierte Verfassungskonflikt : Zur Bindung der Mitgliedstaaten an die Charta der Grundrechte der Europäischen Union nach dem Konventsentwurf für eine Europäische Verfassung », *NVwZ*, 2003, n° 12, p. 1452-1457.

H.-J. CREMER, « Grundrechtsvielfalt und Grundrechtskonflikte im europäischen Mehrebenensystem – Lösungsstrategien », *EuGRZ*, 2011, n° 8-9, p. 225-229.

E. DUBOUT, « Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : unitarisme constitutif versus pluralisme constitutionnel – Réflexions autour de l'arrêt Melloni », *Cahiers de droit européen*, 2013, n° 2, p. 293-317.

- E.M. FRENZEL**, « Die Charta der Grundrechte als Maßstab für mitgliedstaatliches Handeln zwischen Effektivierung und Hyperintegration », *Der Staat*, 2014, vol. 53, n° 1, p. 1-29.
- K. GAEDE**, « Minimalistischer EU-Grundrechtsschutz bei der Kooperation im Strafverfahren », *NJW*, 2013, n° 18, p. 1279-1282.
- A. GAILLET**, « Confiance et méfiance autour du mandat d'arrêt européen », *AJDA*, 2016, n° 20, p. 1112-1119.
- R. GEIß**, « Europäischer Grundrechtsschutz ohne Grenzen ? », *DÖV*, 2014, p. 265-272.
- J. GERKRATH**, « Le principe de l'égalité de traitement et l'accès des femmes aux emplois dans les unités armées dans la Bundeswehr », *Europe*, Décembre 2000, n° 12, chron. n° 11, p. 5-7.
- P. GOOREN**, « Geltung und Anwendung der EU-Grundrechte-Charta – Nationale Sachverhalte », *NVwZ*, 2013, n° 9, p. 561-564.
- C. GREWE**, « L'impact de la protection internationale des droits de l'homme sur le droit constitutionnel comparé : flux et reflux », *RIDC*, 2016, n° 4, p. 927-943.
- J. HECKER**, « Die europäische Integration vor dem Bundesverfassungsgericht und dem Conseil constitutionnel », *AöR*, 1998, vol. 123, p. 577-605.
- P.M. HUBER**, « Unitarisierung durch Gemeinschaftsgrundrechte – Zur Überprüfungsbedürftigkeit der ERT-Rechtsprechung – », *EuR*, 2008, n° 2, p. 190-200.
- H.-D. JARASS**, « Die Bindung der Mitgliedstaaten an die EU-Grundrechte », *NVwZ*, 2012, n° 8, p. 457-461.
- T. KINGREEN**, « Ne bis in idem : Zum Gerichtswettbewerb um die Deutungshoheit über die Grundrechte », *EuR*, 2013, n° 4, p. 446-454.
- N. KRISCH**, « The Case for Pluralism in Postnational Law » [en ligne], *LSE Law Working Papers*, 2009, n° 12, p. 1-45, disponible sous : <http://www.lse.ac.uk/law/working-paper-series>
- K. LENAERTS**, « Kooperation und Spannung im Verhältnis von EuGH und nationalen Verfassungsgerichten », *EuR*, 2015, n° 1, p. 3-28.
- V. LOBIER**, « Les cours constitutionnelles et l'enchevêtrement des systèmes de protection des droits fondamentaux. L'exemple du mandat d'arrêt européen - 1ère Partie » [en ligne], *RDLF*, 2015, chron. n° 3, disponible sous : www.revuedlf.com
- J. MASING**, « Unité et diversité dans la protection européenne des droits fondamentaux », *RDP*, 2016, n° 2, p. 623-652.
- J. MASING**, « Einheit und Vielfalt des Europäischen Grundrechtsschutzes », *JZ*, 2015, n° 10, p. 477-487.
- F.-X. MILLET**, « Réflexions sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux », *RFDA*, 2012, n° 2, p. 307-318.

- P. PESCATORE**, « The Doctrine of “Direct Effect” : An Infant Disease of Community Law », *ELR*, 1983, vol. 8, n° 3, p. 155-177.
- A. PETERS**, « Rechtsordnungen und Konstitutionalisierung : Zur Neubestimmung der Verhältnisse », *ZÖR*, 2010, n° 3, p. 3-63.
- F. PICOD**, « La Charte doit être respectée dès qu’une réglementation nationale entre dans le champ d’application du droit de l’Union », *JCP G*, 2013, n° 11-12, p. 550.
- S. PLATON**, « La Charte des droits fondamentaux et la “mise en œuvre” nationale du droit de l’Union : précisions de la Cour de justice sur le champ d’application de la Charte » [en ligne], *RDLF*, 2013, chron. n° 11, disponible sous : www.revuedlf.com/
- H.-J. RABE**, « Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten », *NJW*, 2013, n° 20, p. 1407-1409.
- M.H. RANDALL**, « Der grundrechtliche Dialog der Gerichte in Europa », *EuGRZ*, 2014, n° 1-5, p. 5-19.
- J. RIDEAU** :
- « Le rôle des États membres dans l’application du droit communautaire », *AFDI*, 1972, vol. 18, p. 865-903.
 - « La coexistence des systèmes de protection des droits fondamentaux dans la Communauté et ses États membres », *AIJC*, 1991, vol. 7, p. 11-64.
- A. RIGAUX**, « Situations purement internes », *Europe*, Février 2020, n° 2, comm. 53.
- D. RITLENG**, « De l’articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l’Union – Les enseignements des arrêts Akerberg Fransson et Melloni », *RTD Eur.*, 2013, n° 2, p. 267-292.
- F. RITTNER**, « Das Gemeinschaftsprivatrecht und die europäische Integration », *JZ*, 1995, n° 18, p. 849-858.
- M. RUFFERT**, « Die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft als Verpflichtete der Gemeinschaftsgrundrechte », *EuGRZ*, 1995, n° 20-21, p. 518-530.
- C. SAFFERLING**, « Der EuGH, die Grundrechtecharta und nationales Recht : Die Fälle Åkerberg Fransson und Melloni », *NStZ*, 2014, n° 10, p. 545-551.
- M. SAFJAN, D. DÜSTERHAUS, A. GUERIN**, « La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne et les ordres juridiques nationaux, de la mise en œuvre à la mise en balance », *RTD Eur.*, 2016, n° 2, p. 219-247.
- H. SAUER**, « Bausteine eines Grundrechtskollisionsrechts für das europäische Mehrebenensystem », *EuGRZ*, 2011, n° 8-9, p. 195-199.
- D.H. SCHEUING**, « Zur Grundrechtsbindung der EU-Mitgliedstaaten », *EuR*, 2005, n° 2, p. 162-191.
- D. SIMON**, « L’invocabilité des directives dans les litiges horizontaux : confirmation ou infléchissement ? », *Europe*, Mars 2010, n° 3, Étude n° 3, p. 4-7.

- P. TAMBLE**, « Der Anwendungsbereich der EU-Grundrechtecharta (GRC) gem. Art. 51 I 1 GRC – Grundlagen und aktuelle Entwicklungen » [en ligne], *Institut für Wirtschaftsrecht, Beiträge zum Europa- und Völkerrecht*, Mars 2014, n° 9, disponible sous : <http://institut.wirtschaftsrecht.uni-halle.de/>
- G. TAUPIAC-NOUVEL**, « Derniers développements concernant le mandat d'arrêt européen : la Cour de justice au secours de la construction répressive européenne » [en ligne], *ELSJ*, 28 octobre 2018, disponible sous : www.gdr-elsj.eu
- A. TAVEAU**, « L'accès au juge national et international contre les actes du pouvoir exécutif. Théorie et pratique sur des questions d'actualité. Rapport du colloque franco-allemand des 7 et 8 septembre 2018 », *RIDC*, 2019, n° 2, p. 571-580.
- J. TEYSSEDE**, « La judiciarisation du contrôle du respect de l'État de droit : la Cour de justice au chevet des juges nationaux », *RTD Eur.*, 2020, n° 1, p. 23-42.
- K. TUORI**, « Vers une théorie du droit transnational », *RIDE*, 2013, n° 1 et 2, p. 9-36.
- N. WALKER**, « The Idea of Constitutional Pluralism », *The Modern Law Review*, 2002, vol. 65, n° 3, p. 317-359.
- M. ZULEEG**, « Zum Verhältnis nationaler und europäischer Grundrechte », *EuGRZ*, 2000, n° 17, p. 511-517.

6. Rapports et avis

Rapport général du 23^e colloque de l'Association des Conseils d'État et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne, Madrid, 25-26 juin 2013, disponible sur le site de l'ACA-Europe.

Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 13 avril 2006.

CONSEIL D'ÉTAT (Belgique), Avis n°44.028/AV, sous : Sénat de Belgique, Session de 2007-2008, document législatif n°4-568/1, *Projet de loi portant assentiment au traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne et à l'Acte final*, faits à Lisbonne le 13 décembre 2007.

B) Union européenne et ordre juridique français

1. Ouvrages (monographies et thèses non publiées)

G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, Éd. du Seuil, 2001, 329 p.

- J.-P. DEROSIER**, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éd., 2015, 601 p.
- E. DUBOUT, B. NABLI**, *Droit français de l'intégration européenne*, Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2015, 194 p.
- S. PLATON**, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, Paris, LGDJ, 2008, 709 p.
- L. XENOU**, *Les principes généraux du droit de l'Union européenne et la jurisprudence administrative française*, Paris, Bruylant, 2017, 522 p.

2. Ouvrages collectifs et actes de colloques

- ASSEMBLEE NATIONALE**, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Colloque du 26 avril 2000, disponible sous : www.assemblee-nationale.fr/
- A. BIAD, V. PARISOT** (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : bilan d'application*, Bruxelles, Nemesis, 2018, 582 p.
- L. BURGORGUE-LARSEN** (dir.), *La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 694 p.
- La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : mode d'emploi*, Colloque organisé au Conseil d'État le 20 novembre 2014 par l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation et la Société de législation comparée, paru dans : *Justice et Cassation*, 2015, n° 9, p. 375-459.
- L'identité constitutionnelle (Journée d'étude)*, Novembre 2013, publié dans : *RGDIP*, 2014, n° 3, p. 517 et s. (Moi : 517-539)

3. Contributions et interventions

- N. BELLOUBET**, « Articulations de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne avec les normes constitutionnelles », in : *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : mode d'emploi*, Colloque organisé au Conseil d'État le 20 novembre 2014 par l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation et la Société de législation comparée, paru dans : *Justice et Cassation*, 2015, n° 9, p. 412-424.
- J. BIANCARELLI**, « Être un juriste de droit européen : un singularisme, un prisme, une lecture, un isolement – évolution au fil des ans », in : B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éd., 2016, p. 1087-1102.
- G. BRAIBANT**, « De la Convention européenne des droits de l'homme à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in : *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan.*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 327-333.

G. CANIVET :

- « L'incontournable question de l'application du droit européen par le juge constitutionnel français » [en ligne], in : *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : Quels outils ? Quels défis ?*, Colloque organisé par l'Académie de droit européen à Trèves les 18 et 19 juin 2015, disponible sous : www.conseil-constitutionnel.fr/
- « La protection des droits fondamentaux en Europe. L'incontournable question de l'application du droit européen par le juge constitutionnel français. "De l'impraticable séparation à l'inévitable coordination" », in : B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éd., 2016, p. 1157-1170.

D. CAPITANT, « Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union in der französischen Rechtsordnung », in : P.J. TETTINGER, K. STERN (éd.), *Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta*, Munich, C.H. Beck, 2006, p. 9-19.

L. DELABIE, « Le juge constitutionnel français et le système européen de protection des droits de l'homme », in : É. LAGRANGE, A. HAMANN, J.-M. SOREL (dir.), *Si proche, si loin, la pratique du droit international en France et en Allemagne*, Paris, Société de législation comparée, 2012, p. 229-249.

E. DUBOUT, P. SIMON, L. XENOU, « France », in : L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *La Charte des droits fondamentaux saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2017, p. 327-361.

J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, « Guy Braibant et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in : *Guy Braibant, juriste et citoyen. Hommage en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 2011, p. 225-235.

L. GAMET, « La liberté des arts et des sciences », in : L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 357-386.

R. DE GOUTTES, « La naissance du droit européen des droits de l'homme et le rôle du "monde de la convention" - Le point de vue du juge français (2) », in : S. HENNETTE-VAUCHEZ, J.-M. SOREL (dir.), *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisé le monde ?*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 113-124.

M. GUILLAUME, « Le Conseil constitutionnel, garant des droits fondamentaux », in : R. TINIERE, C. VIAL (dir.), *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : entre évolution et permanence*, Actes du colloque annuel de la CEDECE, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 389-393.

A. ILLIOPOULOU, « Le principe de non-discrimination devant les juges communautaire et national », in : J. ROSSETTO, A. BERRAMDANE (éd.), *Regards sur le droit de l'Union*

européenne après l'échec du Traité constitutionnel, Tours, Presses universitaires François-Rabelais, 2007, p. 243-261.

- C. NIVARD**, « Les conditions d'application de la Charte des droits fondamentaux », in : A. BIAD, V. PARISOT (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : bilan d'application*, Bruxelles, Nemesis, 2018, p. 31-75.
- S. PLATON**, « Le contrôle de constitutionnalité des actes nationaux d'application du droit de l'Union européenne », in : *La Constitution, l'Europe et le droit : liber amicorum discipulorumque. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2013, p. 887-906.
- D. ROUSSEAU**, « L'identité constitutionnelle, bouclier de l'identité nationale ou branche de l'étoile européenne ? », in : L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2011, p. 89-100.

4. Articles et chroniques

- P. CASSIA, S. VON COESTER**, « L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par le juge national », *JCP G*, 2012, n° 10, doct. 298, p. 503-509.
- L. CLEMENT-WILZ, C. MAYEUR-CARPENTIER, F. MARTUCCI**, « Droit de l'Union européenne et droit administratif français. Champ d'application de la Charte des droits fondamentaux », *RFDA*, 2014, n° 5, p. 990-992.
- B. GENEVOIS**, « Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé », *RFDA*, 2004, n° 4, p. 651-661.
- M. GUYOMAR**, « Le contrôle de constitutionnalité d'un règlement transposant une directive communautaire – Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 8 février 2007, Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres », *RFDA*, 2007, n° 2, p. 384-401.
- S. PLATON**, « La pratique du Conseil d'État en matière de questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne », *AJDA*, 2015, n° 5, p. 260-267.
- T. RACHO**, « L'invocation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne devant le juge national », Actes de l'atelier doctoral organisé le 24 mai 2013 à Paris, *Annuaire de droit de l'Union européenne*, 2012, p. 277-301.
- J. SCHEFFLER**, « Das französische Verfassungsverständnis angesichts der Anforderungen des EG/EU-Rechts », *ZaöRV*, 2007, vol. 67, p. 43-88.
- D. SIMON**, « Le Conseil constitutionnel et le droit de l'UE. Entretien accordé par Jean-Louis Debré », *Europe*, Juillet 2013, n° 7, p. 4-5.

C) Union européenne et ordre juridique allemand

1. Ouvrages (monographies et thèses non publiées)

- M. BLECKMANN**, *Nationale Grundrechte im Anwendungsbereich des Rechts der Europäischen Union : die Kooperation des Grundrechtsschutzes in der Europäischen Union unter Berücksichtigung der besonderen Ausprägungen des nationalen Grundrechtsschutzes*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, 431 p.
- R. HOUBOUYAN-PEDERSEN**, *La participation de l'Allemagne à l'Union européenne : coopération constitutionnelle et résistance juridictionnelle*, Thèse doctorat (non publiée), Université Panthéon-Sorbonne, 2003, 639 p.
- S. JONES**, *Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Grundrechte der Europäischen Gemeinschaft : Zur Frage der innerstaatlichen Anwendbarkeit der Gemeinschaftsgrundrechte und der Bindung der nationalen Stellen am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*, Sinzheim, Pro-Universitate-Verl., 1999, 243 p.

2. Ouvrages collectifs et actes de colloques

- D. MERTEN, H.-J. PAPIER** (éd.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, vol. 1 : *Entwicklung und Grundlagen*, Heidelberg, C.F. Müller, 2004, 1062 p.

3. Mélanges

- Festschrift für Manfred A. Daus zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck, Munich, 2014, 487 p.

4. Contributions et interventions

- G. BRITZ**, « Grundrechtsschutz durch das Bundesverfassungsgericht und den Europäischen Gerichtshof » [en ligne], 6 octobre 2014, [consulté le 20 novembre 2017], intervention disponible sous : www.uni-giessen.de
- F. KIRCHHOF**, « Die Kooperation zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof : Addierung oder Optimierung des Grundrechtsschutzes ? », in : *Staatsrecht und Politik. Festschrift für Roman Herzog*, C.H. Beck, Munich, 2009, p. 155-171.
- G. LÜBBE-WOLFF**, « Cour Européenne des Droits de l'Homme et juridiction nationale : l'affaire Görgülü » [en ligne], Conférence donnée à l'université Robert Schuman à Strasbourg pour l'Association de Prospective Rhénane le 21 mars 2007, disponible sous : www.apr-strasbourg.org/docutheques/cour-europeenne-des-droits-de-lhomme-et-juridiction-nationale-laffaire-gorgulu/
- J. MASING**, « Problèmes de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in : *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : mode d'emploi*, Colloque organisé au Conseil d'État le 20 novembre 2014 par l'Ordre des avocats au

Conseil d'État et à la Cour de cassation et la Société de législation comparée, paru dans : *Justice et Cassation*, 2015, n° 9, p. 425-432.

- E. LAGRANGE, A.-M. THEVENOT-WERNER**, « Allemagne », in : L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *La Charte des droits fondamentaux saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2017, p. 35-98.
- F.C. MAYER**, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence constitutionnelle allemande », in : L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2011, p. 63-87.
- A. PETERS**, « Par-delà la hiérarchie des ordres juridiques – Le pluralisme ordonné vu d'Allemagne », in : B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éd., 2016, p. 1631-1652.

5. Articles et chroniques

- M. BÄCKER**, « Das Grundgesetz als Implementationsgarant der Unionsgrundrechte », *EuR*, 2015, n° 4, p. 389-414.
- G. BRITZ**, « Grundrechtsschutz durch das Bundesverfassungsgericht und den Europäischen Gerichtshof », *EuGRZ*, 2015, n° 9-11, p. 275-281.
- D. BRODOWSKI**, « Die drohende Verletzung von Menschenrechten bei der Anerkennung Europäischer Haftbefehle auf dem Prüfstand : Die zweifelhafte Aktivierung der Verfassungsidentität durch das BVerfG und eine Kurskorrektur in der Rechtsprechung des EuGH », *JR*, 2016, n° 8, p. 415-432.
- D. BURCHARDT**, « Die Ausübung der Identitätskontrolle durch das Bundesverfassungsgericht », *ZaöRV*, 2016, n° 2, p. 527-551
- C. CALLIESS**, « Kooperativer Grundrechtsschutz in der Europäischen Union – Überlegungen im Lichte der aktuellen Rechtsprechung von EuGH und deutschem Bundesverfassungsgericht » [en ligne], *Berliner Online-Beiträge zum Europarecht*, 23 février 2015, n° 101, p. 1-33, disponible sous : https://www.jura.fu-berlin.de/forschung/europarecht/bob/berliner_online_beitraege/Paper101-Calliess/index.html
- C.D. CLASSEN**, « Confiance mutuelle et identité constitutionnelle nationale – Quel avenir dans l'espace juridique européen ? À propos de la décision de la Cour constitutionnelle allemande sur le mandat d'arrêt européen du 15 décembre 2015 », *Cahiers de droit européen*, 2016, n° 2, p. 667-686.
- T. VON DANWITZ**, « Verfassungsrechtliche Herausforderungen in der jüngeren Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union », *EuGRZ*, 2013, n° 10-12, p. 253-261.

- C. FRANZIUS**, « 70 Jahre Grundgesetz und Europa : Passt das zusammen ? », *EuR*, 2019, n° 4, p. 365-382.
- W. FRENZ, V. GÖTZKES**, « Staatshaftung für Gerichtsentscheidungen bei auslegungsbedürftigem Recht », *EuR*, 2009, n° 5, p. 622-644.
- W. FRENZ**, « Bundesgesetzgebung nach Åkerberg Fransson und Sicherheitsurteilen des BVerfG », *DVBl*, 2014, n° 4, p. 227-231.
- T. GIEGERICH**, « Zwischen Europafreundlichkeit und Europaskepsis – Kritischer Überblick über die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung zur europäischen Integration », *ZEuS*, 2016, n° 1, p. 3-47.
- C. GOOS**, « Solange Zweieinhalb – Teil I » [en ligne], 10 février 2016, [consulté le 5 décembre 2016], disponible sous : www.juwiss.de/14-2016/
- M. GUIRESSE**, « Quand le juge constitutionnel allemand encadre la confiance mutuelle : réflexions sur le juge européen des droits fondamentaux » [en ligne], *ELSJ*, 8 février 2016, disponible sous : www.gdr-elsj.eu
- C. HAGUENAU-MOIZARD**, « Identité constitutionnelle et mandat d'arrêt européen : l'exploitation de la jurisprudence Melloni par la Cour constitutionnelle allemande », *Europe*, 2016, n° 3, p. 37-42.
- J.M. HOFFMANN**, « Unionsgrundrechte als verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab », *NVwZ*, 2020, n° 1-2, p. 33-37.
- R. HOFMANN, A. HEGER**, « Das Selbstverständnis des Bundesverfassungsgerichts als Hüter des Kompetenzverhältnisses zwischen der Europäischen Union und Deutschland », *EuGRZ*, 2020, n° 7-12, p. 176-190.
- P.M. HUBER**, « Auslegung und Anwendung der Charta der Grundrechte », *NJW*, 2011, n° 33, p. 2385-2390.
- M.W. HUFF**, « Versöhnlich im Ton – durchaus hart in der Sache » [en ligne], *Legal Tribune Online*, 10 juin 2011, disponible sous : www.lto.de/recht/hintergruende/h/verhaeltnis-bverfg-und-eugh-versoehnlich-im-ton-durchaus-hart-in-der-sache/
- O. JOOP**, « Chronique. La Cour constitutionnelle fédérale allemande raisonne sur la question préjudicielle et encadre la portée de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *RTD Eur.*, 2014, n° 1, p. 228-231.
- J.A. KÄMMERER, M. KOTZUR**, « Vollendung des Grundrechtsverbunds oder Heimholung des Grundrechtsschutzes ? Die Bundesverfassungsgericht-Beschlüsse zum „Recht auf Vergessen“ als Fanal », *NVwZ*, 2020, n° 4, p. 177-184.
- T. KINGREEN**, « Die Grundrechte des Grundgesetzes im europäischen Grundrechtsföderalismus », *JZ*, 2013, n° 17, p. 801-811.
- F. KIRCHHOF**, « Grundrechtsschutz durch europäische und nationale Gerichte », *NJW*, 2011, n° 51, p. 3681-3686.

- P. KUBICKI**, « Bindung der Mitgliedstaaten an EU-Grundrechte und EuGH, Rs. C-617/10 (Åkerberg Fransson) » [en ligne], *Aktueller Begriff – Europa (Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag)*, 2013, disponible sous : www.bundestag.de/
- J. KÜHLING**, « Das „Recht auf Vergessenwerden“ vor dem BVerfG – November(r)evolution für die Grundrechtsarchitektur im Mehrebenensystem », *NJW*, 2020, n° 5, p. 275-280.
- F. LEIDENMÜHLER**, « Die freiwillige “übererfüllung” unionsrechtlicher Vorgaben durch die Mitgliedstaaten. Ein Beitrag zur rechtsdogmatischen und rechtspolitischen Diskussion um das sog. “Gold Plating” », *EuR*, 2019, n° 4, p. 383-399.
- M. LUDWIGS, P. SIKORA**, « Der Vorrang des Unionsrechts unter Kontrollvorbehalt des BVerfG », *EWS*, 2016, n° 3, p. 121-131.
- F. MARTUCCI**, « La BCE et la Cour constitutionnelle allemande : comprendre l’arrêt du 5 mai de la Cour constitutionnelle allemande », *Le club des juristes*, 11 mai 2020, disponible sous : www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus
- N. MATZ-LÜCK**, « Die Umsetzung von Richtlinien und nationaler Grundrechtsschutz », *EuGRZ*, 2011, n° 8-9, p. 207-211.
- F. C. MAYER**, « Auf dem Weg zum Richterfaustrecht ? », *Verfassungsblog*, 7 mai 2020, disponible sous : <https://verfassungsblog.de/auf-dem-weg-zum-richterfaustrecht/>
- W. MICHL**, « In Vielfalt geeinte Grundrechte », *Verfassungsblog*, 27 novembre 2019, disponible sous : <https://verfassungsblog.de/in-vielfalt-geeinte-grundrechte/>
- J. MILKER**, « Karlsruhe im Luxemburger Gewand, aber dennoch eigenständig » [en ligne], *Verfassungsblog*, 29 novembre 2019, disponible sous : <https://verfassungsblog.de/karlsruhe-im-luxemburger-gewand-aber-dennoch-eigenstaendig/>
- S. MUCKEL**, « Recht auf Vergessen II », *JA*, 2020, n° 3, p. 237-239.
- C. OHLER**, « Grundrechtliche Bindungen der Mitgliedstaaten nach Artikel 51 GRCh », *NVwZ*, 2013, n° 22, p. 1433-1438.
- M. PAYRHUBER, U. STELKENS**, « “1:1-Umsetzung” von EU-Richtlinien : Rechtspflicht, rationales Politikkonzept oder (wirtschafts)politischer Populismus ? – zugleich zu Unterschieden zwischen Rechtsangleichungs- und Deregulierungsrichtlinien – », *EuR*, 2019, n° 4, p. 190-221.
- M. RUFFERT**, « Das Bundesverfassungsgericht als Akteur im Prozess der europäischen Integration », *EuGRZ*, 2017, n° 7-10, p. 241-249.
- M. SACHS**, « Verfassungsprozessrecht : Verfassungsbeschwerde und Unionsgrundrechte », *JuS*, 2020, n° 3, p. 284-286.
- H. SATZGER**, « Grund- und menschenrechtliche Grenzen für die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls ? – “Verfassungsgerichtliche Identitätskontrolle“ durch das

BVerfG vs. Vollstreckungsaufschub bei “außergewöhnlichen Umständen“ nach dem EuGH », *NStZ*, 2016, n° 9, p. 517-522.

H. SAUER, « “Solange“ geht in Altersteilzeit – Der unbedingte Vorrang der Menschenwürde vor dem Unionsrecht », *NJW*, 2016, n° 16, p. 1134-1138.

S. SCHMAHL, « Grundrechtsschutz im Dreieck von EU, EMRK und nationalem Verfassungsrecht », *EuR*, 2008, Beiheft 1, p. 7-41.

A. SCHWERTFEGGER, « Europäisches Unionsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – Grundrechts-, ultra-vires- und Identitätskontrolle im gewaltenteiligen Mehrebenensystem », *EuR*, 2015, n° 3, p. 290-309.

M. STEINBEIS, « Europarechtsbruch als Verfassungspflicht : Karlsruhe zündet die Identitätskontrollbombe » [en ligne], *Verfassungsblog*, 26 janvier 2016, disponible sous : <http://verfassungsblog.de/europarechtsbruch-als-verfassungspflicht-karlsruhe-zuendet-die-identitaetskontroll-bombe/>

A. VOßKUHL :

- « Verfassungsgerichtsbarkeit und europäische Integration », *NVwZ – Beilage*, 2013, n° 1, p. 27-32.
- « Die Zukunft der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa », *EuGRZ*, 2020, n° 7-12, p. 165-171.

§5- Droit français

A) Ouvrages (monographies et thèses non publiées)

X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, 5^{ème} éd., Issy-Les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éd., 2018, 971 p.

R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 1, 15^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 2001, 1427 p.

M.-A. COHENDET, *Droit constitutionnel*, 4^{ème} éd., Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éd., 2019, 825 p.

V. CONSTANTINESCO, S. PIERRE-CAPS, *Droit constitutionnel*, 7^{ème} éd., Paris, PUF, 2016, 549 p.

H.M. CRUCIS, *Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative française : contribution à l'étude du pouvoir normatif du juge de l'excès de pouvoir*, Paris, LGDJ, 1991, 377 p.

L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN et al., *Droit constitutionnel*, 22^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2019, 1147 p.

J.F. LACHAUME, *La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public français*, Paris, LGDJ, 1966, 344 p.

- T. MEINDL**, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, LGDJ, Paris, 2003, 514 p.
- D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN, J. BONNET**, *Droit du contentieux constitutionnel*, 11^{ème} éd., Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éd., 2016, 870 p.
- J. WALINE**, *Droit administratif*, 27^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2018, 835 p.

B) Ouvrages collectifs et actes de colloques

- P. ANCEL, M.-C. RIVIER** (dir.), *Les divergences de jurisprudence*, Saint-Étienne, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2003, 372 p.
- J. BOUDON** (dir.), *Concurrence des contrôles et rivalité des juges*, Paris, Mare & Martin, 2012, 224 p.
- G. CARCASSONNE, M. GUILLAUME** (éd.), *La Constitution*, 15^{ème} éd., Paris, Points, 2019, 487 p.
- P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA** (dir.), *Traité de droit administratif*, Tome 1, Paris, France, Dalloz, 2011, 841 p.
- F. LUCHAIRE, G. CONAC, X. PRETOT** (dir.), *La Constitution de la République française : analyses et commentaires*, 3^{ème} éd., Paris, Economica, 2008, 2126 p.
- F. PERALDI LENEUF, S. SCHILLER** (dir.), *Les conflits horizontaux de normes*, Paris, Mare & Martin, 2014, 455 p.
- D. ROMAN** (dir.) :
- *La justiciabilité des droits sociaux, vecteurs et résistances*, Actes du colloque tenu au Collège de France les 25 et 26 mai 2011, Paris, Pédone, 2012, 460 p.
 - *Les droits sociaux, entre droits de l'Homme et politiques sociales. Quels titulaires pour quels droits ?*, Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2012, 190 p.

Les droits fondamentaux : inventaire et théorie générale, Actes du colloque organisé les 6 et 7 novembre 2003 par le CEDROMA de l'Université Saint-Joseph de Beyrouth et la Société de législation comparée, Bruxelles, Bruylant, 2005, 471 p.

C) Mélanges

- Guy Braibant, juriste et citoyen. Hommage en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 2011, 278 p.
- Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, 882 p.
- Mélanges en l'honneur de Philippe Léger. Le droit à la mesure de l'homme*, Paris, Pedone, 2006, 523 p.

D) Contributions et interventions

- D. CAPITANT**, « Genèse du concept : France », in : *Les droits fondamentaux : inventaire et théorie générale*, Actes du colloque organisé les 6 et 7 novembre 2003 par le CEDROMA de l'Université Saint-Joseph de Beyrouth et la Société de législation comparée, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 21-34.
- H. CROZE**, « Le traitement des divergences de jurisprudence (Les procédures de traitement et de prévention) », in : P. ANCEL, M.-C. RIVIER (dir.), *Les divergences de jurisprudence*, Saint-Étienne, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2003, p. 207-221.
- M.-L. MATHIEU-IZORCHE**, « Les procédés discursifs d'amplification ou de réduction des divergences », in : P. ANCEL, M.-C. RIVIER (dir.), *Les divergences de jurisprudence*, Saint-Étienne, Publications de l'Université de Saint-Étienne, p. 93-126.
- J. RIDOT, F. PICOD**, in : F. LUCHAIRE, G. CONAC, X. PRETOT (dir.), *La Constitution de la République française : analyses et commentaires*, 3^{ème} éd., Paris, Economica, 2008, Art. 88-1, p. 1863-1916.
- M.-R. SANTUCCI**, « Les divergences jurisprudentielles dans l'Ancien droit », in : P. ANCEL, M.-C. RIVIER (dir.), *Les divergences de jurisprudence*, Saint-Étienne, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2003, p. 27-38.
- A. VIDAL-NAQUET**, « Comment se forge l'identité constitutionnelle ? Le rôle du législateur et du juge », in : *L'identité constitutionnelle (Journée d'étude)*, Novembre 2013, publié dans : *RGDIP*, 2014, n° 3, p. 517-539.
- F. ZENATI**, « La notion de divergence de jurisprudence », in : P. ANCEL, M.-C. RIVIER (dir.), *Les divergences de jurisprudence*, Saint-Étienne, Publications de l'Université de Saint-Étienne, p. 53-71.

E) Articles et chroniques

- J. COURTIAL**, « La responsabilité du fait de l'activité des juridictions de l'ordre administratif : un droit sous influence européenne ? », *AJDA*, 2004, n° 8, p. 423-431.
- X. DOMINO**, « Droit d'être entendu et OQTF : un exemple du dialogue entre les jurisprudences », *AJDA*, 2014, n° 26, p. 1501-1506.
- C. GEIGER**, « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », *D.*, Mars 2010, n° 9, p. 510-516.
- D. SIMON, A. RIGAUX**, « La priorité de la QPC : harmonie(s) et dissonance(s) des monologues juridictionnels croisés », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, octobre 2010, n° 29, Dossier QPC, p. 63-88.

Commentaire autorisé de la décision du Cons. const., 29 juillet 2004, décision n° 2004-498 DC, *Loi relative à la bioéthique*, publié dans : *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004, n° 17, p. 17-19.

Commentaire autorisé des décisions du Cons. const., 10 mai 2016, décisions n° 2016-539 QPC, *Mme Ève G.* et n° 2016-540 QPC, *Société civile Groupement foncier rural Namin et Co*, publié sur le site du Conseil constitutionnel.

F) Documents institutionnels

1. Rapports et avis

COMITE NATIONAL CHARGE DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PREPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA VE REPUBLIQUE, *Documents pour servir à l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. II, Paris, La Documentation française, 1988, p. 254.

HAUT CONSEIL A L'EGALITE ENTRE LES FEMMES ET LES HOMMES, *Pour une Constitution garante de l'égalité femmes-hommes. Avis relatif à la révision constitutionnelle*, Avis n° 2018-04-18-PAR-033, publié le 18 avril 2018.

F. LONCLE, *Rapport d'information déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne, sur le projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Rapport n° 2616, Paris, 5 octobre 2000, p. 10.

2. Communiqués et articles

CONSEIL CONSTITUTIONNEL, « La transposition des directives communautaires et le contrôle de constitutionnalité », publication *À la Une*, mars 2016, disponible sous : www.conseil-constitutionnel.fr

CONSEIL CONSTITUTIONNEL, « La souveraineté nationale », consulté le 4 janvier 2020, www.conseil-constitutionnel.fr

HAUT CONSEIL A L'EGALITE ENTRE LES FEMMES ET LES HOMMES, « “Droits humains” vs “Droits de l’Homme” : en finir avec une logique linguistique discriminatoire », *Actualité*, publié le 10 décembre 2018, disponible sous : <http://haut-conseil-egalite.gouv.fr/parite/actualites/article/droits-humains-une-expression-qu-il-est-temps-de-generaliser>

PRESIDENT DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL, Communiqué du 10 mai 2016, disponible sous : www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communiqués/communiqué-du-président-du-10-mai-2016

§6- Droit allemand

A) Ouvrages (monographies et thèses non publiées)

- D. CAPITANT**, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, Paris, LGDJ, 2001, 348 p.
- C. DEGENHART**, *Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht*, 35^{ème} éd., Heidelberg, C.F. Müller, 2019, 430 p.
- V. EPPING**, *Grundrechte*, 7^{ème} éd., Berlin, Springer, 2017, 526 p.
- R. GEIGER**, *Staatsrecht III. Bezüge des Grundgesetzes zum Völker- und Europarecht*, 7^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2018, 364 p.
- M. KLOEPFER**, *Verfassungsrecht*, Tome 2 : Grundrechte, Munich, C.H. Beck, 2010, 657 p.
- J. LIMBACH**, *Das Bundesverfassungsgericht*, 2^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2010, 104 p.
- P. MELS**, *Bundesverfassungsgericht und Conseil constitutionnel : ein vergleich der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Frankreich im Spannungsfeld zwischen der Euphorie für die Körnung des Rechtsstaates und der Furcht vor einem "gouvernement des juges*, Munich, F. Vahlen, 2003, 540 p.
- T. KINGREEN, R. POSCHER**, *Grundrechte. Staatsrecht II*, 34^{ème} éd., Heidelberg, C.F. Müller, 2018, 388 p.
- K. SCHLAICH, S. KORIOTH**, *Das Bundesverfassungsgericht : Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 11^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2018, 464 p.
- K.-D. SCHNAPPAUFF, D. CAPITANT**, *Staats- und Verwaltungsorganisation in Deutschland und Frankreich. L'administration publique de la France et de l'Allemagne*, Strasbourg, ENA, 2007, 417 p.

B) Ouvrages collectifs et actes de colloques

- P. KOENIG, W. RÜFNER** (éd.), *Die Kontrolle der Verfassungsmässigkeit in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland. Le contrôle de constitutionnalité en France et en République fédérale d'Allemagne*, Cologne, Carl Heymanns Verlag, 1985, 224 p.
- H. von MANGOLDT, F. KLEIN, C. STARCK** (éd.), *Das Bonner Grundgesetz*, vol. 2, 7^{ème} éd., C.H. Beck, Munich, 2018, 2472 p.
- N. MARSCH, Y. VILAIN, M. WENDEL** (éd.), *Französisches und Deutsches Verfassungsrecht*, Berlin, Springer, 2015, 460 p.
- O. PALANDT** (éd.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 79^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2020, 3245 p.

C) Mélanges

Staatsrecht und Politik. Festschrift für Roman Herzog, C.H. Beck, Munich, 2009, 582 p.

D) Contributions et interventions

C.D. CLASSEN, in : H. von MANGOLDT, F. KLEIN, C. STARCK (éd.), *Das Bonner Grundgesetz*, vol. 2, 7^{ème} éd., C.H. Beck, Munich, 2018, Art. 23, p. 403-463.

C. FERCOT, « La protection des droits fondamentaux dans l'État fédéral : du dialogue à la concurrence des juridictions. Regards sur les droits allemands, américain et suisse », in : P.-Y. MONJAL, P. JAN, C. GESLOT (dir.), *La concurrence des juges en Europe. Le dialogue en question*, Actes du colloque international de Tours des 25, 26 et 27 novembre 2015, Paris, Clément Juglar, 2018, p. 201-212.

C. GRÜNEBERG, « Einleitung », in : O. PALANDT (éd.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 79^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2020, p.1-10.

K.-P. SOMMERMAN, in : H. von MANGOLDT, F. KLEIN, C. STARCK (éd.), *Das Bonner Grundgesetz*, vol. 2, 7^{ème} éd., C.H. Beck, Munich, 2018, Art. 20, p. 1-171.

Y. VILAIN, « (§3) Verfassungsprinzipien », in : N. MARSCH, Y. VILAIN, M. WENDEL (éd.), *Französisches und Deutsches Verfassungsrecht*, Berlin, Springer, 2015, p. 45-120.

§7- Autres matières

A) Ouvrages

W. BENJAMIN, « La tâche du traducteur », avant-propos de la traduction en allemand de C. BEAUDELAIRE, *Tableaux parisiens*, Heidelberg, éd. Richard Weißbach, 1923.

D. HOFSTADTER, *Gödel, Escher, Bach. Les brins d'une guirlande éternelle*, Paris, Interéditions, 1985, 883 p.

T.S. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1972, 246 p.

I. RAMONET, *Géopolitique du chaos*, Paris, Gallimard, 2001, 267 p.

B) Articles

W. McCULLOCH, « A heterarchy of values determined by the topology of nervous nets », *Bulletin of Mathematical Biophysics*, 1945, vol. 7, p. 89-93.

J. FAGET, « L'acte de juger et ses biais », *Délibérée*, 2018, n° 5, p. 27-30.

B. HUREL, « Impartialité et subjectivité », *Délibérée*, 2018, n° 5, p. 12-20.

S. MOSCOVICI, « Nos sociétés biuniques », *Communications*, 2012, n° 91, p. 93-112.

INDEX DE JURISPRUDENCE

§1- Jurisprudence européenne

A) Ancien Tribunal de première instance des Communautés européennes

TPICE, 10 juillet 1990, aff. T-51/89, *Tetra Pak c/ Commission*,

TPICE, 20 février 2001, aff. T-112/98, *Mannesmannröhren-Werke c/ Commission*.

TPICE, 21 mai 2001, aff. T-52/01, *Schäfer c/ Commission*.

B) Cour de justice de l'Union européenne (anciennement Cour de justice des Communautés européennes)

CJCE, 4 février 1959, aff. C-1/58, *Stork et Cie c/ Haute Autorité*.

CJCE, 15 juillet 1960, aff. C-36 à 38/59 et C-40/59, *Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr et a. c/ Haute Autorité CECA*.

CJCE, 16 décembre 1960, aff. C-6/60, *Humblet c/ État Belge*.

CJCE, 5 février 1963, aff. C-26/62, *Van Gend en Loos c/ Administratie der Belastingen*.

CJCE, 27 mars 1963, aff. C-28 à 30/62, *Da Costa en Schaake NV e.a. c/ Administratie der Belastingen*.

CJCE, 15 juillet 1964, aff. C-6/64, *Costa c/ E.N.E.L*.

CJCE, 13 novembre 1964, aff. C-90 et 91/63, *Commission de la CEE c/ Luxembourg et Belgique*.

CJCE, ord. 22 juin 1965, aff. C-9/65, *San Michele c/ Haute Autorité*.

CJCE, 1^{er} décembre 1965, aff. C-16/65, *Schwarze c/ Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*.

CJCE, 13 février 1969, aff. C-14/68, *Walt Wilhelm e.a. c/ Bundeskartellamt*.

CJCE, 12 novembre 1969, aff. C-29/69, *Stauder c/ Stadt Ulm*.

CJCE, 5 mai 1970, aff. C-77/69, *Commission c/ Belgique*.

CJCE, 17 décembre 1970, aff. C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c/ Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*.

CJCE, 11 février 1971, aff. C-39/70, *Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor c/ Hauptzollamt Hamburg St Annen*.

CJCE, 28 avril 1971, aff. C-4/69, *Lütticke c/ Commission*.

CJCE, 2 décembre 1971, aff. C-5/71, *Zuckerfabrik Schoeppenstedt c/ Conseil*.

- CJCE, 15 décembre 1971, aff. C-51 à 54/71, *International Fruit Company e.a. c/ Produktschap voor Groenten en fruit*.
- CJCE, 6 juin 1972, aff. C-94/71, *Schlüter & Maack c/ Hauptzollamt Hamburg Jonas*.
- CJCE, 12 décembre 1972, aff. C-21/72, *International Fruit Company e.a. c/ Produktschap voor Groenten en Fruit*.
- CJCE, 21 février 1973, aff. C-6/72, *Europemballage Corporation et Continental Can Company c/ Commission*,
- CJCE, 13 mars 1973, aff. C-61/72, *Mij PPW Internationaal NV c/ Hoofdproduktschap voor Akkerbouwprodukten*.
- CJCE, 16 janvier 1974, aff. C-166/73, *Rheinmühlen Düsseldorf c/ Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*.
- CJCE, 14 mai 1974, aff. C-4/73, *Nold KG c/ Commission*.
- CJCE, 4 décembre 1974, aff. C-41/74, *Van Duyn c/ Home Office*.
- CJCE, 12 décembre 1974, aff. C-36/74, *Walrave et Koch c/ Association Union Cycliste Internationale e.a.*
- CJCE, 28 octobre 1975, aff. C-36/75, *Rutili c/ Ministre de l'intérieur*.
- CJCE, 8 avril 1976, aff. C-43/75, *Defrenne c/ SABENA*.
- CJCE, 27 octobre 1976, aff. C-130/75, *Prais c/ Conseil*.
- CJCE, 16 décembre 1976, aff. C-33/76, *Rewe c/ Landwirtschaftskammer für das Saarland*.
- CJCE, 16 décembre 1976, aff. C-45/76, *Comet BV c/ Produktschap voor Siergewassen*.
- CJCE, 1^{er} février 1977, aff. C-51/76, *Verbond nederlandse ondernemingen c/ Inspecteur der invoerrechten en accijnzen*.
- CJCE, 19 octobre 1977, aff. C-124/76 et 20/77, *Moulins Pont-à-Mousson c/ ONIC*.
- CJCE, 19 octobre 1977, aff. C-117/76 et C-16/77, *Ruckdeschel e.a. c/ Hauptzollamt Hamburg-St Annen*.
- CJCE, 27 octobre 1977, aff. C-30/77, *Regina c/ Bouchereau*.
- CJCE, 9 mars 1978, aff. C-106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato c/ Simmenthal*.
- CJCE, 13 février 1979, aff. C-85/76, *Hoffmann-La Roche c/ Commission*.
- CJCE, 20 février 1979, aff. C-120/78, *Cassis de Dijon*.
- CJCE, 5 avril 1979, aff. C-148/78, *Ratti*.
- CJCE, 27 septembre 1979, aff. C-230/78, *Eridania*.
- CJCE, 13 décembre 1979, aff. C-44/79, *Hauer c/ Land Rheinland-Pfalz*.
- CJCE, 19 juin 1980, aff. C-41, 121 et 796/79, *Testa*.
- CJCE, 26 juin 1980, aff. C-136/79, *National Panasonic c/ Commission*.

- CJCE, 5 mai 1981, aff. C-112/80, *Dürbeck c/ Hauptzollamt Frankfurt a. M.*
- CJCE, 19 janvier 1982, aff. C-8/81, *Becker*.
- CJCE, 18 mai 1982, aff. C-155/79, *AM & S c/ Commission*.
- CJCE, 6 octobre 1982, aff. C-283/81, *CILFIT c/ Ministero della Sanità*.
- CJCE, 24 novembre 1982, aff. C-249/81, *Commission c/ Irlande*.
- CJCE, 23 février 1983, aff. C-66/82, *Fromançais c/ FORMA*.
- CJCE, 21 septembre 1983, aff. C-205 à 215/82, *Deutsche Milchkontor GmbH*.
- CJCE, 10 avril 1984, aff. C-79/83, *Harz c/ Deutsche Tradax*.
- CJCE, 10 avril 1984, aff. C-14/83, *Von Colson et Kamann c/ Land Nordrhein-Westfalen*.
- CJCE, 28 juin 1984, aff. C-180/83, *Moser c/ Land Baden-Württemberg*.
- CJCE, 10 juillet 1984, aff. C-63/83, *Kirk*.
- CJCE, 11 juillet 1985, aff. C-60 et 61/84, *Cinéthèque c/ Fédération nationale des cinémas français*.
- CJCE, 26 février 1986, aff. C-152/84, *Marshall c/ Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*.
- CJCE, ord. 5 mars 1986, aff. C-69/85, *Wünsche c/ Allemagne*.
- CJCE, 15 mai 1986, aff. C-222/84, *Johnston c/ Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*.
- CJCE, 25 novembre 1986, aff. C-201 et 202/85, *Klensch c/ Secrétaire d'État*.
- CJCE, 30 septembre 1987, aff. C-12/86, *Demirel c/ Stadt Schwäbisch Gmünd*.
- CJCE, 15 octobre 1987, aff. C-222/86, *Unectef c/ Heylens*.
- CJCE, 22 octobre 1987, aff. C-314/85, *Foto Frost c/ Hauptzollamt Lübeck-Ost*.
- CJCE, 26 avril 1988, aff. C-352/85, *Bond van Adverteerders c/ État néerlandais*.
- CJCE, 26 avril 1988, aff. C-316/86, *Hauptzollamt Hamburg-Jonas c/ Krücken*.
- CJCE, 20 septembre 1988, aff. C-31/87, *Beentjes c/ État néerlandais*.
- CJCE, 11 juillet 1989, aff. C-265/87, *Schräder c/ Hauptzollamt Gronau*.
- CJCE, 13 juillet 1989, aff. C-5/88, *Wachauf c/ Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*.
- CJCE, 8 octobre 1989, aff. C-810/79, *Überschär*.
- CJCE, 19 juin 1990, aff. C-213/89, *The Queen c/ Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*.
- CJCE, 26 juin 1990, aff. C-64/89, *Hauptzollamt Giessen c/ Deutsche Fernsprecher*.
- CJCE, 18 octobre 1990, aff. C-297/88 et 197/89, *Dzodzi c/ État belge*.
- CJCE, 8 novembre 1990, aff. C-231/89, *Gmurzynska-Bscher c/ Oberfinanzdirektion Köln*.

CJCE, 21 février 1991, aff. C-143/88 et C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen et Zuckerfabrik Soest c/ Hauptzollamt Itzehoe et Hauptzollamt Paderborn*.

CJCE, 18 juin 1991, aff. C-260/89, *ERT c/ DEP*.

CJCE, 4 octobre 1991, aff. C-159/90, *Society for the protection of unborn children Ireland c/ Grogan e.a.*

CJCE, 19 novembre 1991, aff. C-6 et 9/90, *Francovich et Bonifaci c/ Italie*.

CJCE, 8 avril 1992, aff. C-62/90, *Commission c/ Allemagne*.

CJCE, 3 décembre 1992, aff. C-97/91, *Oleificio Borelli c/ Commission*.

CJCE, 7 février 1993, aff. C-39/92, *Commission c/ Italie*.

CJCE, 25 mai 1993, aff. C-193/91, *Finanzamt München III c/ Mohsche*.

CJCE, 24 mars 1994, aff. C-2/92, *The Queen c/ Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Dennis Clifford Bostock (Bostock)*.

CJCE, 17 mai 1994, aff. C-18/93, *Corsica Ferries c/ Corpo dei piloti del porto di Genova*.

CJCE, 14 juillet 1994, aff. C-351/92, *Graff c/ Hauptzollamt Köln Rheinau*.

CJCE, 15 décembre 1995, aff. C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association e.a. c/ Bosman e.a.*

CJCE, 15 février 1996, aff. C-63/93, *Duff e.a.*

CJCE, 5 mars 1996, aff. C-46 et 48/93, *Brasserie du pêcheur c/ Bundesrepublik Deutschland et The Queen c/ Secretary of State for Transport, ex parte Factortame e.a.*

CJCE, 28 mars 1996, Avis 2/94, *Adhésion de la Communauté à la CEDH*.

CJCE, 13 juin 1996, aff. C-144/95, *Maurin*.

CJCE, 29 mai 1997, aff. C-299/95, *Kremzow c/ Republik Österreich*.

CJCE, 5 juin 1997, aff. C-64 et 65/96, *Land Nordrhein-Westfalen c/ Uecker et Jacquet c/ Land Nordrhein-Westfalen*.

CJCE, 26 juin 1997, aff. C-368/95, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertrieb GmbH c/ Bauer Verlag*.

CJCE, 17 juillet 1997, aff. C-28/95, *Leur-Bloem c/ Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*.

CJCE, 9 octobre 1997, aff. C-291/96, *Grado et Bashir*.

CJCE, 18 décembre 1997, aff. C-309/96, *Annibaldi c/ Sindaco del Comune di Guidonia et Presidente Regione Lazio*.

CJCE, 18 décembre 1997, aff. C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie ASBL c/ Région Wallonne*.

CJCE, 19 novembre 1998, aff. C-85/97, *Société financière d'investissements c/ État belge (SFI)*.

- CJCE, 26 novembre 1998, aff. C-7/97, *Bronner*.
- CJCE, 17 décembre 1998, aff. C-2/97, *IP c/ Borsana*.
- CJCE, 19 janvier 1999, aff. C-348/96, *Calfa*.
- CJCE, 21 janvier 1999, aff. C-120/97, *Upjohn*.
- CJCE, 21 octobre 1999, aff. C-97/98, *Jägerskiöld*.
- CJCE, 26 octobre 1999, aff. C-273/97, *Sirdar*.
- CJCE, 11 janvier 2000, aff. C-285/98, *Kreil*.
- CJCE, 9 mars 2000, aff. C-355/98, *Commission c/ Belgique*.
- CJCE, 13 avril 2000, aff. C-292/97, *Karlsson e.a.*
- CJCE, 18 mai 2000, aff. C-107/97, *Rombi et Arkopharma*.
- CJCE, 19 septembre 2000, aff. C-287/98, *Linster*.
- CJCE, 26 septembre 2000, aff. C-134/99, *IGI*.
- CJCE, 13 mars 2001, aff. C-379/98, *PreussenElektra*.
- CJCE, 17 mai 2001, aff. C-340/99, *TNT Traco*.
- CJCE, 26 juin 2001, aff. C-173/99, *BECTU*.
- CJCE, 12 juillet 2001, aff. C-262/99, *Louloudakis*.
- CJCE, 20 juin 2002, aff. C-313/99, *Mulligan e.a.*
- CJCE, 11 juillet 2002, aff. C-60/00, *Carpenter*.
- CJCE, 10 septembre 2002, aff. C-141/00, *Kügler*.
- CJCE, 17 septembre 2002, aff. C-413/99, *Baumbast et R.*
- CJCE, 15 octobre 2002, aff. C-238, 244, 245, 247, 250, 252, 254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. c/ Commission*.
- CJCE, 22 octobre 2002, aff. C-94/00, *Roquette Frères*.
- CJCE, 26 novembre 2002, aff. C-100/01, *Oteiza Olazabal*.
- CJCE, 10 décembre 2002, aff. C-491/01, *British American Tobacco (Investments) et Imperial Tobacco*
- CJCE, 12 décembre 2002, aff. C-442/00, *Rodríguez Caballero*.
- CJCE, 11 mars 2003, aff. C-186/01, *Dory*.
- CJCE, 10 avril 2003, aff. C-276/01, *Steffensen*.
- CJCE, 8 mai 2003, aff. C-14/02, *ATRAL*.
- CJCE, 20 mai 2003, aff. C-465/00, 138 et 139/01, *Österreichischer Rundfunk e.a.*
- CJCE, 12 juin 2003, aff. C-112/00, *Schmidberger*.
- CJCE, 10 juillet 2003, aff. C-20 et 64/00, *Booker Aquaculture et Hydro Seafood*.
- CJCE, 30 septembre 2003, aff. C-224/0, *Köbler*.

CJCE, 23 octobre 2003, aff. C-245/01, *RTL Télévision*.

CJCE, 6 novembre 2003, aff. C-101/01, *Lindqvist*.

CJCE, 4 décembre 2003, aff. C-63/01, *Evans*.

CJCE, 9 décembre 2003, aff. C-129/00, *Commission c/ Italie*.

CJCE, 25 mars 2004, aff. C-71/02, *Karner*.

CJCE, 29 avril 2004, aff. C-482 et 493/01, *Orfanopoulos et Oliveri*.

CJCE, GC, 14 septembre 2004, aff. C-19/03, *Verbraucher-Zentrale Hamburg*.

CJCE, GC, 5 octobre 2004, aff. C-397 à 403/01, *Pfeiffer e.a.*

CJCE, 12 octobre 2004, aff. C-55/02, *Commission c/ Portugal*.

CJCE, 14 octobre 2004, aff. C-36/02, *Omega*.

CJCE, Ass. plén., 19 octobre 2004, aff. C-200/02, *Zhu et Chen*.

CJCE, 27 janvier 2005, aff. C-188/03, *Junk*.

CJCE, 14 avril 2005, aff. C-6/03, *Deponiezweckverband Eiterköpfe*.

CJCE, GC, 3 mai 2005, aff. C-387, 391 et 403/02, *Berlusconi e. a.*

CJCE, ord. 6 octobre 2005, aff. C-328/04, *Vajnai*.

CJCE, GC, 22 novembre 2005, aff. C-144/04, *Mangold*.

CJCE, ord. 13 décembre 2005, aff. C-177/05, *Guerrero Pecino*.

CJCE, 16 mars 2006, aff. C-3/04, *Poseidon Chartering*.

CJCE, 27 avril 2006, aff. C-441/02, *Commission c/ Allemagne*.

CJCE, GC, 13 juin 2006, aff. C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*.

CJCE, GC, 27 juin 2006, aff. C-540/03, *Parlement c/ Conseil*.

CJCE, GC, 4 juillet 2006, aff. C-212/04, *Adeneler e.a.*

CJCE, 7 septembre 2006, aff. C-81/05, *Cordero Alonso*.

CJCE, 11 janvier 2007, aff. C-40/05, *Lyyski*.

CJCE, GC, 11 décembre 2007, aff. C-438/05, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union*.

CJCE, GC, 11 décembre 2007, aff. C-291/05, *Eind*.

CJCE, GC, 18 décembre 2007, aff. C-341/05, *Laval un Partneri*.

CJCE, ord. 16 janvier 2008, aff. C-361/07, *Polier*.

CJCE, 17 janvier 2008, aff. C-246/06, *Velasco Navarro*.

CJCE, GC, 29 janvier 2008, aff. C-275/06, *Promusicae*.

CJCE, 31 janvier 2008, aff. C-380/05, *Centro Europa 7*.

CJCE, 14 février 2008, aff. C-244/06, *Dynamic Medien*.

- CJCE, GC, 25 juillet 2008, aff. C-127/08, *Metock e.a.*
- CJCE, 3 septembre 2008, aff. C-402 et 415/05 P, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission.*
- CJCE, GC, 23 septembre 2008, aff. C-427/06, *Bartsch.*
- CJCE, 20 novembre 2008, aff. C-375/07, *Heuschen & Schrouff Oriental Foods Trading.*
- CJCE, 18 décembre 2008, aff. C-349/07, *Sopropé.*
- CJCE, ord. 17 mars 2009, aff. C-217/08, *Mariano.*
- CJCE, 16 juillet 2009, aff. C-12/08, *Mono Car Styling.*
- CJCE, 12 novembre 2009, aff. C-154/08, *Commission c/ Espagne.*
- CJCE, GC, 30 novembre 2009, Avis 1/08, *Accords modifiant les listes d'engagements spécifiques au titre de l'AGCS.*
- CJUE, 10 décembre 2009, aff. C-323/08, *Rodríguez Mayor e.a.*
- CJUE, GC, 19 janvier 2010, aff. C-555/07, *Küçükdeveci.*
- CJUE, 16 décembre 2010, aff. C-149/10, *Chatzi.*
- CJUE, 22 décembre 2010, aff. C-279/09, *DEB.*
- CJUE, GC, 2 mars 2010, aff. C-135/08, *Rottmann.*
- CJUE, GC, 22 juin 2010, aff. C-188 et 189/10, *Melki et Abdeli.*
- CJUE, 16 décembre 2010, aff. C-149/10, *Chatzi.*
- CJUE, 22 décembre 2010, aff. C-208/09, *Sayn-Wittgenstein.*
- CJUE, GC, 8 mars 2011, aff. C-34/09, *Ruiz Zambrano.*
- CJUE, GC, 4 mai 2011, aff. C-147/08, *Römer.*
- CJUE, 5 mai 2011, aff. C-434/09, *McCarthy.*
- CJUE, 7 juillet 2011, aff. C-310/10, *Agafitei e.a.*
- CJUE, GC, 6 septembre 2011, aff. C-108/10, *Scattolon.*
- CJUE, 15 septembre 2011, aff. C-347/09, *Dickinger et Ömer.*
- CJUE, GC, 15 novembre 2011, aff. C-256/11, *Dereci e.a.*
- CJUE, 24 novembre 2011, aff. C-379/10, *Commission c/ Italie.*
- CJUE, GC, 21 décembre 2011, aff. C-411 et 493/10, *N. S. e.a.*
- CJUE, 21 décembre 2011, aff. C-482/10, *Cicala.*
- CJUE, GC, 24 janvier 2012, aff. C-282/10, *Dominguez.*
- CJUE, GC, 5 juin 2012, aff. C-489/10, *Bonda.*
- CJUE, 7 juin 2012, aff. C-27/11, *Vinkov.*
- CJUE, 8 novembre 2012, aff. C-40/11, *Iida.*
- CJUE, 22 novembre 2012, aff. C-277/11, *M.*

CJUE, Ass. plén., 27 novembre 2012, C-370/12, *Pringle*.
CJUE, GC, 26 février 2013, aff. C-617/10, *Åkerberg Fransson*.
CJUE, GC, 26 février 2013, aff. C-399/11, *Melloni*.
CJUE, ord. 7 mars 2013, aff. C-178/12, *Rivas Montes*.
CJUE, 8 mai 2013, aff. C-87/12, *Ymeraga et Ymeraga-Tafarshiku*.
CJUE, 18 juillet 2013, aff. C-234/12, *Sky Italia*.
CJUE, 10 octobre 2013, aff. C-86/12, *Alokpa et Moudoulou*.
CJUE, GC, 22 octobre 2013, aff. C-276/12, *Sabou*.
CJUE, 12 décembre 2013, aff. C-523/12, *Dirextra Alta Formazione*.
CJUE, GC, 15 janvier 2014, aff. C-176/12, *Association de médiation sociale*.
CJUE, 13 février 2014, aff. C-419 et 420/12, *Crono Service e.a.*
CJUE, 6 mars 2014, aff. C-206/13, *Siragusa*.
CJUE, GC, 12 mars 2014, aff. C-457/12, *S. et G.*
CJUE, GC, 12 mars 2014, aff. C-456/12, *O.*
CJUE, 30 avril 2014, aff. C-390/12, *Pfleger e.a.*
CJUE, 8 mai 2014, aff. C-604/12, *N.*
CJUE, ord. 19 juin 2014, aff. C-370/13, *Teisseyre*.
CJUE, 10 juillet 2014, aff. C-198/13, *Julian Hernández e.a.*
CJUE, 17 juillet 2014, aff. C-141/12, *YS e.a.*
CJUE, 5 novembre 2014, aff. C- 166/13, *Mukarubega*.
CJUE, GC, 11 novembre 2014, aff. C-333/13, *Dano*.
CJUE, 11 décembre 2014, aff. C-249/13, *Boudjlida*.
CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13, *Adhésion de l'Union à la CEDH*.
CJUE, 9 septembre 2015, aff. C-160/14, *Ferreira da Silva e Brito e.a.*
CJUE, GC, 6 octobre 2015, aff. C-650/13, *Delvigne*.
CJUE, 17 décembre 2015, aff. C-419/14, *WebMindLicenses*.
CJUE, GC, 5 avril 2016, aff. C-404/15 et C-659/15 PPU, *Aranyosi et Căldăraru*.
CJUE, 2 juin 2016, aff. C-438/14, *Bogendorff von Wolffersdorff*.
CJUE, GC, 13 septembre 2016, aff. C-304/14, *CS*.
CJUE, GC, 13 septembre 2016, aff. C-165/14, *Rendón Marín*.
CJUE, 5 avril 2017, aff. C-217 et 350/15, *Orsi*.
CJUE, GC, 10 mai 2017, aff. C-133/15, *Chavez-Vilchez e.a.*
CJUE, GC, 14 novembre 2017, aff. C-165/16, *Lounes*.

- CJUE, 20 décembre 2017, aff. C-664/15, *Protect Natur-, Arten- und Landschaftsschutz Umweltorganisation*.
- CJUE, 20 décembre 2017, aff. C-500/16, *Caterpillar Financial Services*.
- CJUE, GC, 27 février 2018, aff. C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*.
- CJUE, GC, 8 mai 2018, aff. C-82/16, *K.A. e.a.*
- CJUE, GC, 5 juin 2018, aff. C-673/16, *Coman e.a.*
- CJUE, 27 juin 2018, aff. C-230/17, *Deha Altiner et Ravn*
- CJUE, GC, 25 juillet 2018, aff. C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality*.
- CJUE, 25 juillet 2018, aff. C-220/18 PPU, *Generalstaatsanwaltschaft (Conditions de détention en Hongrie)*.
- CJUE, 26 septembre 2018, aff. C-180/17, *X et Y*.
- CJUE, 4 octobre 2018, aff. C-416/17, *Commission c/ France (Précompte mobilier)*.
- CJUE, GC, 6 novembre 2018, aff. C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*.
- CJUE, GC, 6 novembre 2018, aff. C-569 et 570/16, *Bauer*.
- CJUE, GC, 11 décembre 2018, aff. C-493/17, *Weiss e.a.*
- CJUE, GC, 12 mars 2019, aff. C-221/17, *Tjebbes e.a.*
- CJUE, ord. 8 mai 2019, aff. C-9/19, *Mitliv Exim*.
- CJUE, 8 mai 2019, aff. C-230/18, *PI*.
- CJUE, ord. 15 mai 2019, aff. C-789 et 790/18, *Corte dei Conti e.a.*
- CJUE, GC, 21 mai 2019, aff. C-235/17, *Commission c/ Hongrie (Usufruits sur terres agricoles)*.
- CJUE, GC, 27 mai 2019, aff. C-508/18, *OG (Parquet de Lübeck)*.
- CJUE, GC, 27 mai 2019, aff. C-509/18, *PF (Procureur général de Lituanie)*.
- CJUE, GC, 24 juin 2019, aff. C-619/18, *Commission c/ Pologne (Indépendance de la Cour suprême)*.
- CJUE, GC, 29 juillet 2019, aff. C-469/17, *Funke Medien NRW*.
- CJUE, GC, 29 juillet 2019, aff. C-516/17, *Spiegel Online*.
- CJUE, GC, 10 septembre 2019, aff. C-94/18, *Chenchooliah*.
- CJUE, ord. 24 septembre 2019, aff. C-467/19 PPU, *Spetsializirana prokuratura*.
- CJUE, 9 octobre 2019, aff. C-489/19 PPU, *NJ (Parquet de Vienne)*.
- CJUE, GC, 15 octobre 2019, aff. C-128/18, *Dorobantu*.
- CJUE, 24 octobre 2019, aff. C-469 et 470/18, *Belgische Staat*.
- CJUE, GC, 19 novembre 2019, aff. C-609 et 610/17, *TSN*.

CJUE, 12 décembre 2019, aff. C-566 et 626/19 PPU, *Parquet général du Grand-Duché de Luxembourg (Procureurs de Lyon et Tours)*.

CJUE, 12 décembre 2019, aff. C-625/19 PPU, *Openbaar Ministerie (Parquet Suède)*.

CJUE, 12 décembre 2019, aff. C-627/19 PPU, *Openbaar Ministerie (Procureur du Roi de Bruxelles)*.

CJUE, 19 décembre 2019, aff. C-465/18, *Comune die Bernareggio*.

CJUE, 22 janvier 2020, aff. C-177/18, *Baldonado Martín*.

CJUE, 27 février 2020, aff. C-836/18, *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real*.

CJUE, 14 mai 2020, aff. C-263/19, *T-Systems Magyarország e.a.*

CJUE, ord. 4 juin 2020, aff. C-32/20, *Balga*.

CJUE, 11 juin 2020, aff. C-634/18, *Prokuratura Rejonowa w Słupsku*.

C) Conclusions et prises de position des avocats généraux

Conclusions de l'avocat général Maurice Lagrange présentées le 24 mai 1960, sous CJCE, 15 juillet 1960, aff. C-36 à 38/59 et C-40/59, *Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr et a. c/ Haute Autorité CECA*.

Conclusions de l'avocat général Federico Mancini présentées le 14 janvier 1988, sous CJCE, 26 avril 1988, aff. C-352/85, *Bond van Adverteerders c/ État néerlandais*.

Conclusions de l'avocat général Francis G. Jacobs présentées le 9 décembre 1992, sous CJCE, 30 mars 1993, aff. C-168/91, *Konstantinidis c/ Stadt Altensteig et Landratsamt Calw*.

Conclusions de l'avocat général Antonio La Pergola présentées le 6 février 1997, sous CJCE, 29 mai 1997, aff. C-299/95, *Kremzow c/ Republik Österreich*.

Conclusions de l'avocat général Siegbert Alber présentées le 1^{er} février 2001, sous CJCE, 17 mai 2001, aff. C-340/99, *TNT Traco*.

Conclusions de l'avocat général Jean Mischo présentées le 20 septembre 2001, sous CJCE, 10 juillet 2003, aff. C-20 et 64/00, *Booker Aquaculture et Hydro Seafood*.

Conclusions de l'avocat général Francis G. Jacobs présentées le 11 juillet 2002, sous CJCE, 12 juin 2003, aff. C-112/00, *Schmidberger*.

Conclusions de l'avocat général Antonio Tizzano présentées le 19 septembre 2002, sous CJCE, 6 novembre 2003, aff. C-101/01, *Lindqvist*.

Conclusions de l'avocate générale Christine Stix-Hackl présentées le 28 novembre 2002, sous CJCE, 11 mars 2003, aff. C-186/01, *Dory*.

Conclusions de l'avocat général Miguel Poiares Maduro présentées le 12 septembre 2007, sous CJCE, 31 janvier 2008, aff. C-380/05, *Centro Europa 7*.

Conclusions de l'avocate générale Éléonor Sharpston présentées le 30 septembre 2010, sous CJUE, GC, 8 mars 2011, aff. C-34/09, *Ruiz Zambrano*.

Conclusions de l'avocat général Yves Bot présentées le 5 avril 2011, sous CJUE, GC, 6 septembre 2011, aff. C-108/10, *Scattolon*.

Prise de position de l'avocat général Paolo Mengozzi présentée le 29 septembre 2011, sous CJUE, GC, 15 novembre 2011, aff. C-256/11, *Dereci e.a.*

Conclusions de l'avocate générale Verica Trstenjak présentées le 22 septembre 2011, sous CJUE, GC, 21 décembre 2011, aff. C-411 et 493/10, *N. S. e.a.*

Conclusions de l'avocate générale Juliane Kokott présentées le 15 décembre 2011, sous CJUE, GC, 5 juin 2012, aff. C-489/10, *Bonda*.

Conclusions de l'avocat général Pedro Cruz Villalón présentées le 12 juin 2012, sous CJUE, GC, 26 février 2013, aff. C-617/10, *Åkerberg Fransson*.

Conclusions de l'avocate générale Juliane Kokott présentées le 6 juin 2013, sous CJUE, GC, 22 octobre 2013, aff. C-276/12, *Sabou*.

Conclusions de l'avocat général Melchior Wathelet présentées le 16 septembre 2016, sous CJUE, GC, 21 décembre 2016, aff. C-104/16 P, *Conseil c/ Front Polisario*.

D) Cour européenne des droits de l'Homme

Comm. EDH, déc., 9 février 1990, Req. n° 13258/87, *M. & Co.*

CEDH, GC, 30 juin 2005, Req. n° 45036/98, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlande*.

§2- Jurisprudence française

A) Jurisprudence constitutionnelle

Cons. const., 6 novembre 1962, décision n° 62-20 DC, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962*.

Cons. const., 19 juin 1970, décision n° 70-39 DC, *Traité signé à Luxembourg le 22 avril 1970 portant modification de certaines dispositions budgétaires des traités instituant les communautés européennes et du traité instituant un conseil unique et une commission unique des Communautés européennes e.a.*

Cons. const., 16 juillet 1971, décision n° 71-44 DC, *Liberté d'association*.

Cons. const., 15 janvier 1975, décision n° 74-54 DC, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*.

Cons. const., 30 décembre 1976, décision n° 76-71 DC, *Décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct*.

Cons. const., 30 décembre 1977, décision n° 77-89 DC, *Loi de finances pour 1978*.

- Cons. const., 30 décembre 1977, décision n° 77-90 DC, *Dernière loi de finances rectificative pour 1977 et, notamment, son article 6.*
- Cons. const., 30 juillet 1982, décision n° 82-143 DC, *Loi sur les prix et les revenus, notamment ses articles 1, 3 et 4.*
- Cons. const., 9 avril 1992, décision n° 92-308 DC, *Traité sur l'Union européenne.*
- Cons. const., 2 septembre 1992, décision n° 92-312 DC, *Traité sur l'Union européenne.*
- Cons. const., 31 décembre 1997, décision n° 97-394 DC, *Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, les Traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, cons.*
- Cons. const., 10 juin 2004, décision n° 2004-496 DC, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique.*
- Cons. const., 1^{er} juillet 2004, décision n° 2004-497 DC, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle.*
- Cons. const., 29 juillet 2004, décision n° 2004-498 DC, *Loi relative à la bioéthique.*
- Cons. const., 29 juillet 2004, décision n° 2004-499 DC, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.*
- Cons. const., 19 novembre 2004, décision n° 2004-505 DC, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe.*
- Cons. const., 27 juillet 2006, décision n° 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.*
- Cons. const., 30 novembre 2006, décision n° 2006-543 DC, *Loi relative au secteur de l'énergie.*
- Cons. const., 20 décembre 2007, décision n° 2007-560 DC, *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne.*
- Cons. const., 19 juin 2008, décision n° 2008-564 DC, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés.*
- Cons. const., 3 décembre 2009, décision n° 2009-595 DC, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.*
- Cons. const., 12 mai 2010, décision n° 2010-605 DC, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne.*
- Cons. const., 22 juillet 2010, décision n° 2010-4/17 QPC, *M. Alain C. et autres.*
- Cons. const., 17 décembre 2010, décision n° 2010-79 QPC, *M. Kamel D.*
- Cons. const., 11 février 2011, décision n° 2010-102 QPC, *M. Pierre L.*

- Cons. const., 9 juin 2011, décision n° 2011-631 DC, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*.
- Cons. const., 9 août 2012, décision n° 2012-653 DC, *Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire*.
- Cons. const., 4 avril 2013, décision n° 2013-314 QPC, *M. Jeremy F.*
- Cons. const., 28 mai 2014, décision n° 2014-694 DC, *Loi relative à l'interdiction de la mise en culture des variétés de maïs génétiquement modifié*.
- Cons. const., 8 octobre 2014, décision n° 2014-418 QPC, *Société SGI*.
- Cons. const., 29 décembre 2015, décision n° 2015-726 DC, *Loi de finances rectificative pour 2015*.
- Cons. const., 21 janvier 2016, décision n° 2015-727 DC, *Loi de modernisation de notre système de santé*.
- Cons. const., 10 mai 2016, décision n° 2016-539 QPC, *Mme Ève G.*
- Cons. const., 10 mai 2016, décision n° 2016-540 QPC, *Société civile Groupement foncier rural Namin et Co.*
- Cons. const., 4 août 2016, décision n° 2016-737 DC, *Loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages*.
- Cons. const., 31 juillet 2017, décision n° 2017-749 DC, *Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*.
- Cons. const., 12 juin 2018, décision n° 2018-765 DC, *Loi relative à la protection des données personnelles*.
- Cons. const., 26 juillet 2018, décision n° 2018-768 DC, *Loi relative à la protection du secret des affaires*.

B) Jurisprudence administrative

- TA Melun, 8 mars 2013, req. n° 1301686, *S. Mukarubega*.
- TA Pau, 30 avril 2013, req. n° 1300264, *K. Boudjlida*.
- CAA Nantes, 27 octobre 2011, req. n° 10NT00555.
- CAA Versailles, 28 février 2012, req. n° 10VE01608.
- CAA Douai, 13 août 2012, req. n° 12DA00295.
- CAA Lyon, 11 octobre 2012, req. n° 11LY03003.
- CAA Douai, 4 décembre 2012, req. n° 12DA00478.
- CAA Paris, 7 décembre 2012, req. n° 12PA02064.
- CAA Lyon, 11 décembre 2012, req. n° 12LY01048.
- CAA Lyon, 14 mars 2013, req. n° 12LY02737.

- CAA Versailles, 9 avril 2013, req. n° 12VE00838.
- CAA Marseille, 18 juin 2013, req. n° 12MA04450.
- CAA Nancy, 1^{er} août 2013, req. n° 12NC01772 et 12NC01771.
- CAA Nancy, 1^{er} août 2013, req. n° 12NC01848.
- CAA Bordeaux, 31 octobre 2013, req. n° 13BX00616.
- CAA Paris, 7 novembre 2013, req. n° 13PA00779.
- CAA Bordeaux, 2 octobre 2014, req. n° 14BX01106.
- CAA Bordeaux, 16 octobre 2014, req. n° 14BX00664.
- CAA Bordeaux, 18 décembre 2014, req. n° 14BX01956 et 14BX02260.
- CAA Lyon, 17 novembre 2015, req. n° 15LY00053.
- CAA Nantes, 17 décembre 2015, req. n° 15NT00981.
- CE Ass., 19 juin 1964, req. n° 47.007, 47.008, 47.028, 47.029, 47.030, 48.961, 48.962 et 49.019, *Société des pétroles Shell Berre e.a.*, publié au Lebon p. 344.
- CE Ass., 22 décembre 1978, req. n° 11604, *Ministre de l'Intérieur c/ Cohn-Bendit*, publié au Lebon p. 524.
- CE Ass., 29 décembre 1978, req. n° 96004, *Darmont*, publié au Lebon p. 542.
- CE Ass., 20 octobre 1989, req. n° 108243, *Nicolo*, publié au Lebon p. 190.
- CE Ass., 30 octobre 1998, req. n° 200286 et 200287, *Sarran, Levacher e.a.*, publié au Lebon p. 369.
- CE, 3 décembre 2001, req., n° 226514, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, publié au Lebon, p. 624.
- CE Ass., 8 février 2007, req. n° 287110, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, publié au Lebon p. 55.
- CE Sect., 10 avril 2008, req. n° 296845, *Conseil national des barreaux*, publié au Lebon p. 129.
- CE, 21 octobre 2009, req. n° 312928, mentionné dans les tables du Lebon.
- CE, 4 juillet 2012, req. n° 341533, *Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et des amblyopes*, publié Lebon p. 261.
- CE, 11 avril 2014, req. n° 352473, inédit au Lebon.
- CE, 4 juin 2014, req. n° 370515, *Halifa*, publié au Lebon p. 152.
- CE, Juge des référés, 9 décembre 2014, req. n° 386029, *Mme B.A.C.*, publié au Lebon p. 379.
- CE, 13 février 2015, req. n° 384302, *Communes de Punaauia, de Taiarapu-Est, de Bora-Bora et d'Arue*, mentionné dans les tables du Lebon.
- CE, 25 mars 2015, req. n° 374401, *M.A.B.*, mentionné dans les tables du Lebon.

- CE, 9 novembre 2015, req. n° 381171, mentionné dans les tables du Lebon.
- CE, 23 décembre 2016, req. n° 399117, mentionné dans les tables du Lebon.
- CE, 30 janvier 2017, req. n° 394686, inédit au Lebon.
- CE, 1^{er} février 2017, req. n° 391058, inédit au Lebon.
- CE Ass., 24 février 2017, req. n° 391000, *Mme C. e.a.*, publié au Lebon p. 59.
- CE, 10 mai 2017, req. n° 401536, mentionné dans les tables du Lebon.
- CE, 17 mai 2017, req. n° 396832, inédit au Lebon.
- CE, 19 juillet 2017, req. n° 405897, mentionné dans les tables du Lebon.
- CE, 9 novembre 2017, req. n° 409782, mentionné dans les tables du Lebon.
- CE, 28 décembre 2017, req. n° 400580, mentionné dans les tables du Lebon.
- CE Ass., 18 mai 2018, req. n° 400675, mentionné dans les tables du Lebon.
- CE, 14 juin 2018, req. n° 408265, inédit au Lebon.
- CE, Juge des référés, 26 juin 2018, req. n° 421565, inédit au Lebon.
- CE, 18 juillet 2018, req. n° 408805, inédit au Lebon.
- CE, 26 juillet 2018, req. n° 411717, inédit au Lebon.
- CE, 26 juillet 2018, req. n° 394922, mentionné dans les tables du Lebon.
- CE, 24 septembre 2018, req. n° 415136, inédit au Lebon.
- CE, 22 octobre 2018, req. n° 407687, mentionné dans les tables du Lebon.
- CE, 14 novembre 2018, req. n° 415751, inédit au Lebon.
- CE, 20 février 2019, req. n° 427918, inédit au Lebon.
- CE, 25 mars 2020, req. n° 411070, §11, publié au Lebon.
- CE, 1^{er} juillet 2020, req. n° 423118, inédit au Lebon.
- Conclusions du Commissaire du gouvernement Mattias Guyomar sous CE Ass., 8 février 2007, req. n° 287110, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, publié au Lebon p. 55.
- Conclusions de la rapporteure publique Marie-Astrid de Barmon sous CE, 23 décembre 2016, req. n° 399117, mentionné dans les tables du Lebon.
- Conclusions du rapporteur public Louis Dutheillet de Lamothe sous CE, 14 juin 2018, req. n° 408265, inédit au Lebon.

C) Jurisprudence judiciaire

- CA Versailles, 2 février 2006, req. n° CT0131.
- CA Rennes, 19 septembre 2007, req. n° 06/04845.
- CA Paris, 7 octobre 2008, req. n° 05/09146.

CA Montpellier, 9 janvier 2013, req. n° 11/06392.

CA Paris, 6 février 2013, req. n° 11/09831.

Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, req. n° 73-13.556, *Administration des douanes c/ Société des cafés Jacques Vabre*.

Cass. Ass. plén., 2 juin 2000, req. n° 99-60.274, *Pauline Fraisse*.

Cass. crim., 10 décembre 2003, req. n° 03-86.127.

Cass. crim., 5 mai 2004, req. n° 04-80.302.

Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, req. n° 05-16.627.

Cass. soc., 14 avril 2010, req. n° 09-60.426 et 09-60.429.

Cass. QPC, 16 avril 2010, req. n° 10-40.002, *MM. Melki et Abdeli*.

Cass. QPC, 29 juin 2010, req. n° 10-40.001.

Cass. soc., 6 juillet 2010, req. n° 09-40.428, 09-40.430, 09-40.427, 09-40.429, 09-40.431 et 09-40.432.

Cass. soc., 1^{er} décembre 2010, req. n° 10-60.117.

Cass. com., 29 mars 2011, req. n° 10-30.001.

Cass. soc., 17 mai 2011, req. n° 10-12.852.

Cass. soc., 29 juin 2011, req. n° 09-71.107.

Cass. soc., 31 janvier 2012, req. n° 10-19.807.

Cass. soc., 11 avril 2012, req. n° 11-21.609.

Cass. crim., 5 juin 2012, req. n° 11-83.319.

Cass. soc., 13 juin 2012, req. n° 11-10.854.

Cass. soc., 19 septembre 2012, req. n° 11-19.016.

Cass. crim., 27 novembre 2012, req. n° 12-85.645.

Cass. soc., 29 mai 2013, req. n° 11-22.376.

Cass. crim., 25 juin 2013, req. n° 13-84.149.

Cass. civ. 2^{ème}, 10 octobre 2013, req. n° 12-22.507.

Cass. crim., 22 janvier 2014, req. n° 12-83.579.

Cass. crim., 18 février 2014, req. n° 14-80.485.

Cass. soc., 2 avril 2014, req. n° 12-22.054.

Cass. soc., 14 mai 2014, req. n° 13-10.637.

Cass. soc., 28 mai 2014, req. n° 13-13.947.

Cass. soc., 9 juillet 2014, req. n° 13-60.267 et 13-60.268.

Cass. soc., 24 septembre 2014, req. n° 13-24.851.

Cass. soc., 4 février 2015, req. n° 13-16.835.

Cass. soc., 7 juillet 2015, req. n° 15-12.417.
 Cass. crim., 8 juillet 2015, req. n° 15-81.731.
 Cass. civ. 1^{ère}, 7 octobre 2015, req. n° 14-20.370.
 Cass. soc., 16 décembre 2015, req. n° 11-22.376.
 Cass. civ. 2^{ème}, 4 mai 2016, req. n° 15-18.957.
 Cass. crim., 10 août 2016, req. n° 16-84.725 et 16-84.506.
 Cass. com., 4 octobre 2016, req. n° 16-40.234.
 Cass. crim., 4 octobre 2016, req. n° 16-82.309.
 Cass. soc., 9 novembre 2016, req. n° 15-15.064.
 Cass. crim., 23 novembre 2016, req. n° 15-82.333.
 Cass. civ. 2^{ème}, 30 mars 2017, req. n° 16-10.617.
 Cass. com., 26 avril 2017, req. n° 15-25.701.
 Cass. soc., 30 mai 2018, req. n° 16-20.634.
 Cass. civ. 1^{ère}, 17 octobre 2018, req. n° 16-60.352.
 Cass. soc., 8 janvier 2020, req. n° 18-20.591.
 Cass. crim., 22 juill. 2020, req. n° 20-82.379.

§3- Jurisprudence allemande

A) Jurisprudence constitutionnelle

BVerfG, 30 juillet 1952, décision n° 1 BvF 1/52, *Deutschlandvertrag*, BVerfGE 1, 396.
 BVerfG, 26 février 1954, décision n° 1 BvR 537/53, *Tatsachenfeststellung*, BVerfGE 3, 359.
 BVerfG, 24 mars 1964, décisions n° 2 BvR 42/63, 83/63, 89/63, *Geschäftsverteilungsplan*, BVerfGE 17, 294.
 BVerfG, 9 juin 1971, décision n° 2 BvR 225/69, *Lütticke*, BVerfGE 31, 145.
 BVerfG, 29 mai 1974, décision n° 2 BvL 52/71, *Solange I*, BVerfGE 37, 271.
 BVerfG, 2 mars 1977, décision n° 2 BvE 1/76, *Öffentlichkeitsarbeit*, BVerfGE 44, 125.
 BVerfG, 15 février 1978, décisions n° 2 BvR 134/76, 268/76, *Gemeindeparlament*, BVerfGE 47, 253.
 BVerfG, 22 octobre 1986, décision n° 2 BvR 197/83, *Solange II*, BVerfGE 73, 339.
 BVerfG, 31 mai 1990, décisions n° 2 BvL 12/88, 13/88 et 2 BvR 1436/87, *Absatzfonds*, BVerfGE 82, 159.
 BVerfG, 31 octobre 1990, décisions n° 2 BvF 2/89, 6/89, *Ausländerwahlrecht I*, BVerfGE 83, 37.

- BVerfG, 12 octobre 1993, décisions n° 2 BvR 2134/92, 2159/92, *Maastricht*, BVerfGE 89, 155.
- BVerfG, 17 novembre 1994, décision n° 2 BvB 1/93, *Parteienbegriff I*, BVerfGE 91, 262.
- BVerfG, 22 janvier 1997, décision n° 2 BvR 1915/91, *Warnhinweise für Tabakerzeugnisse*, BVerfGE 95, 173.
- BVerfG, 7 juin 2000, décision n° 2 BvL 1/97, *Bananenmarkt*, BVerfGE 102, 147.
- BVerfG, 14 octobre 2004, décision n° 2 BvR 1481/04, *EGMR Entscheidung*, BVerfGE 111, 307.
- BVerfG, 18 juillet 2005, décision n° 2 BvR 2236/04, *Europäischer Haftbefehl*, BVerfGE 113, 273.
- BVerfG, 13 mars 2007, décision n° 1 BvF 1/05, *Treibhausgas-Emissionsberechtigungen*, BVerfGE 118, 79.
- BVerfG, 14 mai 2007, décision n° 1 BvR 2036/05, *Emissionshandel*.
- BVerfG, 11 mars 2008, décision n° 1 BvR 256/08, *Vorratsdatenspeicherung*, BVerfGE 121, 1.
- BVerfG, 30 juin 2009, décision n° 2 BvE 2/08, *Lissabon*, BVerfGE 123, 267.
- BVerfG, 25 février 2010, décision n° 1 BvR 230/09, *Massenentlassungsrichtlinie*.
- BVerfG, 2 mars 2010, décisions n° 1 BvR 256/08, 263/08, 586/08, *Vorratsdatenspeicherung*, BVerfGE 125, 260.
- BVerfG, 6 juillet 2010, décision n° 2 BvR 2661/06, *Honeywell*, BVerfGE 126, 286.
- BVerfG, 19 juillet 2011, décision n° 1 BvR 1916/09, BVerfGE 129, 78.
- BVerfG, 7 septembre 2011, décision n° 2 BvR 987/10, *Europäische Finanzstabilisierung*, BVerfGE 129, 124.
- BVerfG, 15 décembre 2011, décision n° 2 BvR 148/11.
- BVerfG, 24 avril 2013, décision n° 1 BvR 1215/07, *Antiterrordateigesetz*, BVerfGE 133, 277.
- BVerfG, 14 janvier 2014, décisions n° 2 BvR 2728/13, 2729/13, 2730/13, 2731/13, 2 BvE 13/13, *OMT-Vorlagebeschluss*, BVerfGE 134, 366.
- BVerfG, 28 janvier 2014, décisions n° 2 BvR 1561/12 à 1564/12, *Filmabgabe nach Filmförderungsgesetz*, BVerfGE 135, 155.
- BVerfG, 18 mars 2014, décision n° 2 BvR 1390/12, *Europäischer Stabilitätsmechanismus*, BVerfGE 135, 317.
- BVerfG, 27 juin 2014, décision n° 1 BvR 1313/14.
- BVerfG, 21 avril 2015, décision n° 2 BvR 1322/12.
- BVerfG, 6 octobre 2015, décision n° 2 BvR 2543/12.

- BVerfG, 15 décembre 2015, décision n° 2 BvR 2735/14, *Europäischer Haftbefehl II*, BVerfGE 140, 317.
- BVerfG, 18 mai 2016, décision n° 1 BvR 895/16, *Tabakerzeugnisse*.
- BVerfG, 31 mai 2016, décision n° 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74.
- BVerfG, 21 juin 2016, décision n° 2 BvR 2728/13, *OMT Programm*, BVerfGE 142, 123.
- BVerfG, 19 juillet 2016, décision n° 2 BvR 470/08.
- BVerfG, 6 septembre 2016, décision n° 2 BvR 890/16, *Europäisches Haftbefehl III*.
- BVerfG, 17 janvier 2017, décision n° 2 BvB 1/13, *Parteiverbot*, BVerfGE 144, 20.
- BVerfG, 23 janvier 2017, décision n° 2 BvR 2584/12.
- BVerfG, 18 juillet 2017, décisions n° 2 BvR 859/15, 1651/15, 2006/15, 980/16, BVerfGE 146, 216.
- BVerfG, 18 août 2017, décision n° 2 BvR 424/17.
- BVerfG, 19 décembre 2017, décision n° 2 BvR 424/17, BVerfGE 147, 364.
- BVerfG, 18 avril 2018, décision n° 1 BvR 1213/16.
- BVerfG, 16 août 2018, décision n° 2 BvR 237/18.
- BVerfG, 30 juillet 2019, décisions n° 2 BvR 1685/14, 2631/14, *Anleihenkaufprogramm der EZB*.
- BVerfG, 6 novembre 2019, décision n° 1 BvR 16/13, *Recht auf Vergessen I*.
- BVerfG, 6 novembre 2019, décision n° 1 BvR 276/17, *Recht auf Vergessen II*.
- BVerfG, 5 mai 2020, décisions n° 2 BvR 859/15, 980/16, 2006/15, 1651/15, *EZB-Kaufprogramm*.
- BVerfG, 19 mai 2020, décision n° 1 BvR 2835/17.
- BVerfG, 30 juin 2020, décision n° 1 BvR 1679/17.
- BVerfG, 18 août 2020, décision n° 1 BvQ 82/20.

B) Jurisprudence administrative

- VerwG Düsseldorf, 15 décembre 2005, décision n° 6 K 7119/04.
- VerwG Gelsenkirchen, 15 février 2007, décision n° 13 K 2485/05.
- VerwG Minden, 15 février 2007, décision n° 2 K 2135/06.
- OVG NRW, 13 février 2002, décision n° 19 A 1918/01.
- OVG NRW, 11 août 2009, décision n° 12 A 365/08.
- BVerwG, 30 juin 2005, arrêt n° 7 C 26.04.
- BVerwG, 5 mars 2009, arrêt n° 10 C 51.07.
- BVerwG, 30 mars 2010, arrêt n° 1 C 8.09.

BVerwG, 16 novembre 2010, arrêt n° 1 C 20.09.
BVerwG, 11 janvier 2011, arrêt n° 1 C 1.10.
BVerwG, 15 novembre 2011, arrêt n° 1 C 15.10.
BVerwG, 18 avril 2013, arrêt n° 10 C 9.12.
BVerwG, 13 juin 2013, arrêt n° 10 C 16.12.
BVerwG, 20 juin 2013, arrêt n° 8 C 39.12.
BVerwG, 27 février 2014, arrêt n° 2 C 1.13.
BVerwG, 19 mars 2014, décision n° 10 B 6.14.
BVerwG, 6 juin 2014, décision n° 10 B 35.14.
BVerwG, 21 janvier 2015, arrêt n° 10 CN 1.14, *Höchstaltersgrenze für Prüfsachverständige für technische Anlagen und Einrichtungen in Gebäuden*.
BVerwG, 21 juillet 2015, décision n° 1 B 26.15.
BVerwG, 17 septembre 2015, arrêt n° 1 C 26.14, *Abschiebungsanordnung im Dublin-Verfahren*.
BVerwG, 23 mars 2016, arrêt n° 10 C 20.14.
BVerwG, 21 septembre 2016, arrêt n° 6 C 2.15.
BVerwG, 25 janvier 2017, arrêt n° 6 C 15.16.
BVerwG, 25 janvier 2017, arrêts n° 6 C 11.16, 6 C 14.16 et 6 C 12.16.
BVerwG, 26 janvier 2017, décision n° 1 C 1.16.
BVerwG, 23 mars 2017, décisions n° 1 C 20.16, 1 C 18.16 et 1 C 17.16.
BVerwG, 27 juin 2017, décision n° 1 C 26.16.
BVerwG, 2 août 2017, décisions n° 1 C 37.16 et 1 C 2.17.
BVerwG, 28 mars 2018, décision n° 6 B 76.17.
BVerwG, 18 juin 2018, décision n° 8 B 12.17.
BVerwG, 8 janvier 2019, arrêt n° 1 C 16.18.
BVerwG, 8 janvier 2019, décision n° 1 C 18.18.
BVerwG, 9 janvier 2019, arrêts n° 1 C 36.18, 1 C 26.18, 1 C 24.18, 1 C 19.18, 1 C 35.18 et 1 C 25.18.
BVerwG, 30 janv. 2020, arrêt n° 10 C 18.19.

C) Jurisprudence judiciaire

OLG Düsseldorf, 2 novembre 2006, décisions n° VI-3 Kart 284/06 (V) et 285/06 (V).
BGH (1^{ère} ch. civ.), 5 février 1998, arrêt n° I ZR 211/95.
BGH (3^{ème} ch. civ.), 28 octobre 2004, décision n° III ZR 294/03.

- BGH (3^{ème} ch. civ.), 22 janvier 2009, arrêt n° III ZR 233/07.
- BGH (6^{ème} ch. civ.), 15 décembre 2009, arrêt n° VI ZR 227/08.
- BGH (4^{ème} ch. civ.), 15 décembre 2009, arrêt n° IV ZR 228/08.
- BGH (6^{ème} ch. civ.), 9 février 2010, arrêt n° VI ZR 244/08.
- BGH (6^{ème} ch. civ.), 9 février 2010, arrêt n° VI ZR 243/08.
- BGH (8^{ème} ch. civ.), 22 septembre 2010, arrêt n° VIII ZR 182/09.
- BGH (1^{ère} ch. civ.), 14 octobre 2010, arrêt n° I ZR 191/08, *AnyDVD*.
- BGH (1^{ère} ch. civ.), 18 novembre 2010, arrêt n° I ZR 137/09, *Unser wichtigstes Cigarettenpapier*.
- BGH (1^{ère} ch. civ.), 19 mai 2011, arrêt n° I ZR 147/09, *Coaching-Newsletter*.
- BGH (1^{ère} ch. civ.), 21 juillet 2011, décisions n° I ZR 29/11, I ZR 30/11 et I ZR 162/10.
- BGH (ch. crim.), 4 juin 2013, décision n° 1 StR 32/13.
- BGH (1^{ère} ch. civ.), 2 avril 2015, arrêt n° I ZR 59/13, *Springender Pudel*.
- BGH (ch. des aff. notariales), 20 juillet 2015, décision n° NotZ (Brfg) 13/14.
- BGH (1^{ère} ch. civ.), 21 octobre 2015, arrêt n° I ZR 51/12, *Davidoff Hot Water II*.
- BGH (1^{ère} ch. civ.), 26 novembre 2015, arrêt n° I ZR 174/14, *Störerhaftung des Access-Providers*.
- BGH (1^{ère} ch. civ.), 26 novembre 2015, arrêt n° I ZR 3/14.
- BGH (ch. de la concurrence), 26 janvier 2016, décision n° EnVR 51/14, *Karennzeiten*.
- BGH (1^{ère} ch. civ.), 3 mars 2016, décision n° I ZB 2/15.
- BGH (1^{ère} ch. civ.), 21 avril 2016, arrêt n° I ZR 198/13, *Verlegeranteil*.
- BGH (1^{ère} ch. civ.), 1^{er} juin 2017, décision n° I ZR 139/15.
- BGH (1^{ère} ch. civ.), 1^{er} juin 2017, décision n° I ZR 115/16.
- BGH (1^{ère} ch. civ.), 27 juillet 2017, décision n° I ZR 228/15.
- BGH (1^{ère} ch. civ.), 30 avril 2020, décision n° I ZR 228/15.
- BGH (1^{ère} ch. civ.), 30 avril 2020, décision n° I ZR 228/15.
- BGH (1^{ère} ch. civ.), 30 avril 2020, décision n° I ZR 139/15.
- BGH (1^{ère} ch. civ.), 30 avril 2020, décision n° I ZR 115/16.
- BGH (ch. de la concurrence), 23 juin 2020, décision n° KVR 69/19.

D) Jurisprudence de la Cour fédérale du travail

- BAG, 19 janvier 2011, arrêt n° 3 AZR 29/09.
- BAG, 11 septembre 2013, arrêt n° 7 AZR 843/11.
- BAG, 25 septembre 2013, arrêt n° 10 AZR 270/12.

BAG, 19 février 2015, arrêt n° 8 AZR 1007/13.

BAG, 25 août 2015, arrêt n° 1 AZR 875/13.

BAG, 18 octobre 2016, décisions n° 9 AZR 45/16 (A) et 9 AZR 196/16 (A).

BAG, 13 décembre 2016, décision n° 9 AZR 541/15 (A).

BAG, 25 octobre 2018, arrêt n° 8 AZR 501/14.

E) Jurisprudence de la Cour fédérale du contentieux social

BSG, 16 juin 2015, arrêt n° B 13 R 27/13 R.

§4- Jurisprudence d'autres États membres de l'Union

A) Jurisprudence autrichienne

Verfassungsgerichtshof (Autriche), 14 mars 2012, décision n° U 466/11 e.a.

B) Jurisprudence belge

Avis du Conseil d'État (Belgique) n°44.028/AV

Cour de cassation (2^{ème} ch.) (Belgique), 9 novembre 2004, P.04.0849.N.

Cour d'arbitrage (anc. Conseil Constitutionnel) (Belgique), 22 juillet 2004, arrêt n° 136/2004.

Cour Constitutionnelle (Belgique), 23 novembre 2005, arrêt n° 167/2005.

Cour Constitutionnelle (Belgique), 23 janvier 2008, arrêt n°10/2008.

Cour Constitutionnelle (Belgique), 10 juillet 2008, arrêt n°102/2008.

Cour Constitutionnelle (Belgique), 18 juin 2009, arrêt n°103/2009.

Cour Constitutionnelle (Belgique), 6 décembre 2012, arrêt n° 145/2012.

Cour constitutionnelle (Belgique), 15 mars 2018, arrêt n° 29/2018.

C) Jurisprudence espagnole

Tribunal constitucional (Espagne), 1er juillet 1992, décl. n° 1/1992.

D) Jurisprudence italienne

Corte costituzionale (Italie), 18 décembre 1973, décision n° 183/73, *Frontini e Pozzani*.

Corte costituzionale (Italie), 23 janvier 2019, décision n° 20/2019.

E) Jurisprudence tchèque

Cour constitutionnelle (République Tchèque), 3 novembre 2009, Pl. ÚS 29/09, *Treaty of Lisbon II*.

INDEX ALPHABETIQUE

A

Acte-clair (Théorie de l') : 507. , 504.

Attribution (Principe d') : 17. , 62. , 69. , 84. , 88. , 91. , 108. , 118. , 134. , 229. , 232. , 266. , 296. , 316. , 394. , 466. , 484. , 548. , 552. , 556. , 594.

Autonomie (Principe d') : 18. , 79. , 83. , 88. , 90. , 122. , 339. , 488. , 489. , 535.

Autonomie institutionnelle et procédurale : 87. , 218. , 221. , 535. , 550. , 552. , 568.

Avis (norme européenne) : 78. , 154. , 564.

B

Bonne administration (droit à une) : 9. , 133. , 515.

C

CESDH : 2. , 6. , 23. , 46. , 59. , 108. , 119. , 129. , 221. , 422. , 451. , 453. , 486. , 494. , 517. , 522. , 530. , 538. , 542. , 586.

Charte des droits fondamentaux :

- Convention de rédaction : 6. , 32. , 106. , 108. , 290. , 537. , 542.
- Entrée en vigueur : 4. , 100. , 121. , 127. , 134.
- Explications relatives à la Charte : 110. , 113. , 118. , 290.
- Mécanismes contraignant son application : 560.
- Titre VII : 542.

Citoyenneté européenne : 296.

- Droit de séjour dérivé des membres de la famille : 296. , 303. , 307. , 478.

- Droits fondamentaux : 296. , 313. , 316. , 479.

- Enfant : 301. , 309. , 476.

- Extranéité (Critère d') : 298.

- Jouissance effective : 306.

- Perte : 296. , 300. , 308. , 475.

- Privation des droits conférés par le statut : 296. , 301. , 309. , 314. , 476.

Clause d'opt-out : 10.

Commission européenne : 1. , 4. , 112. , 238. , 241. , 538. , 563.

Compétence :

- exclusive : 226. , 300. , 488. , 535.

- exercée : 71. , 135. , 231. , 429. , 535.

- matérielle : 16. , 69. , 135. , 200. , 548. , 552. , 554.

- nationale : 1. , 18. , 50. , 70. , 178. , 217. , 223. , 225. , 226. , 261. , 274. , 290. , 300. , 357. , 410. , 475. , 490. , 535. , 548. , 552.

- non-exercée : 135.

- partagées : 135. , 490. , 535.

- de l'Union : 11. , 16. , 18. , 44. , 48. , 50. , 58. , 69. , 91. , 118. , 134. , 146. , 200. , 203. , 210. , 221. , 228. , 318. , 343. , 393. , 403. , 429. , 466. , 475. , 488. , 490. , 535. , 548.

Concurrence :

- des droits fondamentaux : 486.

- des juges : 577. , 583.

Confiance légitime (Principe de) : 159. , 169.

Confiance mutuelle : 507. , 549. , 552.

Conflits de normes : 76. , 486. , 489. , 491. , 504. , 506. , 510. , 514. , 521. ,

522. , 531. , 535. , 546. , 551. , 573. ,
576. , 584.

Conseil constitutionnel : 22. , 329. ,
342. , 354. , 358. , 362. , 409. , 414. ,
418. , 437. , 445. , 464. , 489. , 502. ,
514. , 521. , 530. , 579.

Conseil d'État : 415. , 418. , 431. , 438.
 , 446. , 452. , 455. , 462. , 475. , 503. ,
510. , 515. , 521. , 528. , 554. , 565. ,
569.

Constitution française : 22. , 329. , 332.
 , 336. , 341. , 346. , 362. , 369. , 409. ,
414. , 418. , 483. , 502. , 521. , 530.

Constitutionnalisation : 60. , 332. , 345.
 , 367. , 369. , 409.

Contrôle :

- de constitutionnalité : 348. , 356. ,
360. , 384. , 417. , 422. , 437. , 456. ,
504. , 514. , 530.
- de conventionnalité : 360. , 368. , 379.
 , 384. , 388. , 414. , 422. , 425. , 514. ,
530.

Coopération loyale (Principe de) : 2. ,
19. , 86. , 88. , 93.

Cour administrative fédérale
(BVerwG) : 417. , 419. , 427. , 429. ,
436. , 444. , 451. , 458. , 471. , 477. ,
499. , 554.

Cour constitutionnelle fédérale
(BVerfG) : 21. , 47. , 70. , 329. , 339. ,
347. , 356. , 363. , 365. , 384. , 414. ,
417. , 419. , 427. , 434. , 442. , 449. ,
456. , 461. , 464. , 479. , 489. , 496. ,
501. , 507. , 516. , 519. , 525. , 564. ,
580.

Cour de cassation : 374. , 415. , 418. ,
421. , 423. , 425. , 439. , 447. , 453. ,
457. , 460. , 467. , 503. , 514. , 554. ,
569.

Cour fédérale de justice (BGH) : 417. ,
419. , 427. , 435. , 443. , 450. , 454. ,
456. , 459. , 467. , 554.

Cour fédérale des finances (BFH) :
417. , 419. , 554.

Cour fédérale du contentieux social
(BSG) : 417. , 419. , 554.

Cour fédérale du travail (BAG) : 417. ,
419. , 430. , 554.

D

Décision (norme européenne) : 154. ,
433.

Décision-cadre (norme européenne) :
433. , 442. , 449. , 461. , 500. , 507.

Démocratie : 11. , 339. , 353. , 390. ,
596.

Dialogue des juges : 512.

- Dialogue informel : 524.
 » explicite : 525. , 531.
 » implicite : 527.
- Dialogue institutionnel : 511. , 531.
- Discussion jurisprudentielle : 510. ,
518.
- Influence : 510. , 514. , 530. , 549. ,
573.
- Juridicité : 510.
- Question préjudicielle : 512. , 553. ,
575.

Dignité humaine : 21. , 33. , 273. , 340. ,
390. , 499. , 580.

Directive (norme européenne) : 178.

- Directive :
 » précise et inconditionnelle : 179. ,
181. , 215. , 242. , 366. , 369. , 381.
 , 400. , 417. , 422. , 428. , 442. ,
464. , 521.
 » transversale : 229. , 466.
- Transposition :
 » Décision nationale d'exécution :
161. , 177. , 187. , 211. , 380. , 461.

- » Exigence constitutionnelle : 369. , 377. , 422.
- » Lien de rattachement : 64. , 141. , 203. , 228. , 424.

Diversité : 37. , 84. , 535. , 550. , 579.

Droit de l'Union :

- Droit de l'Union :
 - » primaire : 4. , 7. , 39. , 58. , 78. , 111. , 267. , 279. , 362. , 488. , 553.
 - » secondaire : 215. , 253. , 301. , 365. , 553.
 - » tertiaire : 161. , 187. , 215.
- Intégration : 20. , 26. , 67. , 120. , 286. , 305. , 333. , 367. , 512. , 518. , 528. , 575.

Droits fondamentaux :

- DDHC : 22. , 347. , 378.
- Définition : 11. , 33.
- Droits fondamentaux :
 - » objectifs : 22. , 33.
 - » subjectifs : 16. , 21. , 33.
- Droits humains : 22. , 32. , 35.
- Fonction sociale : 65.
- Historique : 4. , 44. , 108.
- Invocabilité : 11. , 17. , 82. , 244.
- Protection en Allemagne : 21. , 47. , 340. , 384. , 580.
- Protection en France : 22. , 378.

Dualisme : 335. , 337. , 363.

E

Effectivité (Principe d') : 2. , 85. , 95. , 191. , 220. , 242. , 261. , 293. , 316. , 485. , 505. , 548. , 568.

Effet direct (Principe d') : 80. , 95. , 164. , 179. , 234. , 510.

Effet utile : 121. , 139. , 302. , 309. , 316. , 569.

Équivalence des protections : 388. , 417. , 446. , 494. , 520. , 544. , 557. , 568. , 576. , 584.

État membre : 16.

F

Frustrationsverbot : 236.

H

Hétérarchie : 27. , 37. , 487. , 528. , 535. , 570. , 572.

Hiérarchie : 27. , 37. , 485. , 493. , 504. , 512. , 524. , 528. , 535. , 541. , 542. , 548. , 566. , 577.

Horizontal : v. **Hétérarchie**

I

Identité constitutionnelle : 345.

- Allemagne : 356. , 385. , 390. , 409. , 507. , 520. , 525.
- France : 349. , 371. , 375. , 378. , 409. , 422. , 502.

Intérêt général : 65. , 265. , 275. , 281. , 292. , 475.

Intérêt légitime : 275.

Interprétation : 24. , 25.

- Critère d'interprétation : 35. , 331. , 482. , 485.
 - » finaliste : 35. , 127. , 136. , 139. , 268. , 293. , 315. , 322. , 482.
 - » d'attribution des compétences : 35. , 484.
 - » universaliste : 35. , 483.
- Limite : 29. , 585.
- Méthode d'interprétation : 101.
 - » Analyse comparée : 101.
 - » exégétique : 101.
 - » historique : 108. , 125.
 - » sémantique (ou littérale) : 103. , 112. , 125.
 - » systématique : 116. , 122. , 133.
 - » téléologique : 116. , 120. , 132. , 135.

J**Juge :**

- Dédoublément fonctionnel : 416. , 575.
- Rôle : 19. , 25. , 34. , 329. , 571. , 575. , 585.
- Subjectivité : 26. , 571.

L**Libertés économiques :** 247.

- Circulation :
 - » Capitaux : 2. , 250. , 263. , 299.
 - » Marchandises (ou Biens) : 2. , 250. , 263. , 275. , 299.
 - » Personnes : 2. , 250. , 263. , 293. , 299. , 499.
 - » Services : 2. , 50. , 63. , 250. , 263. , 289. , 292. , 299. , 472.
- Contre-limite : 266. , 286.
- Exercice non-hypothétique : 64. , 255.
- Extranéité (Critère d') : 253. , 298. , 474.
- Limite (ou Entrave) : 50. , 132. , 246. , 296. , 470.

Lien :

- Étroit : 141. , 203. , 441.
- Formel : 272. , 424.
- Réel : 61. , 63. , 148. , 193. , 238.

Loi fondamentale allemande : 21. , 32. , 33. , 44. , 273. , 333. , 363. , 384. , 427. , 449. , 489. , 501. , 519.

M

Marge d'appréciation : 28. , 494. , 499. , 506. , 551. , 578.

- Directive :
 - » Dérogations : 199. , 456.
 - » Forme et moyens : 190. , 449.
 - » Harmonisation minimale : 207. , 457.
 - » Large marge : 203. , 459.

- » Options de transposition : 195. , 454.
- » Précis et inconditionnel : 182. , 442.
- » Réglementation plus stricte : 197. , 455.
- Pouvoir discrétionnaire : 166. , 181. , 451.
- Règlement : 165. , 436.

Monisme : 81. , 336.

N

Non-discrimination : 2. , 159. , 169. , 172. , 212. , 230. , 237. , 318. , 466. , 485.

O

Objectifs poursuivis par l'Union : 2. , 48. , 89. , 90. , 549. , 558. , 570. , 572.

Ordonnancement : v. **Hétérarchie**

Ordre juridique (Rapports entre) : 3. , 18. , 26. , 35. , 331. , 363. , 385. , 487. , 493. , 505. , 535. , 552.

Ordre public : 50. , 219. , 262. , 273. , 288. , 289. , 293. , 315.

P

Perspectivisme : 35. , 491. , 574.

Pluralisme : 27. , 485. , 499. , 505. , 533. , 535. , 556.

Pratiques juridiques : 571.

Primauté (Principe de) : 76. , 82. , 85. , 90. , 94. , 243. , 329. , 340. , 342. , 384. , 409. , 415. , 491. , 505. , 520. , 528. , 545. , 551.

Principes : 11. , 22.

- directeurs : 11. , 67. , 505. , 548.
- généraux du droit de l'Union : 2. , 4. , 6. , 11. , 40. , 108. , 129. , 386. , 389. , 519.

Proportionnalité : 29. , 50. , 267. , 278. , 491. , 494.

Q

Question préjudicielle (ou Mécanisme, Renvoi ou Saisine) : 47. , 50. , 73. , 94. , 158. , 372. , 376. , 394. , 396. , 419. , 422. , 512. , 553. , 564.

Question prioritaire de constitutionnalité : 376. , 423.

R

Réalisme : 25. , 30. , 33. , 492. , 571.

Recommandation (norme européenne) : 154. , 433.

Recours en manquement : 564. , 570. , 582. , 584.

Règlement (norme européenne) : 155.
 - Applicabilité directe : 155. , 157. , 164. , 177.
 - Décision nationale d'exécution : 161.
 - Lien de rattachement : 157.
 - Mesure nationale d'application : 155. , 433.

Réseau : 27. , 490. , 509. , 526.

Responsabilité extracontractuelle des États membres : 567. , 582. , 584.

S

Santé publique : 264. , 273. , 289. , 315.

Sécurité juridique : 2. , 242. , 485. , 487. , 573.

Sécurité publique : 205. , 230. , 262. , 264. , 273. , 289. , 293. , 315.

Souveraineté : 70. , 79. , 83. , 117. , 340. , 346. , 358. , 393. , 501. , 535.

Standard du droit le plus protecteur : 500. , 505. , 543. , 546. , 557.

Standard minimum de protection (Contrôle du) : 385.

Stratégie jurisprudentielle : 578. , 581.

Subsidiarité (Principe de) : 17. , 71. , 171. , 203. , 266. , 339. , 491. , 567.

Système juridique : v. **Ordre juridique**

T

Trennungsthese : 399. , 427. , 434. , 449. , 458. , 463.

Typologie : 23. , 153. , 414. , 432.

U

Ultra-vires (Contrôle de l') : 393. , 520.

Unité (Principe d') : 2. , 45. , 72. , 94. , 96. , 242. , 330. , 339. , 487. , 505. , 520. , 535.

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	V
PRINCIPALES ABREVIATIONS.....	VII
RESUME	XI
SOMMAIRE	XIII
INTRODUCTION	1
§1- Aux origines de la Charte	4
§2- Le champ d'application de la Charte	6
A) La clause générale relative au champ d'application	7
B) Définition du champ d'application	10
C) Comparer le champ d'application dans l'Union européenne à partir des exemples français et allemand	15
§3- L'interprétation du champ d'application de la Charte	20
A) L'interprétation et le juge	21
B) Les choix d'interprétation dans la recherche	25
§4- Les enjeux de l'interprétation du champ d'application de la Charte	29
PREMIERE PARTIE L'INTERPRETATION DU CHAMP D'APPLICATION DE LA CHARTE PAR LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE.....	35
Titre 1. La définition du champ d'application de la Charte	37
Chapitre 1. La jurisprudence de la Cour de justice en matière de principes généraux du droit de l'Union	39
Section 1. L'émergence du champ d'application des droits fondamentaux	39
§1- La découverte des droits fondamentaux	40
A) L'apparition d'une protection des droits fondamentaux.....	40
B) La détermination du champ d'application des droits fondamentaux	44
§2- Les prémices d'une définition du champ d'application des droits fondamentaux.....	48
A) « Mise en œuvre » et « champ d'application » du droit de l'Union	48

B) Limites au champ d'application	52
1. Absence de compétence générale de la Communauté en matière de droits fondamentaux	52
2. Premiers éléments de délimitation du champ d'application.....	56
Section 2. Le recours aux principes directeurs de la Communauté	60
§1- L'identification des principes directeurs.....	61
A) Le principe d'attribution	61
B) Le principe d'unité	63
C) Le principe de primauté.....	66
D) Le principe d'effet direct.....	70
E) Le principe d'autonomie.....	73
F) Le principe d'effectivité	75
§2- Les principes directeurs comme instruments de détermination du champ d'application des droits fondamentaux	79
A) Le rôle déterminant du principe d'attribution	80
B) L'influence des autres principes directeurs	82
C) L'influence de l'interdépendance des principes directeurs	84
Conclusion de Chapitre	86
Chapitre 2. Les conséquences de l'entrée en vigueur de la Charte	87
Section 1. Les interprétations concurrentes de l'article 51§1 de la Charte	88
§1- Le recours aux méthodes formelles d'interprétation.....	89
A) Analyse sémantique de l'article 51§1	90
B) Analyse historique de l'article 51§1.....	95
§2- Le recours aux méthodes substantielles d'interprétation	102
A) Analyse systématique de l'article 51§1	102
B) Analyse téléologique de l'article 51§1.....	105
C) Le recours conjoint aux techniques systématique et téléologique dans la jurisprudence de la Cour	106
Section 2. L'analyse de la jurisprudence de la Cour	111
§1- L'interprétation conforme aux principes généraux de l'article 51§1.....	111

A) Concordance des champs d'application des principes généraux et de la Charte.....	112
B) Superposition des champs d'application de la Charte et du droit de l'Union	116
§2- La réaffirmation des critères relatifs à la mise en œuvre du droit de l'Union	120
A) Clarification de l'expression « mise en œuvre » du droit de l'Union.....	120
B) Critères de la « mise en œuvre » du droit de l'Union	122
Conclusion de Chapitre	128
Conclusion de Titre	130
Titre 2. Typologie pratique des cas d'application de la Charte.....	131
Chapitre 3. La mise en œuvre nationale des actes de l'Union	133
Section 1. L'application des règlements	134
§1- Distinction des actes en cause.....	135
A) L'acte national d'application	135
B) La décision nationale d'exécution	139
§2- Les conséquences d'une marge d'appréciation	140
A) L'absence de marge d'appréciation	141
B) La présence d'une marge d'appréciation	144
Section 2. La transposition des directives.....	147
§1- Les conséquences des différentes marges d'appréciation laissées par les directives	150
A) Le caractère précis et inconditionnel des directives	150
1. L'influence décisive du caractère précis et inconditionnel.....	151
2. Les effets sur les décisions d'exécution.....	152
B) Les difficultés posées par la marge d'appréciation des directives classiques	154
1. Le cas général des directives.....	154
2. Le cas de la liberté restreinte laissée par la directive dans l'exercice de la marge d'appréciation	157

a) L'organisation par la directive d'options de transposition.....	158
b) L'organisation par la directive de possibilités d'établir une réglementation plus stricte.....	159
c) L'organisation par la directive de possibilités de dérogations	160
3. Le cas de la liberté accrue laissée par la directive dans l'exercice de la marge d'appréciation.....	162
a) Le cas des directives prévoyant une large marge d'appréciation.....	163
b) Le cas des directives prévoyant une harmonisation minimale.....	165
4. Le cas des décisions d'exécution	168
§2- Les conséquences du dépassement des exigences fixées par la directive.	172
A) L'application de règles nationales de procédure aux mesures de transposition de la directive.....	173
B) L'application des actes européens à une situation nationale.....	177
C) L'ajout de règles strictement nationales à la mesure de transposition de la directive	180
D) L'interprétation extensive du contenu normatif des directives transversales	183
§3- Les conséquences du délai de transposition de la directive	186
A) L'effet des directives avant expiration du délai de transposition.....	187
1. L'absence de mesure nationale dans le champ d'application de la directive	189
2. La présence d'une mesure nationale dans le champ d'application de la directive	190
B) L'effet des directives après expiration du délai de transposition	192
1. Le retard de transposition de la directive	192
2. La modification <i>a posteriori</i> de la mesure nationale.....	194
Conclusion de Chapitre	196
Chapitre 4. Les mesures nationales entravant les libertés économiques	199
Section 1. Le mécanisme de protection des libertés économiques	200
§1- Les limitations des libertés économiques.....	200
A) L'ouverture du champ d'application d'une liberté économique.....	200

1. La définition des libertés économiques.....	200
2. Les champs d'application des libertés économiques	202
B) La limitation de l'exercice d'une liberté économique	204
§2- Les justifications apportées aux limitations des libertés économiques	206
A) Les caractères de la justification.....	206
1. La nature européenne de la justification	206
2. Le contenu de la justification.....	208
B) La conformité de la justification au droit de l'Union	210
Section 2. La conciliation entre droits fondamentaux et libertés économiques...	212
§1- Les droits fondamentaux : limites aux libertés économiques.....	213
A) Le rôle des droits fondamentaux dans les différentes règles de justifications.....	213
1. Les droits fondamentaux dans les règles prévues par le traité.....	214
2. Les droits fondamentaux dans les règles d'origine jurisprudentielle...	215
B) L'influence des droits fondamentaux dans le contrôle des justifications	217
1. Les droits fondamentaux dans le contrôle de proportionnalité.....	218
2. La répartition des marges d'appréciation relatives aux droits fondamentaux.....	219
§2- Les droits fondamentaux : soutiens aux libertés économiques.....	222
A) L'interprétation conforme aux droits fondamentaux de la justification .	223
1. Le développement sous l'empire des principes généraux.....	223
2. Les incertitudes provoquées par la lettre de la Charte	224
B) La conformité de la justification aux droits fondamentaux	226
Section 3. Les apports de la notion de citoyenneté européenne au contrôle des libertés économiques.....	230
§1- Les conditions essentielles à l'ouverture du champ d'application du droit de l'Union par le simple effet de la citoyenneté européenne.....	231
A) Le recul du critère d'extranéité propre aux libertés économiques.....	232
1. L'abandon en matière de droits essentiels à la citoyenneté	232
2. L'assouplissement en matière de droit de séjour dérivé	235

B) L'exigence de privation du caractère essentiel de la citoyenneté européenne	238
§2- Les conséquences en matière de champ d'application des droits fondamentaux	242
A) La fonction des droits fondamentaux dans la préservation des droits essentiels du citoyen européen	243
B) L'effet utile de la préservation du statut de citoyen européen	245
Conclusion de Chapitre	248
Conclusion de Titre	249
CONCLUSION DE PARTIE.....	251
SECONDE PARTIE LA PRISE EN COMPTE DES INTERPRETATIONS NATIONALES DU CHAMP D'APPLICATION DE LA CHARTE	255
Titre 3. Les interprétations du champ d'application de la Charte par les juridictions françaises et allemandes.....	259
Chapitre 5. L'influence des constitutions nationales sur la détermination du champ d'application de la Charte	261
Section 1. La constitutionnalisation du droit de l'Union	262
§1- La constitutionnalisation écrite du droit de l'Union	262
A) Les fondements de la constitutionnalisation du droit de l'Union	263
B) La constitutionnalisation du droit de l'Union	265
§2- La constitutionnalisation jurisprudentielle du droit de l'Union	270
A) Le principe de souveraineté français.....	270
1. Définition du principe	271
2. La limitation du droit de l'Union par le principe de souveraineté	272
B) Le principe de démocratie allemand	274
1. Définition du principe	275
2. La limitation du droit de l'Union par le principe de démocratie en Allemagne	276
Section 2. Les conséquences de la constitutionnalisation du droit de l'Union sur les contrôles par les cours constitutionnelles	279

§1- Le difficile contrôle de constitutionnalité du droit de l'Union	280
A) Les contrôles de constitutionnalité limités du droit primaire	281
B) Les contrôles de constitutionnalité du droit secondaire et de ses actes nationaux de mise en œuvre.....	283
§2- Le développement de contrôles spécifiques	285
A) Le contrôle du droit de l'Union par le Conseil constitutionnel	285
1. L'exigence constitutionnelle de transposition des directives.....	285
2. L'extension du contrôle	288
3. Le contenu de l'identité constitutionnelle.....	292
4. Conséquences de ce contrôle sur l'interprétation du champ d'application de la Charte	293
B) Les contrôles du droit de l'Union par la Cour constitutionnelle fédérale	296
1. Les contrôles indirects	297
a) Le contrôle du respect du standard minimum de protection des droits fondamentaux prévu par la Loi fondamentale	297
b) Le contrôle du respect de l'identité constitutionnelle.....	300
c) Le contrôle de l'excès de pouvoir des institutions européennes.....	302
d) Le contrôle du droit au juge.....	305
e) Conséquences des contrôles indirects sur l'interprétation du champ d'application de la Charte	307
2. Le contrôle direct	311
Conclusion de Chapitre	319
Chapitre 6. Typologie pratique des cas d'application de la Charte au niveau national.....	321
Section 1. Le fondement des contrôles par les juridictions ordinaires	322
§1- Les modes de contrôles du droit de l'Union	323
§2- La prise en considération du champ d'application de la Charte dans les contrôles.....	327
A) L'appropriation du champ d'application de la Charte par les juridictions françaises.....	328

B) Les adaptations de la « Trennungsthese » par les juridictions allemandes	335
Section 2. L'application de ces fondements à la typologie pratique des cas	
d'application de la Charte	342
§1- La mise en œuvre des actes de l'Union par les États membres	342
A) L'application des règlements	343
B) La transposition des directives	347
1. Les différentes marges d'appréciation	347
a) Les dispositions précises et inconditionnelles.....	347
b) Les dispositions avec marge d'appréciation	351
i) La marge classique d'appréciation	352
ii) Le cas de la liberté restreinte laissée par la directive dans l'exercice de la marge d'appréciation	356
iii) Le cas de la liberté accrue laissée par la directive dans l'exercice de la marge d'appréciation	359
c) Les décisions d'exécution des mesures de transposition	362
2. Le dépassement des exigences fixées par la directive.....	364
3. Les délais de transposition des directives	366
§2- Les actes des États membres entravant les libertés économiques.....	369
A) La conciliation entre droits fondamentaux et libertés économiques.....	369
B) Les droits fondamentaux dans les apports de la notion de citoyenneté au contrôle des libertés économiques.....	371
Conclusion de Chapitre	375
Conclusion de Titre	377
Titre 4. La cohérence du champ d'application de la Charte à l'épreuve des divergences d'interprétation	381
Chapitre 7. Les solutions d'ordonnancement mises en œuvre par la jurisprudence.....	383
Section 1. L'échec des solutions d'unification par hiérarchisation.....	384
Section 2. L'application de solutions de type hétérarchique.....	391

§1- L'équivalence comme règle de conflit de normes	392
A) La CESDH, seuil commun de protection	393
B) L'application parallèle des droits fondamentaux nationaux et de la Charte	395
1. L'aménagement de l'équivalence par la Cour de justice	395
2. L'acceptation de l'équivalence par les cours nationales.....	398
3. Les limites posées à l'équivalence	401
§2- Le dialogue des juges comme moyen d'évitement des conflits	409
A) Organisation institutionnelle du dialogue des juges	411
1. Les mécanismes de questions préjudicielles.....	411
2. Les discussions jurisprudentielles.....	418
B) Développement d'un puissant dialogue informel	424
1. Le dialogue informel explicite	425
2. Le dialogue informel implicite.....	426
Conclusion de Chapitre	432
Chapitre 8. Le paradigme de l'hétérarchie : une solution cohérente d'ordonnancement ?	435
Section 1. Les manifestations de l'hétérarchie comme paradigme d'interprétation de la Charte	438
§1- Les indices propres à la Charte	439
A) Le mode de rédaction de la Charte, manifestation de sa dimension hétérarchique.....	439
B) L'organisation par la Charte d'une coordination des droits fondamentaux en Europe	441
§2- Les indices contenus dans le droit de l'Union	446
A) L'expression par les principes du droit de l'Union d'une organisation décentralisée.....	446
B) La concrétisation par le mécanisme de la question préjudicielle d'une organisation décentralisée	451
Section 2. Les garanties de protection des droits consacrés par la Charte dans un contexte hétérarchique	454

§1- Les mécanismes contraignant l'application de la Charte.....	456
A) L'obligation d'appliquer la Charte.....	456
B) La sanction de la non-application de la Charte	458
1. La sanction par le recours en manquement	459
2. Le dédommagement de la personne lésée par le recours en responsabilité extracontractuelle	462
§2- Les pratiques juridiques	468
A) L'apport du dialogue des juges à la garantie des droits protégés par la Charte	470
B) L'apport de la concurrence entre les juges à la garantie des droits protégés par la Charte	475
C) L'apport des interactions entre instruments à la garantie des droits protégés par la Charte.....	481
Conclusion de Chapitre	485
Conclusion de Titre	488
CONCLUSION DE PARTIE.....	491
CONCLUSION GENERALE.....	495
ZUSAMMENFASSUNG.....	501
BIBLIOGRAPHIE	555
INDEX DE JURISPRUDENCE.....	605
INDEX ALPHABETIQUE.....	627
TABLE DES MATIERES.....	633

Résumé

Le traité de Lisbonne a introduit une modification de taille dans le système de protection des droits fondamentaux de l'Union en intégrant la Charte des droits fondamentaux au droit primaire. Entrée en vigueur en 2009, les dispositions de la Charte relatives à son champ d'application ont acquis une importance nouvelle. L'article 51§1 prévoit que celles-ci « s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union [...], ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ». La formulation « mise en œuvre du droit de l'Union » a toutefois suscité de nouvelles interrogations. À l'égard de l'action des États membre, la question se pose de savoir quand appliquer la Charte et quand appliquer les droits fondamentaux nationaux. Si l'analyse de l'interprétation de l'article 51§1 par la Cour de justice de l'Union permet de combler certaines incertitudes, la comparaison avec les interprétations des juridictions nationales apparaît également indispensable. Les divergences d'interprétation qui en résultent doivent ainsi être prises en compte pour appréhender le champ d'application de la Charte de manière hétérarchique et pluraliste. En ce sens, les divergences d'interprétation ne doivent plus être envisagées comme un obstacle mais comme un élément de définition.

Abstract

The Treaty of Lisbon introduced a major change in the Union's system for the protection of fundamental rights by incorporating the Charter of Fundamental Rights into primary law. The provisions of the Charter relating to its field of application, which entered into force in 2009, have acquired new importance. Article 51(1) provides that they are "addressed to the institutions, bodies, offices and agencies of the Union [...] and to the Member States only when they are implementing Union law". The wording "implementation of Union law" has, however, given rise to new issues. With regard to action by the Member States, the question arises as to when to apply the Charter and when to apply national fundamental rights. While the analysis of the interpretation of Article 51(1) by the Court of Justice of the Union helps to resolve certain uncertainties, comparison with the interpretations of the national courts also seems essential. The resulting differences of interpretation must therefore be taken into account in order to understand the field of application of the Charter in a heterarchical and pluralist manner. In this sense, differences of interpretation should no longer be seen as an obstacle but as a defining factor.