

Sébastien PLATON
 Professeur de droit public
 Université de Bordeaux
 C.R.D.E.I., Centre d'excellence Jean Monnet
 d'Aquitaine

L'APPLICABILITÉ DE LA CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE AUX ETATS MEMBRES. RETOUR SUR L'ARRÊT *FRANSSON* DE LA COUR DE JUSTICE DU 26 FÉVRIER 2013¹

La question de l'applicabilité de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne aux Etats membres est grevée d'une ambiguïté congénitale, liée en partie aux incertitudes découlant de la jurisprudence antérieure au traité de Lisbonne mais surtout à la Charte elle-même.

Rappelons que, bien avant l'entrée en vigueur de la Charte, la Cour avait estimé dans son célèbre arrêt *ERT*² que toute réglementation nationale doit être conforme aux principes généraux du droit communautaire « dès lors [qu'elle] entre dans le champ d'application du droit communautaire »³. L'on conçoit ce que cette expression a d'extensif en même temps que d'indéterminé : inclut-elle le champ d'application de l'ensemble des normes juridiques de l'Union, voire l'ensemble du champ de compétence – c'est-à-dire le champ d'application de la compétence⁴ – des institutions de l'Union ? En tout cas, l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt *ERT* illustre les potentialités de la formule. Dans cette affaire, la réglementation nationale en cause, jugée par la Cour comme étant de nature à entraver l'exercice de la libre prestation des services, avait été soumise aux principes généraux du droit communautaire parce que la Grèce invoquait, pour la justifier, la possibilité de dérogation pour raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique prévue par les articles 56 TCEE (actuel 52 TFUE) et 66 TCEE (actuel 62 TFUE). Un Etat membre ne peut donc déroger au droit de l'Union que dans le respect des droits fondamentaux garantis par celui-ci. Il en résulte, comme l'a ensuite précisé la Cour dans l'arrêt *Familiapress*⁵ (dit aussi *Bauer Verlag* ou encore *Hebdo Laura*), que si une mesure nationale déroge au droit de l'Union et constitue, dans le même temps, une ingérence dans un droit fondamental garanti par le droit communautaire, la légalité de cette mesure nationale est alors soumise à un *double* contrôle de proportionnalité (par rapport au droit de l'Union et par rapport au droit fondamental).

1 CJUE, 26 février 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10.

2 CJCE, 18 juin 1991, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE (ERT)*, aff. C-260/89.

3 Point 42 de l'arrêt *ERT*.

4 Cf. sur cette expression : Constantinesco V. et Michel V., « Compétences communautaires », *Répertoire Dalloz de droit communautaire*, n° 140 s. ; Fines F., « Le champ d'application, reflet des compétences communautaires ? », *RAE-LEA*, 2003-2004, pp. 37 s., spéc. p. 38.

5 CJCE, 26 juin 1997, *Familiapress*, aff. C-368/95.

Cependant, peu de temps avant, dans l'arrêt *Wachauf*⁶, la Cour avait semblé manifester une conception plus restrictive du champ d'application des principes généraux du droit communautaire, en affirmant que ceux-ci lient les États « lorsqu'ils mettent en œuvre des réglementations communautaires »⁷. Par la suite, la « formule ERT », apparemment plus large puisqu'elle n'implique pas un strict rapport d'exécution du droit de l'UE, semble avoir eu la préférence de la Cour⁸, bien que la « formule *Wachauf* » ait parfois été utilisée malgré tout⁹ et même dans certains cas en conjonction avec la « formule ERT »¹⁰.

C'est pourtant une formule très semblable à la « formule *Wachauf* » que l'on retrouve désormais à l'article 51§1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi libellé : « 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 ». Cette formulation, pour peu que l'on ne croie pas au hasard ou à une formulation irréfléchie, pouvait laisser penser à un recul dans le champ d'application de la Charte par rapport au champ d'application des principes généraux du droit. Mais cette impression était démentie par le document intitulé « Explications », élaboré par le praesidium de la Convention ayant élaboré la Charte¹¹ et mis à jour dans la perspective du Traité de Lisbonne sous la responsabilité du praesidium de la Convention européenne¹². Or, sous l'article 51, ce document renvoie tant à l'arrêt *Wachauf* qu'à l'arrêt *ERT*, mais semble préférer une formulation large type *ERT* puisqu'il est affirmé que « en ce qui concerne, les États membres, il résulte sans ambiguïté (sic) 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 ».

Dans ce contexte, et suite à l'entrée en vigueur de la Charte, la Cour de justice a quelque peu soufflé le chaud et le froid, alternant conception restrictive et extensive¹³ de l'applicabilité de la Charte aux Etats jusqu'à l'arrêt *Fransson* du 26 février 2013 qui semble, enfin, avoir fixé clairement et solennellement (d'autant qu'il s'agit d'un arrêt de grande chambre) la doctrine de la Cour, dans le sens d'une conception large.

Dans cette affaire, le sieur Åkerberg Fransson faisait l'objet d'une procédure pénale pour fraude fiscale en matière de TVA. Or, il avait déjà fait l'objet de sanctions fiscales devenues définitives pour les mêmes faits. La Cour de justice de l'Union européenne est alors interrogée, en substance, sur le point de savoir si le principe *ne bis in idem*, tel qu'il résulte de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, s'oppose à ce que M. Åkerberg Fransson fasse l'objet d'une procédure pénale concernant des faits pour lesquels il a déjà subi une sanction fiscale définitive. La compétence de la Cour dépendait bien évidemment de l'applicabilité de la Charte au litige au principal. Or, malgré les conclusions contraires de l'avocat général Cruz Villalon et le lien assez lâche existant entre la réglementation nationale et le droit de

6 CJCE, 13 juillet 1989, *Wachauf*, aff. 5/88.

7 Point 19.

8 Cf. par ex. CJCE, 29 mai 1997, *Kremzow*, aff. C-299/95, point 15 ; CJCE, 22 octobre 2002, *Roquette Frères*, aff. C-94/00, point 25.

9 CJCE, 14 juillet 1994, *Graff*, aff. C-351/92, point 17 ; CJCE, 13 avril 2000, *Karlsson*, aff. C-292/97, point 37.

10 CJCE, 24 mars 1994, *Bostock*, aff. C-2/92, point 16.

11 CHARTE 4473/00 CONVENT 49.

12 2007/C 303/02, JOUE du 14 décembre 2007, C 303/17.

13 Les jurisprudences en question feront l'objet des développements *infra*.

l'Union européenne en l'espèce, la Cour a conclu à l'applicabilité de la Charte. Et plus encore, elle a « couronné » cette solution d'une position à la fois large et ferme : « les droits fondamentaux garantis par la Charte devant, par conséquent, être respectés 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 ainsi du droit de l'Union sans que lesdits droits fondamentaux trouvent à s'appliquer. L'applicabilité du droit de l'Union implique celle des droits fondamentaux garantis par la Charte »¹⁴.

Il est net que la Cour a renoué avec une conception large de l'applicabilité aux Etats membres des droits fondamentaux garantis par le droit de l'Union européenne, dans la ligne tracée par la jurisprudence *ERT* (I). Mais cela ne renseigne pas forcément l'observateur sur les limites de cette applicabilité, ce qui ranime le spectre d'une « fédéralisation rampante » des standards de protection des droits fondamentaux garantis par le droit de l'Union européenne. Sans aller jusque-là, il n'est toutefois pas impossible que la formule de principe retenue par la Cour aboutisse à décaler sensiblement la frontière de l'applicabilité de la Charte des droits fondamentaux de l'Union au-delà de celle qui pouvait être déduite de la jurisprudence « pré-Lisbonne » relative aux principes généraux du droit (II).

I. LA RÉACTIVATION SOLENNELLE D'UNE CONCEPTION LARGE DE L'APPLICABILITÉ AUX ETATS MEMBRES DES DROITS FONDAMENTAUX GARANTIS PAR LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

L'arrêt *Fransson* renoue clairement avec une conception large de l'applicabilité de la Charte aux Etats, dans la lignée du « courant *ERT* », en posant clairement, comme on l'a vu, que « les droits fondamentaux garantis par la Charte devant, par conséquent, être respectés 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 ainsi du droit de l'Union sans que lesdits droits fondamentaux trouvent à s'appliquer. L'applicabilité du droit de l'Union implique celle des droits fondamentaux garantis par la Charte ». Mais s'il est indéniable que cette formule est à la fois claire, ferme et solennelle, il faut toutefois relever que la Cour avait déjà renoué à plusieurs reprises avec la jurisprudence *ERT* depuis l'entrée en vigueur de la Charte, sans toutefois afficher une ligne claire en la matière (A). Si la position de la Cour n'est donc pas révolutionnaire, elle donne une nouvelle occasion de s'interroger plus largement sur la fonction de la protection des droits fondamentaux en droit de l'Union européenne (B)

A. UN RETOUR ASSUMÉ À LA JURISPRUDENCE ERT

Redisons-le, l'arrêt *Fransson* n'est pas le premier à renouer avec la jurisprudence *ERT*, la Cour ayant déjà, à plusieurs reprises, réaffirmé que déroger au droit de l'Union c'était encore l'appliquer.

Certains auteurs¹⁵ ont cité à ce titre l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*¹⁶, dans laquelle la Cour avait déjà estimé qu'un Etat pouvait justifier une entrave à la libre circulation des personnes pour des raisons tirées de la Charte. Cette hypothèse se rattache cependant plutôt à la jurisprudence *Schmidberger*¹⁷, intégrant les droits fondamentaux parmi les motifs d'intérêt général permettant de déroger, sous réserve

14 Point 21 de l'arrêt *Fransson*.

15 Ritleng D., « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union. Les enseignements des arrêts *Åkerberg Fransson* et *Melloni* », *RTDE* 2013, p. 267.

16 CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, aff. C-208/09, point 89.

17 CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. C-112/00.

de proportionnalité, aux libertés économiques découlant des traités. Or, dans ce cas-là, les droits fondamentaux sont utilisés par l'Etat comme motif de dérogation plus qu'ils ne sont opposés à l'Etat dans l'exercice d'un pouvoir de dérogation.

En revanche, il est possible de citer l'arrêt *Tsakouridis*¹⁸, dans lequel la Cour a énoncé que des motifs d'intérêt général ne sauraient être invoqués pour justifier une mesure nationale qui est de nature à entraver l'exercice de la libre circulation des personnes que lorsque la mesure en question tient compte des droits fondamentaux dont la Cour assure le respect, en particulier, en l'espèce, le droit au respect de la vie privée et familiale tel qu'il est énoncé à l'article 7 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁹.

De même, dans l'arrêt *Runevič-Vardyn*²⁰, la Cour, dans une logique de « double proportionnalité » qui n'est pas sans rappeler l'arrêt *Familiapress*²¹, a estimé qu'un Etat ne pouvait entraver la libre circulation des personnes que sous réserve d'un « juste équilibre entre les intérêts en présence », à savoir, d'une part, l'objectif légitime poursuivi par l'Etat (en l'espèce, la protection de la langue officielle nationale) et, d'autre part, les droits fondamentaux des personnes (en l'espèce, le droit au respect de la vie privée et familiale).

Plus récemment, dans l'arrêt *N.S.*²², la Cour a estimé que l'Etat était astreint au respect des droits fondamentaux découlant de la Charte dans l'exercice de la faculté, qui lui était accordée par l'article 3§2 du règlement Dublin II, de déroger à la compétence de principe que ce règlement octroyait au premier Etat d'entrée du demandeur d'asile dans l'Union. Il en résultait en particulier, dans cet arrêt, une obligation pour l'Etat d'exercer cette faculté lorsque le jeu « normal » du règlement Dublin II aboutirait à octroyer la compétence d'examen à un Etat qui, par exemple en raison de défaillances systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans cet Etat membre, n'est pas en mesure de procéder à cet examen dans des conditions compatibles avec le respect des droits fondamentaux des demandeurs d'asile.

Enfin, il est possible de relever que dans un arrêt *Vinkov* du 7 juin 2012²³, passé relativement inaperçu²⁴, la Cour a, presque en passant, substitué la notion de « champ d'application du droit de l'Union »²⁵ à celle de « mise en œuvre du droit de l'Union » pour justifier l'applicabilité de la Charte à une réglementation nationale et, partant, sa propre compétence à titre préjudiciel.

L'espèce ayant donné lieu à l'arrêt *Fransson* n'était d'ailleurs pas par elle-même propice à une application de la jurisprudence *ERT* car c'est bien en raison d'une mise en œuvre du droit de l'Union, au sens de la jurisprudence *Wachauf*, que la Charte était applicable à l'Etat en l'espèce. Il s'agissait, en effet, d'une poursuite pénale fondée sur une fraude à la TVA. Sur le plan général, on peut donc considérer qu'il s'agit d'une forme de mise en œuvre des directives TVA, conformément à la

18 CJUE, 23 novembre 2010, *Tsakouridis*, aff. C-145/09.

19 Point 52 de l'arrêt.

20 CJUE, 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn*, aff. C-391/09, point 91.

21 Précité note 5.

22 CJUE, 21 décembre 2011, *N. S.*, aff. jtes C-411/10 et C-493/10.

23 CJUE, 7 juin 2012, *Vinkov*, aff. C27/11.

24 Cf. cependant Benoit-Rohmer F., *Chronique Union européenne et droits fondamentaux*, *RTDE* 2013, p. 667.

25 Point 58.

jurisprudence dite « des maïs grecs »²⁶, en vertu de laquelle les sanctions des violations du droit de l'Union doivent, d'une part, être analogues aux sanctions des violations du droit national d'une importance similaire et, d'autre part, être en tout état de cause effectives, proportionnées et dissuasives, ce qui peut impliquer le recours à la sanction pénale. Plus précisément, en matière de TVA, et comme le relève la Cour, « il découle, d'une part, des articles 2, 250, paragraphe 1, et 273 de la directive 2006/112/CE du Conseil, du 28 novembre 2006, relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée (JO L 347, p. 1), qui reprennent notamment les dispositions de l'article 2 de la sixième directive et de l'article 22, paragraphes 4 et 8, de la même directive, dans sa version résultant de l'article 28 *nonies* de celle-ci, et, d'autre part, de l'article 4, paragraphe 3, TUE que chaque État membre a l'obligation de prendre toutes les mesures législatives et administratives propres à garantir la perception de l'intégralité de la TVA due sur son territoire et à lutter contre la fraude »²⁷.

La Cour, pour asseoir encore davantage sa position, rattache également la situation en cause à l'article 325 TFUE qui oblige les États membres à lutter contre les activités illicites portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union par des mesures dissuasives et effectives et, en particulier, les oblige à prendre les mêmes mesures pour combattre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union que celles qu'ils prennent pour combattre la fraude portant atteinte à leurs propres intérêts²⁸. Or, comme on le sait, et comme la Cour le rappelle, « les ressources propres de l'Union [comprennent] notamment, aux termes de l'article 2, paragraphe 1, de la décision 2007/436/CE, Euratom du Conseil, du 7 juin 2007, relative au système des ressources propres des Communautés européennes (JO L 163, p. 17), les recettes provenant de l'application d'un taux uniforme à l'assiette harmonisée de la TVA déterminée selon les règles de l'Union »²⁹. Un lien direct existe donc entre la perception des recettes provenant de la TVA dans le respect du droit de l'Union applicable et la mise à disposition du budget de l'Union des ressources TVA correspondantes, dès lors que toute lacune dans la perception des premières se trouve potentiellement à l'origine d'une réduction des secondes. Mais encore une fois, ce lien de rattachement entre la situation nationale et le droit de l'Union européenne relève d'un rapport de « mise en œuvre », au sens de la jurisprudence *Wachauf*.

Il est alors possible de se demander si, dans cet arrêt, la Cour a au moins procédé à une lecture ambitieuse de cette notion de « mise en œuvre ». Cette question est d'autant plus légitime au regard de certains arrêts antérieurs de la Cour, notamment l'arrêt *Iida*³⁰ qui, au point 79, énonce que, « afin de déterminer si le refus des autorités allemandes d'accorder à M. Iida la « carte de séjour de membre de la famille d'un citoyen de l'Union » relève de la mise en œuvre du droit de l'Union au sens de l'article 51 de la Charte, il y a lieu de vérifier, parmi d'autres éléments, si la réglementation nationale en cause a pour but de mettre en œuvre une disposition du droit de l'Union, le caractère de cette réglementation et si celle-ci poursuit 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 »³¹. Une telle conception « subjective » (en tant qu'elle est basée sur l'intention du législateur national) de la mise en œuvre

26 CJCE, 21 septembre 1989, *Commission c. Grèce*, aff. 68/88, point 24.

27 Point 25 de l'arrêt *Fransson*.

28 CJCE, 28 octobre 2010, *SGS Belgium e.a.*, aff. C-367/09, points 40 à 42.

29 Point 26 de l'arrêt *Fransson*.

30 CJUE, 8 novembre 2012, *Iida*, aff. C40/11.

31 Point 79. Cf. également CJUE, 8 mai 2013, *Ymeraga*, aff. C-87/12, point 41.

avait déjà pu être rencontrée dans la jurisprudence pré-Lisbonne, et notamment dans l'arrêt *Annibaldi*³². Dans cet arrêt, pour décliner sa compétence pour répondre à une question préjudicielle tendant (pour faire court) à apprécier la compatibilité d'une législation nationale avec les droits fondamentaux, la Cour a relevé qu'« il n'exist[ait] en l'occurrence aucun élément permettant de conclure que la loi régionale avait pour but de mettre en œuvre une disposition de droit communautaire »³³. Par comparaison, dans l'affaire *Fransson*, les mesures nationales n'avaient clairement pas été adoptées *dans le but* de mettre en œuvre le droit de l'Union, puisqu'il s'agit, de manière générale, de sanctionner pénalement les fraudes fiscales, quelles qu'elles soient.

Néanmoins, on peut se demander si ce n'est pas plutôt l'interprétation restrictive et le critère « intentionnel » qui étaient dérogatoires et, pour tout dire, incohérents. En particulier, le critère du but de la législation interne et des objectifs qu'elle poursuit, ou, pour utiliser d'autres termes, celui de son fondement européen³⁴ ou celui, plus vague, de sa « connexité » avec le droit de l'Union³⁵ peut étonner.

En premier lieu, ce critère soulève un problème de preuve : comment établir avec certitude qu'une législation nationale a « pour but » de mettre en œuvre le droit de l'Union ? Faut-il que le texte vise explicitement les normes de droit de l'Union mises en œuvre ? Si tel est le cas, cela signifie-t-il qu'une conséquence juridique aussi importante que l'applicabilité de la Charte des droits fondamentaux dépende d'une variable aussi formelle qu'un visa ? Faut-il, le cas échéant, rechercher les travaux préparatoires ? Faut-il raisonner sur la base d'un faisceau d'indices, pouvant inclure par exemple la proximité terminologique entre le texte national et la norme de droit de l'Union européenne ?

En deuxième lieu, ce critère interroge quant à sa portée. Jusqu'où doit aller cette analyse de l'intention du législateur national ? Doit-elle s'opérer texte par texte ou article par article ? *Quid* en effet des « cavaliers de transposition » ? *Quid*, par ailleurs, des textes qui profitent de la mise en œuvre du droit de l'Union pour apporter des réformes à la matière visée, lesquelles ne sont pas exigées par le droit de l'Union ?

Enfin, ce critère soulève virtuellement un problème d'égalité. Si, dans un Etat, le droit national est déjà conforme aux exigences de mise en œuvre du droit de l'Union – par exemple dans l'hypothèse où le droit national est déjà compatible avec les objectifs d'une directive, de sorte que la transposition n'est pas nécessaire³⁶ – il faudrait conclure que la Charte ne s'applique pas aux mesures nationales concernées. Il en résulterait cette conséquence, pour le moins indésirable, que dans certains Etats – ceux qui ont dû, par exemple, transposer la directive en question – la Charte serait applicable dans le champ des mesures nationales de transposition, alors que dans d'autres Etats, la Charte serait inapplicable dans le champ d'application de mesures éventuellement très similaires, au seul motif que ces mesures n'auraient pas été adoptées « dans le but » de mettre en œuvre le droit de l'Union ou « sur le fondement » de celui-ci. S'y ajoute l'hypothèse, connexe de la précédente, dans laquelle un Etat mettrait en œuvre le droit de l'Union de façon anticipée, par exemple avant l'adoption d'une directive : doit-on, ici, privilégier l'intentionnalité ou la chronologie ? Pour peu fréquentes que soient des hypothèses telles que celles qui ont

32 CJCE, 18 décembre 1997, *Annibaldi*, aff. C-309/96.

33 Point 21.

34 Ritleng D., article précité note 15.

35 Conclusions de l'avocat général Cruz Villalon sur l'affaire *Fransson*, point 57.

36 Cf. par ex., CJCE, 20 novembre 2003, *Commission c. France*, aff. C-296/01, point 55 ; CJCE, 29 avril 2004, *Commission c. Autriche*, aff. C-194/01, point 39.

été évoquées ici, on doit reconnaître que leur perspective amène nécessairement à s'interroger sur un critère « subjectif » de la mise en œuvre.

Dès lors, il est assez logique que le critère de la mise en œuvre soit « objectif » : constitue alors une mise en œuvre du droit de l'Union toute mesure ayant pour *effet* d'assurer l'effectivité d'une norme de l'Union européenne, quand bien même cela ne serait pas son *objet*. C'est un tel critère objectif qui ressort de l'arrêt *Fransson*. De ce point de vue, l'arrêt *Fransson* ne fait en réalité qu'appliquer de manière cohérente la jurisprudence *Wachauf*, mettant donc simplement fin à une certaine hésitation jurisprudentielle. Mais en renouant avec la jurisprudence antérieure au Traité de Lisbonne, cet arrêt nous permet d'interroger l'applicabilité des droits fondamentaux aux Etats en droit de l'Union européenne et les implications de la protection des droits fondamentaux en droit de l'Union.

B. APPLICABILITÉ DE LA CHARTE ET FONCTION DE LA THÉORIE DES DROITS FONDAMENTAUX EN DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

Originellement, la protection des droits fondamentaux en droit de l'Union européenne (à l'époque, c'est-à-dire à la fin des années soixante-dix, en droit communautaire) avait une fonction simple et limitée : compenser, en terme de protection des droits individuels, les transferts de compétences consentis par les Etats à la Communauté européenne. Il s'agissait donc simplement d'éviter que l'intégration européenne n'occasionne une diminution de la protection des individus et, corrélativement, de protéger le principe de primauté contre les coups de butoir des juridictions constitutionnelles nationales (notamment italienne et allemande) qui s'estimaient compétentes, en l'absence de catalogue communautaire de droits fondamentaux, pour contrôler la compatibilité des actes communautaires avec les droits constitutionnels.

Cette fonction de compensation implique une logique de substitution, de vase communicant, qui sous-tend une conception *alternative* de l'applicabilité respective des droits fondamentaux nationaux, d'une part, et des droits fondamentaux communautaires, d'autre part : les droits fondamentaux garantis par le droit de l'Union s'appliquent lorsque les droits fondamentaux constitutionnels ne peuvent, eux, s'appliquer en raison de la primauté du droit de l'Union. C'est ce que l'on retrouve sous la plume de l'avocat général Cruz Villalon sur l'affaire *Fransson* lorsqu'il dit que « le fait pour l'Union de garantir les droits fondamentaux dans l'exercice de la puissance publique des États doit, dans ces cas-là, s'analyser comme un déplacement, dans le sens d'un transfert de la responsabilité initiale des États vers celle de l'Union au regard de cette garantie »³⁷.

Or, à bien y réfléchir, une telle configuration n'existe en réalité que dans l'hypothèse, extrêmement restrictive, où l'Etat ne fait que tirer les conséquences nécessaires du droit de l'Union, de sorte que censurer la mesure nationale d'exécution d'une norme de droit de l'Union revient à censurer cette dernière elle-même. C'est d'ailleurs dans cette hypothèse, et dans cette hypothèse uniquement, que certains juges nationaux, comme le juge constitutionnel allemand³⁸, le Conseil constitutionnel³⁹ et le Conseil d'Etat⁴⁰, ont reconnu que, dès lors qu'une protection équivalente des droits fondamentaux constitutionnels est assurée au niveau du

37 Point 37 des conclusions.

38 Cour constitutionnelle fédérale allemande, ordonnance du 4 oct. 2011, *InvZulG*, 1 BvL 3/08.

39 CC, 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*.

40 CE, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine e. a.*, concl. Guyomar, Rec., p. 55.

droit de l'Union, il n'y avait pas lieu de contrôler la compatibilité, au regard de ces droits constitutionnels, des mesures nationales qui se bornent à tirer strictement les conséquences de normes de droit de l'Union.

En revanche, dès lors que les autorités nationales disposent d'une latitude pour exécuter le droit de l'Union, les droits fondamentaux nationaux peuvent s'appliquer, dans une certaine mesure, sans porter atteinte à la primauté du droit de l'Union. En effet, si, parmi les différentes options offertes aux autorités nationales pour exécuter le droit de l'Union, il en est une qui ne viole pas les droits fondamentaux garantis par le droit national, la norme de droit de l'Union exécutée n'est pas en elle-même contraire aux droits fondamentaux. Ainsi, dans l'arrêt *Wachauf*, la Cour, observant que « la réglementation communautaire en cause laiss[ait] aux autorités nationales compétentes une marge d'appréciation suffisamment large pour leur permettre d'appliquer cette réglementation dans un sens conforme aux exigences découlant de la protection des droits fondamentaux », en déduisait fort logiquement que « l'argument tiré d'une contradiction entre la réglementation en cause et les exigences découlant de la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire [devait] être écarté ». Dès lors que la violation des droits fondamentaux constitutionnels par une mesure nationale ne trouve pas son origine dans le droit de l'Union, les juridictions nationales peuvent, sans violer le principe de primauté, censurer cette mesure nationale. La logique « fonctionnelle » – la compensation des transferts de compétence par une protection des droits fondamentaux au niveau de l'Union – ne requiert donc pas d'appliquer simultanément les droits fondamentaux garantis par l'ordre juridique de l'Union européenne à ces mesures nationales.

Or, et il faut insister sur ce point, cette interprétation n'a *jamais* été celle de la Cour. Même la jurisprudence *Wachauf*, considérée comme restrictive, est encore beaucoup plus large que ce qu'implique la stricte logique de compensation liée au principe de primauté. Retenant une conception plus large de l'applicabilité des droits fondamentaux garantis par le droit de l'Union – la « mise en œuvre » plus que la simple « reproduction » du droit de l'Union, pour reprendre les mots de l'avocat général Cruz Villalon – la Cour permet nécessairement une concurrence des standards nationaux de protection des droits fondamentaux et ceux de l'Union européenne. C'est cette concurrence que vient organiser l'article 53 de la Charte⁴¹ tel qu'interprété par l'arrêt *Melloni*⁴² rendu, ce n'est pas du tout un hasard, le même jour que l'arrêt *Fransson* qui d'ailleurs reprend la formule du point 60 de l'arrêt *Melloni* : « 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 ».

Mais ce faisant, c'est le fondement de la protection des droits fondamentaux en droit de l'Union qui change, car elle ne peut plus vraiment avoir ce caractère purement fonctionnel, c'est-à-dire se résumer à une fonction de compensation des transferts de compétence en ce qui concerne la protection des droits fondamentaux.

41 « 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 ».

42 CJUE, grande chambre, 26 février 2013, *Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal*, aff. C-399/11.

Ce changement d'optique est d'ailleurs bien plus ancien que les arrêts *Fransson* et *Melloni*, et même plus ancien que la Charte : il remonte en réalité aux arrêts *ERT* et *Familiapress* et même à l'arrêt *Wachauf*, même s'il n'est pas certain, à la lecture en tout cas des conclusions des avocats généraux sur ces affaires, que ce tournant ait été clairement perçu par la Cour sur le moment. L'arrêt *Melloni* n'en tire finalement que les conséquences dernières en organisant la coexistence des standards nationaux et ceux de l'Union européenne dans l'espace délimité par la « mise en œuvre » du droit de l'Union.

Il est donc clair que les droits fondamentaux protégés dans l'ordre juridique de l'Union sont plus que des standards *fonctionnels*. Sont-ils pour autant devenus des *standards minimums fédéraux*⁴³, c'est-à-dire des standards minimaux qui s'imposent à tous les Etats en toute circonstance ?

II. LA CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE, IMPOSSIBLE STANDARD FÉDÉRAL... ?

Le modèle de référence est ici le modèle américain⁴⁴. A l'origine, le *Bill of Rights*, c'est-à-dire les dix premiers amendements de la Constitution des Etats-Unis, avaient été expressément conçus comme ne s'imposant qu'au gouvernement fédéral. L'introduction en 1886 du quatorzième amendement allait changer la donne. Ce quatorzième amendement s'adresse en effet, lui, spécifiquement aux Etats fédérés et leur interdit, d'une part, de priver tout citoyen américain de ses privilèges et immunités (« *privileges and immunities clause* ») et, d'autre part, de priver toute personne de sa vie, de sa liberté ou de sa propriété sans que soit respectée la procédure légale régulière (« *due process clause* »). Les notions de « liberté » et de « procédure légale régulière » n'étant pas définies par cet amendement, il était tentant de définir la première par référence aux droits substantiels contenus dans le *Bill of Rights* et le second par rapport aux droits « procéduraux » qui y sont garantis. Mais c'était là étendre le champ d'application *ratione personae* du *Bill of Rights* aux Etats fédérés, et donc opérer un important changement de paradigme, clairement contraire à l'intention des rédacteurs de la Constitution. C'est pourtant ce qu'a fait la Cour Suprême dans un arrêt *Gitlow v. New York* de 1925⁴⁵, en considérant que le premier amendement (liberté d'expression) était applicable aux Etats fédérés en vertu de la clause de « *due process* ». Depuis lors, elle a jugé de même en ce qui concerne plusieurs autres amendements du *Bill of Rights*. Et plus récemment, elle a même considéré que la clause sur les privilèges et immunités permettait d'invalider une loi d'un Etat fédéral pour violation du droit fondamental de circulation⁴⁶.

La connexion entre champ d'application de la Charte et champ d'application du droit de l'Union, posée de façon nette et solennelle par la Cour dans l'arrêt *Fransson*, peut-elle avoir le même effet de « cheval de Troie » que le quatorzième amendement vis-à-vis des Etats membres ? *A priori*, il semble bien que non. D'abord, il faut remarquer que tous les droits contenus dans la Charte n'ont pas vocation à être opposés aux Etats (A). Ensuite, même si l'on fait abstraction de ces droits particuliers, le champ d'application de la Charte, bien que relativement large, n'est

43 Ritleng D., article précité note 15.

44 Voir, pour une analyse détaillée rapprochant la Charte des droits fondamentaux et le *Bill of Rights* américain du point de vue de la répartition verticale des compétences : Knook A., « The Court, the Charter, and the vertical division of powers in the European Union », *CML Rev.* 2005, p. 367.

45 268 U.S. 652 (1925).

46 *Saenz v. Roe*, 526 U.S. 489 (1999).

pas sans limites, puisqu'il coïncide avec le champ d'application du droit de l'Union. Mais c'est peut-être en réalité l'indétermination de ce dernier qui peut occasionner une sorte de « fédéralisation rampante » de la Charte (B)...

A. L'INAPPLICABILITÉ « CONGÉNITALE » DE CERTAINS DROITS FONDAMENTAUX AUX ÉTATS MEMBRES

Certains droits liés au concept de citoyenneté, par exemple, concernent plus précisément les relations entre les individus et les institutions, organes et organismes de l'Union : ainsi en est-il du droit à une bonne administration (article 41), du droit d'accès aux documents (article 42), du droit de saisir le médiateur européen (article 43) ou encore du droit de pétition devant le Parlement européen (article 44). Les institutions, organes et/ou organismes de l'Union, ou en tout cas certain(e)s d'entre eux/elles, étant expressément désignées par ces dispositions, il semble bien que seul(e)s ces derniers/dernières sont assujetti(e)s à ces droits. Cette affirmation est peut-être toutefois à relativiser, pour deux raisons.

D'une part, concernant le droit à une bonne administration, la jurisprudence de la Cour n'est pas exempte d'ambiguïté. Ainsi, dans l'arrêt *Cicala* du 21 décembre 2011⁴⁷, la Cour a affirmé, apparemment clairement, que l'article 41, 2, c) de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui pose l'obligation de motivation des décisions de l'administration comme composante du droit à une bonne administration, s'adresse, selon son libellé, « non pas aux États membres mais uniquement aux institutions et organes de l'Union »⁴⁸. Pourtant, dans l'arrêt *M.* du 22 novembre 2012⁴⁹, elle a appliqué le principe fondamental du contradictoire dans une hypothèse où un demandeur d'asile se plaignait du traitement de son cas par une administration nationale, en faisant expressément référence à l'article 41, 2, a) (droit d'être entendu) qu'elle estime « d'application générale »⁵⁰. Il est cependant difficile ici de distinguer l'application du principe fondamental (non écrit) et celle de la Charte. Il est à noter sur ce point que l'avocat général Bot, dans ses conclusions, distinguait quant à lui l'article 41 de la Charte, qu'il considérait applicable uniquement aux institutions, et le principe général du contradictoire, applicable, lui, « aux administrations de chacun des États membres, lorsqu'elles adoptent des décisions entrant dans le champ d'application du droit de l'Union »⁵¹. Plus récemment, Mme E. Sharpston, concluant sur les affaires *Y.S. et M. et S.*⁵² a estimé que « l'article 41 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prévoit des droits opposables aux institutions, organes et organismes de l'Union et, partant, ne saurait s'appliquer aux données à caractère personnel ni à d'autres informations détenues par un État membre »⁵³ et que « l'arrêt *M.M.*, dans lequel la Cour a déclaré que l'article 41, paragraphe 2, est d'application générale, ne contredit pas l'arrêt *Cicala*, précité. Lus conjointement, les points 82 à 84 de l'arrêt *M.M.* me font plutôt penser que la Cour a mis l'accent sur la substance du droit d'être entendu

47 CJUE, 21 décembre 2011, *Teresa Cicala c. Regione Siciliana*, aff. C-482/10.

48 Point 28.

49 CJUE, 22 nov. 2012, *M. c. Minister for Justice, Equality and Law Reform*, aff. C-277/11.

50 Point 84.

51 Point 32 des conclusions.

52 Conclusions présentées le 12 décembre 2013 dans les affaires jointes C-141/12 et C-372/12 *Y.S. c. Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel et Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel c. M. et S.* A l'heure où nous écrivons ces lignes, l'arrêt n'a pas encore été rendu.

53 Point 93.

et sur ses titulaires et que, dans ce cadre, la Cour a souligné le champ d'application très large de ce droit et la place qu'il occupe depuis longtemps dans l'ordre juridique de l'Union »⁵⁴.

D'autre part, et plus généralement, il est fort probable que ces différents droits s'imposent malgré tout *en creux* aux Etats membres, leur interdisant en particulier d'entraver l'exercice de ces droits. Il s'agit alors d'une opposabilité « minimale », cantonnée à la seule obligation négative de ne pas porter atteinte à l'effectivité des droits que les individus tirent du droit de l'Union européenne et découlant, de façon élémentaire, du principe de primauté du droit de l'Union. On peut toutefois observer que l'existence, en la matière, d'une interférence étatique est assez peu probable concernant des droits que les individus peuvent exercer *directement* vis-à-vis des institutions, organes et organismes de l'Union.

Quant aux droits sociaux contenus dans la Charte, notamment au Titre IV, leur rédaction semble indiquer que ces dispositions contiennent plutôt des interdictions adressées à l'Union d'interférer avec les politiques *nationales* tendant à mettre en œuvre les principes posés par la Charte – typiquement, les législations sociales nationales. Les articles de ce Titre contiennent en effet le plus souvent un renvoi exprès aux législations nationales et/ou de l'Union, avec une intensité variable⁵⁵ et/ou la formule « l'Union reconnaît et respecte » ou encore la nécessaire recherche, par l'Union, d'« un niveau élevé de protection ».

La jurisprudence ne dément pas cette conclusion. Certes, dans l'arrêt *Kamberaj*⁵⁶, la Cour de justice a estimé que, « en déterminant les mesures de sécurité sociale, d'aide sociale et de protection sociale définies par leur législation nationale et soumises au principe d'égalité de traitement consacré à l'article 11, paragraphe 1, sous d), de la directive 2003/109, les États membres doivent respecter les droits et observer les principes prévus par la Charte, notamment ceux énoncés à l'article 34 de celle-ci »⁵⁷. Il s'agissait en l'espèce d'une législation nationale opérant une discrimination entre citoyens européens et ressortissants d'Etats tiers en matière d'aide au logement. Or, l'article 11§1 d) de la directive 2003/109 relative aux ressortissants de longue durée dispose que « le résident de longue durée bénéficie de l'égalité de traitement avec les nationaux en ce qui concerne (...) la sécurité sociale, l'aide sociale et la protection sociale telles qu'elles sont définies par la législation nationale ». Il était donc nécessaire de déterminer si l'aide au logement faisait partie de « l'aide sociale et la protection sociale » au sens de cet article. Le problème est que cette disposition renvoie aux législations nationales, ce qui exclut toute définition autonome. La Cour est donc obligée de renvoyer cette question au juge national. Toutefois, la Cour essaie d'orienter ce dernier dans le sens d'une inclusion de l'aide au logement dans cette notion d'aide sociale et de protection sociale. Et c'est précisément à ce titre qu'elle utilise l'article 34 de la Charte, intitulé précisément « sécurité sociale et aide sociale », et dont le paragraphe 3 indique : « afin de lutter contre l'exclusion sociale et la pauvreté, l'Union reconnaît et respecte le droit à une aide sociale et à une aide au logement destinées à assurer une existence digne à tous ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, selon les règles établies par le droit de l'Union et les législations et pratiques nationales ».

54 Point 90.

55 « dans les cas et conditions prévus par le droit de l'Union et les législations et pratiques nationales » (art. 27), « conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales » (art. 28, 30 et 34-2), etc.)

56 CJUE, 24 avril 2012, *Kamberaj*, aff. C-571/10.

57 Point 80.

La Charte est donc utilisée pour limiter l'effet « fragmentant » du renvoi à la législation nationale. En associant « aide sociale » et « aide au logement », la Charte incite fortement la juridiction nationale à une interprétation de la première comme incluant la seconde. Qui plus est, en accolant à la directive interprétée un droit fondamental, la Cour lui accorde un surcroît de valeur qui doit nécessairement peser dans l'appréciation du juge national. Cependant, comme le relève la Cour, l'article 34§3 renvoie lui aussi aux « législations et pratiques nationales » : le surcroît de valeur ainsi voulu par la Cour peut s'en trouver obéré. Il y a peut-être même ici un effet contre-productif, en ce que la Charte confirme la marge d'appréciation laissée sur ce point aux Etats membres.

Par ailleurs, reste le problème paradoxal de l'applicabilité de l'article 34 : celui-ci, comme toutes les dispositions de la Charte, ne s'impose à l'Etat membre que lorsqu'il met en œuvre le droit de l'Union. Or, en l'espèce, l'Etat italien ne peut passer pour mettre en œuvre la directive que si l'aide au logement est bien constitutive d'une aide sociale au sens de la directive, donc... au sens de la législation nationale ! C'est qu'en réalité, ici, la Cour fait de la Charte non pas une norme qu'il conviendrait d'*appliquer* à l'espèce mais un référentiel destiné à guider (et en réalité, à élargir) l'appréciation par le juge national de l'*applicabilité* de la directive.

Au-delà de ces cas particuliers, une « omni-applicabilité », ou presque, des droits fondamentaux garantis par la Charte aux Etats membres n'est certes pas impossible, mais reste improbable.

B. LES LIMITES DU CHAMP D'APPLICATION DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

Il ne faut jamais l'oublier, le droit de l'Union n'est qu'un ordre juridique « de superposition incomplète »⁵⁸, qui « n'a pas un caractère d'omniprésence »⁵⁹. Cette absence d'omniprésence est une condition nécessaire à la coexistence pacifique entre l'ordre juridique de l'Union européenne et l'ordre juridique national, doté, lui, d'une omniprésence sur le territoire qu'il régit⁶⁰ et qui dispose donc d'un espace juridique dénué de la contrainte du droit de l'Union européenne.

La perspective d'ériger les droits fondamentaux garantis par le droit de l'Union en standards fédéraux, sur le modèle américain, est d'ailleurs un véritable repoussoir. Ainsi, l'avocate générale Sharpston, dans ses conclusions sur l'affaire Zambrano⁶¹, élabora une argumentation énumérant tous les avantages qu'il y aurait à consacrer l'applicabilité des droits fondamentaux garantis par le droit de l'Union aux Etats membres dans tous les domaines de compétence de l'Union, même lorsque cette compétence n'a pas été exercée⁶². Mais elle rejette *in fine* cette solution en expliquant que « si l'on subordonnait l'application des droits fondamentaux de l'Union européenne exclusivement à l'existence d'une compétence exclusive ou partagée de l'Union européenne, cela impliquerait que l'on introduise ouvertement un élément fédéral dans la structure du système juridique et politique de l'Union européenne »⁶³,

58 Gautier M. et Melleray F., « Le champ d'application matériel, limite à la primauté du droit communautaire », *RAE-LEA* 2003-2004, pp. 27 s., spéc. p. 34.

59 La Pergola A., concl. sur CJCE 29 mai 1997, *Kremzow c/ Republik Österreich*, C-299/95, point 7.

60 Gaudin H., « Diversité et évolution des champs d'application en droit communautaire », *RAE-LEA*, 2003-2004, pp. 7 s., spéc. pp. 11-12.

61 CJUE, 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, aff. C-34/09.

62 Points 166 s. des conclusions.

63 Point 172 des conclusions.

ce qui « exige (...) à la fois une évolution de la jurisprudence et une déclaration politique sans équivoque des pouvoirs constituants de l'Union européenne (ses États membres), attribuant un rôle nouveau aux droits fondamentaux dans l'Union européenne »⁶⁴.

Cela n'empêche pas de constater que, *in fine*, le critère de l'applicabilité de la Charte aux États est fort large.

Il en découle en particulier que toute législation nationale peut relever du champ d'application de la Charte dès lors que, dans certaines hypothèses, elle peut être utile pour mettre en œuvre le droit de l'Union⁶⁵. Il en résulte par exemple cette conséquence que les voies de recours interne, qui n'ont en général pas été mises en place pour le respect du seul droit de l'Union, peuvent malgré tout relever du champ d'application de celui-ci lorsqu'elles sont mises en œuvre, dans une espèce particulière, en vue d'obtenir le respect de ce droit. Ainsi, dans une affaire où une personne qui cherchait à engager la responsabilité d'un État membre pour violation du droit de l'Union se heurtait à des dispositions nationales qui lui imposaient le paiement d'une avance sur frais et ne lui permettaient pas d'obtenir le versement d'une aide judiciaire, la Cour a jugé que, dans la fixation des modalités procédurales de l'action en responsabilité étatique, l'État membre devait respecter le principe de protection juridictionnelle énoncé à l'article 47 de la Charte et, partant, les dispositions nationales en cause devaient être examinées à l'aune de celui-ci⁶⁶.

Il en découle également que, dans les hypothèses où le droit de l'Union sort de ce qui est son « lit naturel », la Charte est susceptible de s'appliquer aussi, par effet réflexe. C'est le cas notamment des hypothèses dans lesquelles, dans la lignée de l'arrêt *Zambrano*⁶⁷, le droit de séjour des citoyens européens est susceptible de s'appliquer dans des situations purement internes (c'est-à-dire dans des cas où le citoyen européen n'a pas exercé son droit de circulation et ne possède qu'une seule nationalité d'un État membre de l'Union, celle de l'État sur le territoire duquel il réside) dès lors qu'une mesure nationale a « 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 »⁶⁸. Cela interdit notamment aux États, comme c'était le cas dans l'affaire *Zambrano*, d'éloigner hors du territoire de l'Union les parents, ressortissants d'États tiers, d'un citoyen européen en bas âge, puisque dans une telle hypothèse ce dernier serait *de facto* forcé de quitter lui aussi le territoire de l'Union.

Surtout, on peut se demander si la formule solennelle, ferme et large utilisée par la Cour selon laquelle « il ne saurait exister de cas de figure qui relèvent ainsi du droit de l'Union sans que lesdits droits fondamentaux trouvent à s'appliquer » et « l'applicabilité du droit de l'Union implique celle des droits fondamentaux garantis par la Charte » ne pourrait pas, sinon donner lieu à de nouvelles hypothèses d'applicabilité de la Charte aux États membres, du moins justifier la généralisation de solutions qu'on avait pu croire isolées et extrêmes.

On se souviendra ainsi que, dans l'arrêt *Kücükdeveci*⁶⁹, la Cour de justice a appliqué le principe général d'égalité à une législation nationale relative aux préavis de licenciement et qui, de ce fait, tombait dans le champ de la directive 2000/78/CE

64 Point 173 des conclusions.

65 Rittleng D., article précité note 15.

66 CJUE, 22 déc. 2010, *DEB*, aff. C-279/09, points 30-31.

67 Arrêt précité note 60.

68 Point 42 de l'arrêt *Zambrano*.

69 CJUE, grande chambre, 19 janvier 2010, *Kücükdeveci*, aff. C-555/07.

du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail puisque celle-ci s'applique, en vertu de son article 3§1 c), aux « conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération ». Or, la réglementation en cause au principal ne constituait ni l'exercice d'une dérogation prévue par le droit de l'Union ni même une mesure de mise en œuvre de ce dernier, le rapport entre la mesure nationale et le droit de l'Union étant plus un rapport de compatibilité que de réalisation.

Il était éventuellement possible de considérer que cette solution pouvait s'expliquer par le fait que la directive était en quelque sorte elle-même une mise en œuvre (par l'Union et non par l'Etat) du principe général d'égalité, ce qui pouvait justifier que le champ d'application du second ne puisse être inférieur à celui de la première. Mais se pose alors la question de savoir si une solution similaire pourrait être retenue pour n'importe quel droit fondamental relativement au champ d'application de n'importe quelle disposition de droit de l'Union. La formule retenue par la Cour semble sur ce point appeler une réponse positive⁷⁰. Mais les conséquences qu'il convient d'en tirer restent obscures. Si l'on reprend les faits ayant donné lieu à l'arrêt *Kücükdeveci*, cela signifie-t-il que toute législation nationale concernant des domaines dans lesquels la directive 2000/78 interdit toute discrimination se situe dans le champ d'application de la Charte ? Cela signifierait, notamment, que l'ensemble des législations nationales relatives aux « conditions d'emploi et de travail » sont, dans leur ensemble et dans leur intégralité, soumises au respect de la Charte.

Et il y a plus. On sait par exemple, de par la jurisprudence de la Cour, que le champ d'application du principe de non-discrimination en raison de la nationalité⁷¹ est extrêmement large, au-delà même de tout champ de compétence de l'Union⁷² malgré les précautions de langage des rédacteurs du traité⁷³. Doit-on en déduire que la Charte s'applique à tous les domaines dans lesquels une discrimination en raison de la nationalité est interdite ? Si tel était le cas, il n'y aurait guère de domaine de l'action publique nationale qui ne serait pas soumise au respect de la Charte.

Une telle solution est cependant improbable, en ce qu'elle aboutirait à priver d'effet utile l'article 51§1 qui a clairement pour but de limiter l'applicabilité de la Charte aux Etats. Tout dépend en réalité des contours que la Cour donnera à la notion d'applicabilité. Si l'on reprend le cas de la non-discrimination en raison de la nationalité, il est vrai que ce principe est *a priori* applicable dans n'importe quel domaine. Mais ce n'est là qu'une applicabilité virtuelle. Or, la jurisprudence de la Cour semble insister sur la nécessité d'une applicabilité effective, c'est-à-dire que l'ensemble des conditions d'application de la norme de droit de l'UE doivent être réunies. Dans l'arrêt *Iida* que l'on a déjà évoqué⁷⁴, et si l'on fait abstraction du critère « intentionnel » de la mise en œuvre nationale – dont on a déjà vu le caractère critiquable et incohérent – il apparaît que la Cour a refusé l'application de la Charte en raison du fait que le requérant au principal ne remplissait pas les conditions requises pour l'octroi de la « carte de séjour de membre de la famille d'un citoyen de l'Union » au titre de l'article 10 de la directive 2004/38, et qu'il n'avait pas fait de

70 Cf., dans le même sens, Hancox E., « The meaning of "implementing" EU law under Article 51(1) of the Charter: *Åkerberg Fransson* », *CML rev.* 2013, p. 1411, spec. p. 1425.

71 Article 18 TFUE.

72 Cf. en particulier CJCE, 2 oct. 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02 (état civil).

73 « Dans le domaine d'application des traités, et sans préjudice des dispositions particulières qu'ils prévoient, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité » (accent rajouté).

74 Cf. *supra* note 29.

demande visant à obtenir le statut de résident de longue durée conformément à la directive 2003/109. Le fait d'être bénéficiaire d'un droit tiré du droit de l'Union ou, au moins, de se placer dans une situation effectivement régie par le droit de l'Union semble donc être une condition nécessaire pour invoquer contre un Etat un droit fondamental reconnu par la Charte.

Cette conclusion n'est pas nécessairement exclusive d'une conception large. Dans le cas de la non-discrimination en raison de la nationalité, tout citoyen européen séjournant légalement sur le territoire d'un Etat membre autre que son Etat de nationalité ou titulaire d'une double nationalité⁷⁵ en dispose *ipso facto*, même si ce droit ne se « manifeste » que de façon pathologique, c'est-à-dire lorsqu'il est violé. Est-ce à dire pour autant qu'un tel citoyen, en ce qu'il est bénéficiaire en permanence d'un droit à non-discrimination opposable à l'Etat membre sur le territoire duquel il réside, pourrait également, par une sorte d'effet attractif, opposer en permanence à cet Etat tous les droits de la Charte ? On ne peut s'empêcher de penser alors à la conception défendue par l'avocat général Jacobs, concluant sur l'affaire Konstandinidis⁷⁶, et estimant que tout citoyen européen qui se rend dans un autre Etat membre « a le droit d'affirmer « *civis europeum sum* » et d'invoquer ce statut pour s'opposer à toute violation de ses droits fondamentaux »⁷⁷. Bien que la Cour ait rejeté la suggestion de son avocat général, on peut se demander, avec E. Hancox⁷⁸, si, par l'intermédiaire de l'article 18 TFUE, l'affirmation forte et stricte par la Cour dans l'arrêt *Fransson* d'une connexion nécessaire et suffisante entre champ d'application de l'Union et champ d'application de la Charte n'est pas de nature à donner enfin vie à la proposition de l'avocat général Jacobs.

Si cette possibilité n'est pas à exclure, il est néanmoins probable que la Cour exige un lien fonctionnel entre la norme de droit de l'UE applicable et l'application de la Charte, de sorte que l'invoque d'un droit garanti par la Charte doit être en lien avec l'exercice du droit tiré du droit de l'Union européenne. Rien ne garantit néanmoins un tel *self-restraint*, et en toute hypothèse la détermination de ce « lien fonctionnel » ne paraît guère évidente.

L'apport de l'arrêt *Fransson* est donc encore obscur. Une certitude : la Cour a clairement posé son intention de retenir une conception large de l'applicabilité de la Charte aux Etats membres, dans le prolongement de sa jurisprudence pré-Lisbonne relative aux principes généraux du droit. La portée exacte de cette conception large reste encore à définir. Les faits de l'espèce ne donnent pas vraiment l'occasion à la Cour d'aller au-delà de sa jurisprudence antérieure, puisqu'une application cohérente des jurisprudences *ERT* et *Familiapress* et même de l'arrêt *Wachauf* aurait probablement conduit à reconnaître, dans une espèce identique, l'applicabilité des principes généraux du droit. Il en va d'ailleurs de même dans le plus récent arrêt *Texdata*⁷⁹, qui confirme l'arrêt *Fransson*. Les termes larges et solennels utilisés par la Cour dans sa formule de principe peuvent en revanche conduire à envisager, sinon de nouvelles hypothèses d'applicabilité, du moins une généralisation d'hypothèses marginales. Il en résulterait une extension considérable du champ d'application de la Charte pour les Etats membres. Celle-ci n'en deviendrait pas pour autant un standard fédéral, puisque le champ d'application du droit de l'Union, et donc celui

75 Voir, pour cette dernière hypothèse, l'arrêt *Garcia Avello* précité.

76 CJCE, 30 mars 1993, *Konstantinidis*, aff. C-168/91.

77 Point 46 des conclusions.

78 Hancox E., article précité note 69, spéc. p. 1425.

79 CJUE, 26 septembre 2013, *Texdata Software GmbH*, aff. C-418/11.

de la Charte, est encore loin de recouvrir exactement, du point de vue matériel, le champ d'application de l'ensemble des droits nationaux. Plus que fonctionnelle mais moins que fédérale, la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne reflète donc la nature fondamentalement ambivalente de l'Union européenne.

Pessac, le 13 février 2014