

La plus-value de la Charte : à la croisée de plusieurs systèmes juridiques

*E. Muir*¹

[Accepté pour publication, à paraître dans *Cahiers de droit européen*, 2021]

Table des matières

Introduction	2
I. La contribution de la Charte à la maturité de l'ordre juridique de l'Union.....	4
A. Renforcement du narratif sur les droits fondamentaux	4
B. Interactions avec les dynamiques propres au système juridique de l'Union.....	8
C. La protection juridictionnelle à la croisée des chemins.....	10
II. La contribution de la Charte à la transformation du système européen de protection des droits fondamentaux.....	12
A. Un instrument de protection des droits fondamentaux parmi d'autres.....	12
B. Interactions pour la protection des droits fondamentaux au sein de l'Union	15
C. Interaction pour la protection des droits fondamentaux au-delà de l'Union	18
Conclusion.....	22

¹ Professeure de droit européen, directrice du département de droit international et européen à la KU Leuven, professeur invitée au Collège d'Europe. Je suis reconnaissante à Victor Davio, Caterina Molinari et Yann Lorans, membres de l'Institut de Droit Européen de la KU Leuven pour leur apport aux réflexions mises en avant dans cet article. Cette contribution s'inscrit dans le cadre du projet de recherche RESHUFFLE, avec le soutien du Conseil Européen de la Recherche – European Research Council (programme recherche et innovation Horizon 2020, contrat n° 851621).

Introduction

Vingt ans après son adoption, la Charte est encore très méconnue des praticiens, qui préfèrent se tourner vers la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) ou leur constitution nationale. On pourrait penser a priori qu'ils ont raison dès lors que le champ d'application de la Charte est fort limité et qu'elle a été conçue comme un instrument de codification à droit constant. Dans ce contexte, une question se pose : quelle est la plus-value apportée par la Charte à la protection des droits fondamentaux?²

La plus-value de la Charte me semble indéniable pour deux raisons principales, de nature systémique, autour desquelles cette contribution s'articule. A titre liminaire, il convient toutefois de préciser les contours de cette question de recherche. En premier lieu, le nombre de références à un texte juridique par les juridictions compétentes, à la lumière en particulier des arguments reçus par les parties, est un instrument certes utile de mesure de la valeur ajoutée d'un instrument juridique, mais il n'est pas suffisant. L'analyse qui suit porte donc, dans une approche plus large, sur la façon dont une multiplicité de 'praticiens' ou d'acteurs s'empare du droit, en faisant référence notamment aux acteurs politiques dans le cadre des processus décisionnels. Le droit n'est donc pas seulement entendu ici comme un instrument de défense, que l'on utilise pour s'armer devant un juge, il est aussi – c'est d'ailleurs sa première fonction – un instrument qui structure un système de gouvernance. Il en est naturellement de même pour les droits fondamentaux.³

En second lieu, dans cette contribution, la Charte est située à l'intersection de deux systèmes juridiques. D'une part, la Charte contribue à ordonnancer l'ordre juridique de l'Union; d'autre part, la Charte contribue d'un point de vue substantiel à la protection des droits fondamentaux en Europe. Ainsi, si la perspective d'un praticien utilisant la Charte pour articuler des questions de droit au niveau national, constitue un élément de réponse à l'analyse de la plus-value de la Charte, cette perspective n'épuise pas le sujet.

² Je suis reconnaissante à Emmanuelle BRIBOSIA, Cecilia RIZCALLAH et Sébastien VAN DROOGHENBROECK, éditeurs de la présente collection d'essais, ainsi qu'à Antoine BAILLEUX, auteur de cette question de recherche stimulante, de leur invitation à partager mes réflexions sur ce sujet.

³ Voir aussi Philip ALSTON and Joseph WEILER, An 'Ever Closer Union' in Need of a Human Rights Policy, *European Journal of International Law*, 1998, 658-72.

La dimension nationale est essentielle pour nourrir une réflexion sur le rôle de la Charte dans l'ordre juridique de l'Union et dans le système de protection des droits fondamentaux en Europe. En effet, il est indéniable que la protection des droits fondamentaux est nécessaire au niveau national, dans le quotidien des procédures décisionnelles et des litiges. Ainsi peut-on relever, comme noté ci-dessus, qu'il est souvent regretté que la Charte ne soit pas d'avantage utilisée au niveau national. L'Agence des droits fondamentaux de l'Union, dans son dernier rapport, observait notamment que l'utilisation de la Charte par les autorités gouvernementales et parlementaires demeure faible.⁴ Il y a notamment peu d'exemples de contrôle systématique de la compatibilité avec la Charte des instruments législatifs de transposition d'obligations résultant du droit de l'Union.⁵ Par ailleurs, bien que les références à la Charte augmentent en nombre, notamment dans les recours préjudiciels portés à l'attention de la Cour de justice de l'Union⁶, elles demeurent dans l'ensemble peu nombreuses⁷ et ne servent souvent qu'à accompagner une référence à une autre source de droit plus établie dans le système juridique de l'Etat en question.⁸ Ceci explique les efforts accrus de l'Union, et en particulier de la Commission européenne, pour diffuser la connaissance de la Charte parmi les praticiens, ainsi que pour renforcer les structures en charge de la promotion de (certains aspects de) la Charte au niveau national.⁹

Faut-il déduire de cette observation préalable que la plus-value de la Charte est moindre ? Telle n'est pas l'approche choisie dans cette contribution, précisément car il existe d'autres angles d'analyse autour desquels mon propos est structuré. Il sera soutenu que la plus-value de la Charte est avant tout de nature systémique. En premier lieu, la Charte apporte un complément essentiel au fonctionnement de l'ordre juridique de l'Union (I). En second lieu, la Charte est le

⁴ FRA, « Rapport sur les droits fondamentaux », 2020, p.5.

⁵ FRA, « Rapport sur les droits fondamentaux », 2020, p.5.

⁶ Commission, « Rapport 2018 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », 2019, p. 15.

⁷ Environ 11% des questions préjudicielles portées à l'attention de la Cour de justice de l'Union européenne entre 2009 et 2019 faisaient référence à la Charte : FRA, « Rapport sur les droits fondamentaux », 2020, p. 9.

⁸ Sur les références à la Charte dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne : Haris TAGARS, « La valeur ajoutée de la charte des droits fondamentaux. Une tentative de bilan à l'approche du dixième anniversaire de son application », *Cahiers de droit européen*, 55/1 2019, 33-90, p. 58.

⁹ Par exemple : Morris LIPSON and Peter NOORLANDER, « Feasibility Study for financial support for litigating cases relating to violations of democracy, rule of law and fundamental rights » (Commission, 29.6.2020); Commission, Recommandation 2018/951 du 22 juin 2018 relative aux normes applicables aux organismes pour l'égalité de traitement JO L 167 du 4.7.2018, p. 28–35. Pour un aperçu plus complet des initiatives en cours voir Commission, « Rapport 2018 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », 2019, pp. 7-13.

symptôme d'une transformation lente, et profonde, des équilibres en place au niveau européen pour la protection des droits fondamentaux (II).

I. La contribution de la Charte à la maturité de l'ordre juridique de l'Union

Il est indéniable que, au niveau du fonctionnement institutionnel de l'Union en tant que tel, la Charte a accru la visibilité et l'attention portées aux droits fondamentaux. Le renforcement du narratif sur les droits fondamentaux à l'échelle de l'UE qui résulte de cette évolution (A) a généré un renouveau d'attention pour plusieurs grands thèmes classiques du processus d'intégration européenne par le droit (B). La rencontre des 'narratifs'¹⁰ sur la protection et la promotion des droits fondamentaux, d'une part, et sur les dynamiques de l'intégration par le droit au sein de l'ordre juridique de l'Union, d'autre part, comme illustré par la thématique de la protection juridictionnelle, promet d'être particulièrement vivante dans les années à venir (C).

A. Renforcement du narratif sur les droits fondamentaux

Rappelons que le caractère contraignant de la Charte a (été) accompagné (par) une accélération considérable de l'activité normative de l'Union dans des domaines aussi sensibles que l'immigration, l'asile ou la procédure pénale. De même, ces dernières années ont été marquées par des crises de confiance dans le cadre de la crise économique et financière, ou du COVID-19 par exemple, dans le cadre desquelles la présence d'un point de référence en matière de protection peut avoir une fonction symbolique non négligeable.¹¹ De même, l'importance des liens entre citoyenneté de l'Union, valeurs fondatrices de l'Union et droits fondamentaux, est souvent à juste titre rappelée. Bien que l'auteur de cette contribution soit mal placée, en qualité de juriste, pour 'évaluer' la force des symboles au sein d'un système politique, il semble difficile de concevoir l'ampleur de l'action de l'Union dans l'ensemble de ces domaines, sans l'existence au sein dudit système d'une Charte des droits fondamentaux.¹²

¹⁰ Je reviendrai sur le choix de cette notion ci-dessous, point (B).

¹¹ Je n'entre pas ici dans la question – néanmoins extrêmement importantes - de savoir si, comment, dans quelle mesure les droits contenus dans la Charte ont été effectivement protégés en périodes de crises. Voir par exemple: Claire KILPATRICK et Bruno DE WITTE, "Social Rights in Crisis in the Eurozone: the Role of Fundamental Rights' Challenges", Edition Spéciale du *European Journal of Social Law*, (1) 2014.

¹² Voir notamment Philip ALSTON and Joseph WEILER, An 'Ever Closer Union' in Need of a Human Rights Policy, *European Journal of International Law*, 1998, 658-72; Hugues DUMONT et S. VAN DROOGHENBROEK, « La contribution de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la constitutionnalisation du droit de l'Union européenne » dans Jean-Yves CHARLIER et Olivier DE SCHUTTER

En lien avec ces observations, et pour aller au-delà de la portée symbolique et politique, il doit être noté que la Cour de justice de l'Union elle-même fait de plus en plus référence au texte de la Charte.¹³ Par exemple, cette dernière a été citée directement, ou mentionnée dans les motifs, dans 356 affaires en 2018 contre 27 en 2010.¹⁴ Dans ce contexte, la Charte a été utilisée de plusieurs façons : comme instrument de contrôle de validité d'actes législatifs comme dans l'affaire *Test-Achats*¹⁵ sur l'égalité entre hommes et femmes en matière d'accès aux services d'assurance ; ainsi que concernant des accords internationaux notamment concernant le projet d'accord entre le Canada et l'Union européenne portant sur le transfert des données des dossiers passagers aériens depuis l'Union vers le Canada¹⁶ ; et – bien qu'il n'y ait pas de référence directe à la Charte, on peut percevoir sa présence – pour le contrôle de la délégation de pouvoirs dans l'affaire *Code frontières Schengen* (ou *Frontex*) notamment.¹⁷ La Charte a aussi été un instrument pour l'imposition d'une lecture des actes du droit de l'Union compatible avec les droits fondamentaux, par exemple en matière de rassemblement familial des ressortissants d'Etats tiers.¹⁸ Plus récemment la Charte est devenue un instrument sur lequel s'appuie la Commission pour déclencher des actions en manquement, dans le champ d'application du droit de l'Union, contre des Etats membres ; des actions accueillies par la Cour de justice de l'Union, comme illustré par l'affaire Commission contre Hongrie portant sur des limitations à la libre circulation des capitaux pour le financement de certaines catégories d'organisations de la société civile en violation des articles 7, 8 et 12 de la Charte.¹⁹

(eds.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Son apport à la protection des droits de l'Homme en Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2002, 61-96.

¹³ Pour des études plus complètes voir la contribution de Koen LENAERTS dans ce numéro spécial, ainsi que Haris TAGARS, « La valeur ajoutée de la charte des droits fondamentaux. Une tentative de bilan à l'approche du dixième anniversaire de son application », *Cahiers de droit européen*, 55/1 2019, 33-90.

¹⁴ Voir l'aperçu de l'évolution dans le temps p.15 et les annexes I et II du rapport annuel de la Commission (<file:///C:/Users/U0111456/AppData/Local/Temp/DSAL19001FRN.fr.pdf>), la première porte en particulier sur la jurisprudence de la CJUE pour l'année 2018 qui cite directement la Charte ou la mentionne dans ses motivations. Notons que la quantité d'affaires portées à l'attention de la Cour augmente elle aussi.

¹⁵ Arrêt de la Cour du 1er mars 2011, *Test-Achats*, C-236/09, EU:C:2011:100, point 32. Voir aussi par exemple : Arrêt de la Cour du 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*, affaires jointes C-293/12 et C-594/12, EU:C:2014:238, points 65-69 ; Arrêt de la Cour du 9 novembre 2010, *Schecke*, affaires jointes C-92/09 et C-93/09, EU:C:2010:662, para. 86 et plus généralement : Antoine BAILLEUX et Hugues DUMONT, *Le pacte constitutionnel européen: Fondements du droit institutionnel de l'Union* (Larcier, Tome 1, 2015), points 1005-1011.

¹⁶ Avis de la Cour du 26 juillet 2017, *Avis 1/15* (« Transfert des données des dossiers passagers aériens depuis l'Union vers le Canada »), EU:C:2017:592, point . Voir aussi l'avis de la Cour du 30 avril 2019, *Affaire Avis 1/17* (« Accord économique et commercial global UE-Canada »), EU:C:2019:341, points 162 et suivants.

¹⁷ Arrêt de la Cour du 5 septembre 2012, *Parlement contre Conseil*, C-355/10, EU:C:2012:516, point 77.

¹⁸ Arrêt de la Cour du 27 juin 2006, *Parlement contre Conseil* (« Réunification familiale »), C-540/03, EU:C:2006:429, paras. 58-59, 71 et plus récemment: Arrêt de la Cour du 16 juillet 2020, *B. M. M. e.a. contre État belge*, affaires jointes C-133/19, C-136/19 et C-137/19, EU:C:2020:577.

¹⁹ Arrêt de la Cour du 18 juin 2020, *Commission contre Hongrie (Transparence associative)*, C-78/18, EU:C:2020:476, points 110-134 et 139-142. Voir aussi : Arrêt du 21 mai 2019, *Commission européenne contre*

En outre, la Charte est devenue un instrument couramment utilisé comme point de référence pour l'évaluation préalable de la validité des actes en cours d'adoption dans le cadre des procédures décisionnelles de l'Union. Il ne s'agit pas ici de soutenir que cela est toujours fait de façon satisfaisante, un point sur lequel Romain Tinière nous invite à juste titre à une grande vigilance.²⁰ Toutefois, comme le souligne de son côté Mark Dawson²¹, il est indéniable que la Charte a acquis une présence importante en amont de la prise de décision par les organes de l'Union. De nombreux préambules des actes de l'Union font référence à la Charte, la Commission a développé une stratégie pour mieux prendre en compte la Charte dans ses travaux²², le Conseil a aussi des lignes directrices sur la question pour l'adoption des actes internes.²³ Le Conseil définit aussi le mandat de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union, qui a pour tâche d'informer le travail des organes de l'Union, en établissant son cadre de travail sur base multiannuelle.²⁴ Le Parlement quant à lui rappelle occasionnellement à la Commission la nécessité de réaliser des évaluations d'impact dans la préparation des actes législatifs, et en particulier de l'impact sur les droits fondamentaux, comme en témoigne l'étude commanditée par le Parlement sur la demande d'une analyse de substitution sur la proposition de directive sur le retour des ressortissants d'états tiers (refonte).²⁵ Certaines agences de l'Union sont aussi désormais dotées d'agents, voire de stratégies, pour le respect des droits fondamentaux au sein

Hongrie (Usufruits sur terres agricoles), C-235/17, ECLI: ECLI:EU:C:2019:432, points 123-129; et arrêt de la Cour 6 octobre 2020, *Commission européenne contre Hongrie (Enseignement supérieur)*, C-66/18, ECLI:EU:C:2020:792, points 222-234 et 239-242.

²⁰ Romain TINIÈRE, « Les droits fondamentaux dans les actes de droit dérivé de l'Union européenne: le discours sans la méthode », *RDLF*, 2013, www.rdlf.com.

²¹ Mark DAWSON, *The Governance of EU Fundamental Rights*, CUP, 2017; voir aussi John MORIJN, 'Post-Lisbon civil rights protection by the EU's political institutions' dans Sybe DE VRIES, Henri DE WAELE, and Marie-Pierre GRANGER (Editeurs), *Civil Rights and EU Citizenship: Challenges at the Crossroads of the European, National and Private Spheres*, Edward Elgar Publishing, 2018, Chapitre 2.

²² Commission, 'Stratégie pour la mise en œuvre effective de la Charte des droits fondamentaux par l'Union européenne' (Bruxelles, 19.10.2010 COM(2010) 573 final); Commission, 'Operational Guidance on taking account of Fundamental Rights in Commission Impact Assessments' (Bruxelles, 6.5.2011 SEC(2011) 567 final); et Better Regulation Guidelines (Bruxelles, 7.7.2017 SWD (2017) 350).

²³ Conseil, 'Compatibilité avec les droits fondamentaux: Lignes directrices à l'intention des instances préparatoires du Conseil' (2015). En matière de relations extérieures, il n'est pas explicitement fait référence à la Charte : Conseil, 'Guidelines on methodological steps to be taken to check fundamental rights compatibility at the Council preparatory bodies' (20.1.2015, 5377/15). Voir aussi : John MORIJN, 'Kissing Awake a Sleeping Beauty? The Charter of Fundamental Rights in EU and Member States' Policy Practice' dans Vasiliki KOSTA, Nikos SKOUTARIS et Vassilis P. TZEVELEKOS (Editeurs), *The EU Accession to the ECHR*, Hart Publishing, 2005, Chapitre 9.

²⁴ Règlement (CE) N° 168/2007 du Conseil du 15 février 2007 portant création d'une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, JO 22.2.2007, L 53/1, Articles 2, 4 et 5. Pour une analyse critique de ce processus et de ses limites: Alicia HINAREJOS, "A Missed Opportunity: The Fundamental Rights Agency and the Euro Area Crisis", *European Law Journal*, 2016, pp. 61-73.

²⁵ Elise MUIR and Caterina MOLINARI, 'Analyse d'impact ciblée de la proposition de la Commission de refonte de la directive sur le retour – aspects juridiques, sociaux et relatifs aux droits fondamentaux' (Février 2019).

même de l'organe concerné.²⁶ Si des progrès restent à faire, cette observation ne doit pas conduire à nier l'existence de développements positifs facilités par la présence de la Charte.²⁷

La Charte peut aussi être considérée comme le dénominateur commun d'un ensemble d'instruments de gouvernance européenne entendue au sens large. Plusieurs instruments financiers sont par exemple axés sur la promotion des droits fondamentaux. Dans le cadre des préparatifs pour le futur cadre financier pluriannuel, la Commission a proposé plusieurs initiatives, tel que les programmes « Justice » et « Droits et valeurs », pour la promotion de certains droits contenus notamment dans la Charte.²⁸ La Commission a aussi récemment rejeté les candidatures de plusieurs localités polonaises parmi des projets destinés à recevoir le soutien du programme financier « L'Europe pour les citoyens ». Ces localités avaient demandé du soutien dans le cadre du programme sur les jumelages, mais elles étaient aussi à l'origine de résolutions discriminatoires en ce qu'elles affichaient être des 'zones libres de l'idéologie LGBT'.²⁹ La Commissaire en charge de l'égalité de traitement, Helena Dalli, a annoncé via twitter que les droits fondamentaux et valeurs de l'UE doivent être respectés par les Etats membres et autorités publiques. Bien que les instruments applicables en l'espèce ne mentionnent pas explicitement la Charte – cela aurait été étonnant dans un tweet ! –, cette dernière est très présente en arrière-plan.³⁰

²⁶ Voir par exemple: Règlement (UE) 2019/1896 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2019 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant les règlements (UE) n° 1052/2013 et (UE) 2016/1624, JO L 295 du 14.11.2019, p. 1–131, Articles 5(4), 80, 99(d), 109.

²⁷ Pour une illustration de progrès avec référence explicite à la Charte voir par exemple : Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive Services de médias audiovisuels, version codifiée en 2018, p. 303) nouvel Articles 6, 28 ter (1)(b).

²⁸ L'exposé des motifs et les préambules font le lien explicite avec la Charte : Proposition de Règlement du Parlement Européen et du Conseil établissant le programme «Justice» (COM(2018)384 final; procédure en cours 15.1.2021) ; Proposition de Règlement du Parlement Européen et du Conseil établissant le programme «Droits et valeurs» (COM(2018)383 final/2; procédure en cours 15.1.2021)

²⁹ *Agence Europe*, 29 Juillet 2020.

³⁰ Il s'agissait de la mise en œuvre du Règlement (UE) n° 390/2014 du Conseil du 14 avril 2014 établissant le programme «L'Europe pour les citoyens» pour la période 2014-2020 (JO L 115 du 17.4.2014, p. 3–13.). Adopté sur la base de l'article 352 TFEU, les objectifs de ce règlement sont prévus dans son article 2 et inclus notamment de "sensibiliser au travail de mémoire, à l'histoire et aux valeurs communes de l'Union, ainsi qu'au but de l'Union, à savoir, de promouvoir la paix, les valeurs de l'Union et le bien-être de ses peuples » ainsi que d'« encourager la participation démocratique et civique des citoyens au niveau de l'Union [...] en créant des circonstances favorables à l'engagement dans la société et entre les cultures [...] ». L'article 11 prévoit aussi que la Commission « veille à la cohérence et à la complémentarité du programme et des instruments relevant d'autres domaines d'action de l'Union, en particulier [...] les droits et libertés fondamentaux, [...] la lutte contre les discriminations ».

Un contrôle de compatibilité avec la Charte peut aussi être envisagé comme une condition favorisant l’octroi de financement de l’Union dans des domaines qui ne sont pas nécessairement liés à la promotion des droits fondamentaux au sens strict. C’est une logique qui existe déjà à divers degrés dans les politiques internes de l’Union.³¹ La Commission envisage d’étendre cette approche : ‘En introduisant une condition favorisante pour garantir le respect de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne, [la présente proposition de] règlement aura un effet positif sur le respect et la protection de tous les droits fondamentaux dans la gestion de l’ensemble des sept Fonds.’³²

B. Interactions avec les dynamiques propres au système juridique de l’Union

Il n’est pas question ici de faire l’éloge de l’Union en matière de protection des droits fondamentaux. Le combat pour une meilleure protection des droits fondamentaux au sein de l’Union demeure d’une très grande actualité.³³ En outre, les développements ci-dessus, chacun pris séparément, auraient été techniquement possibles en l’absence de la Charte. En effet, au niveau du droit primaire, il existe depuis longtemps en droit de l’Union des principes généraux du droit et des dispositions du traité qui, comme la Charte, peuvent servir de référence pour des contrôles de constitutionnalité et constituent des guides interprétatifs. En outre, l’action des institutions de l’Union pour la promotion des droits fondamentaux reste dépendante de l’existence de bases juridiques spécifiques dans les traités.

Néanmoins, il ne peut pas être soutenu que la Charte n’a eu aucune valeur ajoutée. Ce que les exemples ci-dessus illustrent est que la Charte offre un langage commun à l’action de l’Union en matière de protection des droits fondamentaux, une ‘dimension narrative’ avec une fonction ‘institutive’ pour emprunter le vocabulaire d’Antoine Bailleux dans un contexte distinct.³⁴ La

³¹ Viorica VIȚĂ, ‘Conditionalities in Cohesion Policy’, *Research for the REGI Committee of the European Parliament*, 2018.

³² Proposition de Règlement du Parlement Européen et du Conseil portant dispositions communes relatives au Fonds européen de développement régional, au Fonds social européen plus, au Fonds de cohésion et au Fonds européen pour les affaires maritimes et la pêche, et établissant les règles financières applicables à ces Fonds et au Fonds «Asile et migration», au Fonds pour la sécurité intérieure et à l’instrument relatif à la gestion des frontières et aux visas (COM(2018)375 final; procédure en cours au 15.1.2021), voir section 3. Sur le débat de fond concernant la conditionnalité sur des motifs indirectement liés à l’objectif principal du financement voir Viorica VIȚĂ, ‘Revisiting the Dominant Discourse on Conditionality in the EU: The Case of EU Spending Conditionality’, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2017, 116-143.

³³ Voir notamment dans ce volume spécial les contributions de FRA, ETUC.

³⁴ Dans le contexte plus spécifique des récits ‘judiciaires’ : Antoine BAILLEUX, ‘Enjeux, jalons et esquisse d’une recherche sur les récits judiciaires de l’Europe’ dans Antoine BAILLEUX, Elsa BERNARD, Sophie JACQUOT (Editeurs), *Les récits judiciaires de l’Europe : Concepts et typologie*, Larcier, 2019, p. 3-4.

plus-value de ce narratif à l'échelle de l'Union est de servir de liant, en terme quantitatif, à une multitude d'initiatives visant à une meilleure protection et promotion des droits fondamentaux. Cette plus-value réside aussi, cette fois en terme qualitatif, dans ce que la Charte offre un outil d'analyse commun, ce que les principes généraux du droit, par nature diffus, ou des dispositions éparses du traité, n'étaient en mesure de faire que dans une moindre mesure.

C'est en ce sens que la Charte contribue à la maturité du système juridique de l'Union : elle met à disposition une grammaire commune pour la construction d'un narratif sur la question des droits fondamentaux. Cette grammaire commune n'est pas sans écueil. Précisément parce que la Charte cristallise l'émergence d'un narratif des organes de l'Union sur la question des droits fondamentaux, elle est au centre d'un renouveau d'attention pour de grandes questions classiques en droit de l'Union relatives tant à l'ambition qu'à la technique du processus d'intégration européenne. Comment articuler un discours cohérent sur les questions de l'Union dans une structure constitutionnelle qui n'a pas vocation à protéger et à promouvoir les droits fondamentaux en tant que tels ?

La tension sous-jacente à cette question explique le renouveau d'attention pour de grands thèmes classiques en droit de l'Union. Nous observons ces dernières années une intensification des développements jurisprudentiels et réflexions relatifs à la définition et aux conditions de l'effet direct concernant en particulier des dispositions de la Charte.³⁵ Il en est de même pour les interrogations sur le champ d'application du droit de l'Union afin de déclencher un droit de regard de la Cour de justice de l'Union en matière de protection des droits fondamentaux.³⁶ A ce sujet, se pose notamment la question du lien entre mesure nationale allant au-delà du seuil d'harmonisation minimale et champ d'application du droit de l'Union.³⁷

Un autre aspect concerne le champ d'application du droit de l'Union qui conditionne le déclenchement d'une action en manquement pour violation de la Charte. La Cour a affirmé

³⁵ Arrêt de la Cour du 17 avril 2018, *Egenberger*, C-414/16, ECLI: ECLI:EU:C:2018:257 ; Arrêt de la Cour du 6 novembre 2018, *Max-Planck*, C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874. Comparer par exemple les approches proposées par Sacha PRECHAL (juge rapporteur dans l'affaire Max-Planck), 'Horizontal direct effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU', *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2020, 407-426 et Elise MUIR, 'The Horizontal Effects of Charter Rights given expression to in EU Legislation, from Mangold to Bauer', *Review of European Administrative Law*, 185-215.

³⁶ Pour une synthèse relativement récente de l'état de la jurisprudence de la CJEU sur la question voir : Arrêt de la Cour du 19 novembre 2019, *TSN et AKT*, C-609/17, ECLI:EU:C:2019:981, points 45-55.

³⁷ Voir en particulier : Eleanor Spaventa, 'Should we "harmonize" fundamental rights in the EU? Some reflections about minimum standards and fundamental rights protection in the EU composite constitutional system', *Common Market Law Review*, 2018, 997-1023.

récemment qu'une atteinte à un droit contenu dans la Charte peut faire l'objet d'une action en manquement, tant dans l'hypothèse où cette violation de la Charte entre dans le champ d'application du droit de l'Union par le biais d'une violation concomitante d'une des libertés fondamentales garanties par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général reconnue par le droit de l'Union³⁸ que dans l'hypothèse où les États membres exécutent des obligations découlant d'un accord international tel que l'accord général sur le commerce des services.³⁹ Par ailleurs la Cour étudie de façon distincte la violation de la disposition de droit de l'Union qui amène la situation dans le champ du droit de l'Union et la violation du droit fondamental.⁴⁰

C. La protection juridictionnelle à la croisée des chemins

C'est peut-être l'article 47 de la Charte sur le droit à un recours effectif qui méritera dans les années à venir notre plus grande attention. En effet, les dispositions du Titre de la Charte sur la Justice sont en tête des mentions dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union en 2018, reflétant une tendance observable sur plusieurs années.⁴¹ Par ailleurs, l'article 47 de la Charte est la disposition de la Charte la plus souvent mentionnée dans le cadre de questions préjudicielles.⁴² Outre ces remarques quantitatives, l'article 47 de la Charte se trouve à la croisée des chemins entre le narratif sur la protection des droits fondamentaux au sein de l'Union, et celui relatif à l'intégration européenne par le droit.⁴³

³⁸ Arrêt de la Cour du 18 juin 2020, *Commission contre Hongrie (Transparence associative)*, C-78/18, EU:C:2020:476, point 101.

³⁹ Arrêt de la Cour 6 octobre 2020, *Commission européenne contre Hongrie (Enseignement supérieur)*, C-66/18, ECLI:EU:C:2020:792, points 71 et 213.

⁴⁰ Pour des précisions sur ce point : Conclusions de l'avocat général M. Manuel CAMPOS SANCHEZ-BORDONA, présentées le 14 janvier 2020, *Commission Européenne contre Hongrie (Transparence associative)*, C-78/18, ECLI:EU:C:2020:1 points 74-81 ; Comparer avec Conclusions de l'avocat général M. Henrik SAUGMANDSGAARD ØE, présentées le 29 novembre 2018, *Commission européenne contre Hongrie (Usufruits sur terres agricoles)*, C-235/17, ECLI: ECLI:EU:C:2018:971, points 64-112. Ces nuances sont étudiées par Matteo BONELLI, 'The "NGOs case": on how to use the Charter of Fundamental Rights in infringement actions', *European Law Review*, à paraître.

⁴¹ Commission, « Rapport 2018 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », 2019, p. 15.

⁴² Commission, « Rapport 2018 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », 2019, p.17.

⁴³ Pour une ébauche de réflexions sur la portée de cette rencontre : Mariolina ELIANTONIO et Elise MUIR (Editrices), 'The Principle of Effectiveness: under Strain?', *Review of European Administrative Law*, 2019, Numéro Spécial.

Ce second volet, que l'on retrouve à l'article 19(1), para. 2, TUE est en effet relatif aux voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union à l'échelle nationale. Comme le souligne la Cour :

'L'article 47 de la Charte énonce, à son premier alinéa, que toute personne dont les droits et les libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif, dans les conditions prévues à cet article. À ce droit correspond l'obligation faite aux États membres, à l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE, d'établir les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union.'⁴⁴

La conséquence de cette rencontre entre un droit fondamental d'une part, et la dynamique de l'intégration européenne par le droit d'autre part, est d'ores et déjà très visible dans la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union sur l'état de droit.⁴⁵

Ladite rencontre promet d'être passionnante à observer, au-delà de la question de l'état de droit, à travers les différentes politiques de l'Union dans lesquelles l'accès au juge est primordial en raison de la vulnérabilité des personnes concernées. Non seulement l'accès au juge est une précondition à l'exercice de multiples droits, et la protection offerte par l'article 47 de la Charte a une portée plus large que celle offerte par la CEDH⁴⁶, mais en outre la puissance intégratrice du droit de l'Union peut augmenter la portée de ce droit dans les États membres.

Ceci a été particulièrement bien illustré récemment en matière migratoire. L'affaire *Torubarov* porte sur les effets de la conjonction de l'article 47 de la Charte et du principe de coopération loyale au sens de l'article 4, para. 3, TUE. Il est affirmé le devoir du juge national saisi d'un recours de réformer une décision de refus de protection internationale pour non-conformité à

⁴⁴ Arrêt de la Cour du 6 octobre 2020, *État luxembourgeois contre B et autres*, affaires jointes C-245/19 et C-246/19, ECLI:EU:C:2020:795, point 47. Au point 54, la Cour ajoute 'le droit à un recours effectif est invocable sur la seule base de l'article 47 de la Charte, sans que le contenu de celui-ci doive être précisé par d'autres dispositions du droit de l'Union ou par des dispositions du droit interne des États membres' ; et ce pour autant néanmoins qu'on soit bien dans le champ d'application du droit de l'Union en vertu d'un autre instrument de ce droit (point 46).

⁴⁵ Pour un aperçu d'ensemble voir: Aida TORRES PÉREZ, 'From Portugal to Poland: The Court of Justice of the European Union as watchdog of judicial independence', *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 27 (2020), 105–119. Pour une synthèse récente, et critique, de la jurisprudence actuelle sur la question voir : Conclusions de L'avocat general Michal BOBEK présentées le 23 septembre 2020, *AX contre Statul Român – Ministerul Finanțelor Publice*, C-397/19, ECLI:EU:C:2020:747.

⁴⁶ 'Explication ad article 47 - Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial', *Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux*, OJ C 303, 14.12.2007, p. 17–35.

son jugement précédent, de substituer à celle-ci sa propre décision sur la demande de protection internationale de l'intéressé.⁴⁷ L'affaire *Országos* complète cet exemple avec une alliance entre le principe de primauté du droit de l'Union et l'article 47 de la Charte pour exiger notamment de la juridiction de renvoi, si elle estime que les requérants au principal font l'objet d'une rétention, de se déclarer compétente pour examiner la régularité d'une telle rétention.⁴⁸

II. La contribution de la Charte à la transformation du système européen de protection des droits fondamentaux

La Charte sous-tend ainsi le renforcement d'un narratif des organes de l'Union sur la question des droits fondamentaux. Outre les dynamiques et questionnements que ceci génère pour l'ordre juridique de l'Union en tant que tel, qui ont fait l'objet de la section précédente, la plus-value de la Charte réside aussi en ce qu'elle révèle la richesse et l'importance croissante de la contribution de l'Union au système de protection des droits fondamentaux en Europe. La prise d'importance de l'Union dans le domaine résulte non seulement de la présence de la Charte mais aussi de la multiplication des instruments de l'Union ayant pour vocation à protéger les droits fondamentaux (A). C'est peut-être de l'interaction de ces instruments avec la Charte que résultent les plus grands changements pour la protection des droits fondamentaux tant au sein de l'ordre juridique de l'Union (B) qu'au-delà (C).

A. Un instrument de protection des droits fondamentaux parmi d'autres

A l'occasion de la célébration des 20 ans de la proclamation de la Charte, ou des 10 ans de son effet contraignant au même titre que les traités sur l'Union européenne, il existe un risque de développer une approche par laquelle toute discussion relative à la protection des droits fondamentaux se ferait exclusivement sous l'angle de la Charte. Si la Charte apporte une grammaire commune au narratif sur les droits fondamentaux à l'échelle de l'Union, elle n'en demeure toutefois pas moins qu'un instrument parmi d'autres, au sein même de l'ordre juridique de l'Union, mais aussi au-delà.

⁴⁷ Voir par exemple : Arrêt de la Cour du 29 juillet 2019, *Torubarov*, C-556/17, ECLI: EU:C:2019:626, point 74 ; le lien est aussi fait avec la primauté du droit de l'Union dans un arrêt subséquent : Arrêt de la Cour du 14 mai 2020, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, C-924/19 PPU et C-925/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:367, point 146.

⁴⁸ Arrêt de la Cour du 14 mai 2020, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, C-924/19 PPU et C-925/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:367, point 291.

Au sein de l'ordre juridique de l'Union, il n'est peut-être pas nécessaire de revenir ici en détail sur l'importance historique et constitutionnelle des principes généraux du droit de l'Union.⁴⁹ Il doit toutefois être souligné que ces principes demeurent d'une grande actualité. En terme quantitatif, pour certains droits fondamentaux, la Cour continue de raisonner dans une ample mesure sur la base du principe général davantage qu'en référence à la Charte. Tel est le cas par exemple en ce qui concerne le principe d'égalité de traitement.⁵⁰ En terme fonctionnel, les principes généraux continuent de permettre à articuler les exigences des principes suprêmes des ordres constitutionnels des Etats membres avec les exigences du droit de l'Union. Dans l'affaire *Taricco II*, par exemple, la Cour de justice de l'Union a accepté une invitation par la Cour constitutionnelle italienne à clarifier la portée du principe de légalité des délits et des peines qu'elle avait précédemment invoqué dans son arrêt dans l'affaire *Taricco I*, en raison des tensions qui résultaient de ce dernier avec l'ordre constitutionnel italien.⁵¹ La Cour de justice de l'Union a ainsi articulé sa réponse en référence à une pluralité d'instruments, dont les traditions constitutionnelles communes aux États membres incluant l'approche italienne à l'origine du litige.⁵²

Les dispositions du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne offrent aussi parfois une protection non négligeable de droits désormais conçus comme des droits fondamentaux. C'est certainement le cas de l'article 157, para. 1 du TFUE sur l'interdiction de discriminer entre hommes et femmes en matière salariale.⁵³ On peut aussi se demander si, dans de nombreux cas, les dispositions du traité sur les libertés de circulation ne peuvent pas être entendues comme

⁴⁹ Arrêt de la Cour du 12 novembre 1969, *Stauder*, Affaire 29/69, ECLI:EU:C:1969:57, point 7; Arrêt de la Cour du 12 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, Affaire 11/70, ECLI:EU:C:1970:114, point 4; Arrêt de la Cour du 14 mai 1974, *Nold*, Affaire 4/73, ECLI:EU:C:1974:51, point 13. Pour une analyse d'ensemble : Takis TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law* (OUP, 2nd Edition, 2006).

⁵⁰ Eg. Elise MUIR, 'The Essence of the Fundamental Right to Equal Treatment: Back to the Origins', *German Law Journal*, 2019, 817-839, p. 829 et suivantes.

⁵¹ Arrêt de la Cour du 5 décembre 2017, *M.A.S., M.B.* (« *Taricco II* »), C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936, point 20(3), points 51, 53 et 59 en particulier.

⁵² Points 20(3), 51 et 53. Sur la centralité des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres dans l'échange entre les deux cours voir : Nicoletta Perlo, Dualisme adieu ? La nouvelle configuration des rapports entre les ordres italien et de l'Union en matière de droits fondamentaux, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2020 p.195. Voir les questions préjudicielles posées par la Cour Constitutionnelle italienne dans l'affaire pendante *DB contre Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*, C-481/19.

⁵³ Arrêt de la Cour du 8 avril 1978, *Defrenne*, Affaire 43/75, EU:C:1976:56, point 39. Cet article, ainsi que la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, ont par exemple récemment fait l'objet d'une constatation en manquement dans un recours contre la Pologne : Arrêt de la Cour du 5 novembre 2019, *Commission contre République de Pologne*, C-92/18, ECLI:EU:C:2019:924, point 84.

l'expression du droit fondamental à la liberté d'entreprendre. Le lien entre la liberté d'établissement, protégée par l'article 49 TFUE, et la liberté d'entreprendre, protégée par l'article 16 de la Charte, était notamment fortement mis en exergue dans l'affaire *AGET Iraklis*.⁵⁴

Outre les instruments de gouvernance entendue au sens large déjà mentionnés⁵⁵, il existe plusieurs instruments législatifs de l'Union qui mettent en œuvre des droits fondamentaux. Tel est le cas des directives en matière de non-discrimination, de celles concernant l'octroi de protection internationale et du statut de réfugié⁵⁶, ou de garanties procédurales en matière pénale.⁵⁷ De tels actes nourrissent une conception commune du contenu du droit, de son impact dans les relations entre particuliers et autorités publiques ainsi que, le cas échéant et notamment en matière de non-discrimination, entre particuliers.⁵⁸ En outre, ces actes peuvent établir des mécanismes procéduraux pour une protection accrue du droit en question, tels qu'un aménagement de la charge de la preuve ou encore l'exigence d'identification d'organismes spécialisés dans la protection dudit droit.⁵⁹

⁵⁴ Arrêt de la Cour du 21 décembre 2016, *AGET Iraklis*, C-201/15, ECLI:EU:C:2016:972, notamment les points 65-66 et 90.

⁵⁵ Ci-dessus, paragraphe I.A.

⁵⁶ Voir Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (refonte), *JO*, L 180 du 29 juin 2013, pp. 96-116 ; Directive 2013/32/UE du parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte), *JO*, L 180 du 29 juin 2013, pp. 60-95 et Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection (refonte), *JO*, L 337 du 20 décembre 2011, pp. 9-26.

⁵⁷ Voir notamment : Directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales *JO* L 142 du 1.6.2012, p. 1–10 ; Directive 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires *JO* L 294 du 6.11.2013, p. 1–12 .

⁵⁸ Voir, à titre d'exemple : Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *OJ* L 180, 19.7.2000, p. 22–26, Article 3(1).

⁵⁹ Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), *JO* L 204 du 26.7.2006, p. 23–36, Articles 19 et 20. Il est à noter qu'en matière d'égalité entre hommes et femmes en matière salariale, l'aménagement de la charge de la preuve est hérité de développements jurisprudentiels antérieurs : Arrêt de la Cour du 27 octobre 1993, *Enderby*, C-127/92, ECLI:EU:C:1993:859, point 14.

Plusieurs instruments de droit international revêtent aussi une importance particulière en droit de l'Union. C'est indéniablement le cas, bien que l'Union ne soit pas (encore) partie, de la Convention européenne des droits de l'homme⁶⁰ sur lequel portent de nombreux arrêts et travaux universitaires.⁶¹ C'est aussi le cas d'autres instruments. La Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées, à laquelle l'Union est partie par décision du Conseil en 2009⁶², fait aussi l'objet d'une attention toute particulière de la part de la Cour de justice de l'Union – qui s'appuie davantage sur la Convention que sur la Charte pour la protection des personnes handicapées – comme démontré par Delia Ferri.⁶³ On peut enfin s'attendre à ce que d'autres instruments, tels que la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique,⁶⁴ aient aussi une influence accrue en droit de l'Union dans les années à venir.⁶⁵

B. Interactions pour la protection des droits fondamentaux au sein de l'Union

Ce bref rappel sur la multiplicité des sources pour la protection des droits fondamentaux parmi lesquels s'inscrit la Charte n'enlève pas à cette dernière son importance : elle crée du liant entre les multiples instruments pour la gouvernance des droits fondamentaux à l'échelle de l'Union. Outre cette fonction importante pour le système juridique de l'Union, la plus-value de la Charte réside aussi en ce qu'elle entre en interaction avec d'autres instruments pour la

⁶⁰ Article 6(2) TUE ; Avis de la Cour du 18 décembre 2014, Avis 2/13 (« Adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »), ECLI:EU:C:2014:2454.

⁶¹ Voir notamment l'Article 52(3) de la Charte ; ainsi que l'arrêt de la Cour du 15 mai 1986, *Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary Kanstantzin*, C-222/84, ECLI:EU:C:1986:206, point 18; arrêt du 18 juin 1991, *ERT v DEP and Sotirios Kouvelas*, C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254, points 41-45; Denys SIMON, « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : 'Je t'aime, moi non plus' », *Pouvoirs* 96/1, 2001, 31-49 ; Kanstantzin DZEHTSIAROU, Theodore KONSTADINIDES, Tobias LOCK, Noreen O'MEARA, *Human Rights Law in Europe. The Influence, Overlaps and Contradictions of the EU and the ECHR*, Routledge, Abingdon, 2016.

⁶² Décision du Conseil du 26 novembre 2009 concernant la conclusion, par la Communauté européenne, de la convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées JO 27.1.2010 L 23/35.

⁶³ Delia FERRI, 'The Unorthodox Relationship between the Charter of Fundamental Rights, the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Secondary Rights in the Court of Justice Case Law on Disability Discrimination', *European Constitutional Law Review*, Published online by Cambridge University Press: 28 September 2020.

⁶⁴ Proposition de Décision du Conseil portant signature, au nom de l'Union européenne, de la convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (COM(2016)111) ; voir aussi la demande d'avis présentée par le Parlement européen au titre de l'article 218, paragraphe 11, TFUE, *Avis 1/19* (procédure en cours 21.10.2020).

⁶⁵ Sacha PRECHAL, 'The European Union's Accession to the Istanbul Convention', dans Koen LENAERTS, Jean-Claude BONICHOT, Heikki KANNINEN, Caroline NAÔMÉ, Pekka POHJANKOSKI (Eds), *An Ever-Changing Union? Perspectives on the Future of EU Law in Honour of Allan Rosas*, 289-291.

protection des droits fondamentaux.⁶⁶ En ce sens, la Charte cristallise une transformation du système européen pour la protection des droits fondamentaux, mettant en exergue le rôle plus actif et influent des acteurs du droit de l'Union. Le rôle de ces derniers n'est plus limité à l'obligation de respecter les droits fondamentaux, il s'étend désormais à la possibilité de forger, diffuser et protéger la mise en œuvre de certains droits fondamentaux.

L'alliance de la Charte et des instruments de droits dérivés de l'Union lui donnant expression étend considérablement le champ d'application du droit de l'Union, et de ses instruments d'action, pour la protection des droits fondamentaux. La Cour a par exemple noté que les directives 2012/13 (relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales) et 2013/48 (relative au droit d'accès à un avocat)⁶⁷ ont toutes deux pour objet commun de définir les règles minimales concernant certains droits des suspects et des personnes poursuivies dans le cadre de procédures pénales et que :

‘celles-ci s'appuient à cette fin sur les droits énoncés notamment aux articles 6, 47 et 48 de la Charte et tendent à promouvoir ces droits à l'égard des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre de procédures pénales’⁶⁸.

L'interaction entre la Charte, un acte législatif de l'Union et un accord international auquel l'Union est partie, eux-mêmes dévoués à la protection des droits fondamentaux, peut aussi avoir pour conséquence l'extension du champ d'application du droit de l'Union pour la protection des droits fondamentaux. C'est ce qui s'est produit dans l'affaire *Milkova*.⁶⁹ La directive 2000/78 porte création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Son article 7, para. 2, a pour but d'autoriser des mesures spécifiques au niveau national qui visent effectivement à éliminer ou à réduire les inégalités de fait affectant les personnes handicapées, pouvant exister dans leur vie sociale et, en particulier, dans leur vie professionnelle, ainsi qu'à parvenir à une égalité substantielle, et non formelle, en réduisant ces inégalités. Cette interprétation est corroborée par la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées. Selon la Cour de justice de l'Union, il en découle qu'une

⁶⁶ D'autres contributions à cette collection d'articles remarquent notamment que la Charte est le plus souvent invoquée en conjonction avec d'autres dispositions du droit de l'Union, et notamment de droit dérivé. Voir contributions à cette collection d'essais par Patrick CHARLIER et Frédéric KRENC.

⁶⁷ Voir ci-dessus note 63.

⁶⁸ Arrêt de la Cour du 19 septembre 2019, *Procédure pénale contre EP*, C-467/18, ECLI:EU:C:2019:765, points 36-37.

⁶⁹ Arrêt de la Cour du 9 mars 2017, *Milkova*, C-406/15, ECLI:EU:C:2017:198.

réglementation d'un État membre qui confère aux salariés atteints de certains handicaps une protection spéciale *ex ante* en cas de licenciement poursuit un objectif couvert par le droit de l'Union et tombe dans son champ d'application.⁷⁰ La Cour a ainsi pu conclure que la juridiction nationale se doit de vérifier qu'une telle réglementation nationale, en ce qu'elle ne confère pas la même protection aux fonctionnaires atteints des mêmes handicaps, est compatible avec le principe d'égalité de traitement consacré aux articles 20 et 21 de la Charte.

L'interaction entre la Charte et des actes législatifs de l'Union consacrés à la protection des droits fondamentaux peut aussi conduire à une plus grande protection des droits fondamentaux dans les relations entre particuliers. Dans une série d'affaires portant sur la non-discrimination sur critère de religion ou de conviction, et le droit fondamental à des congés annuels rémunérés, la protection d'un droit acquis en vertu d'un acte législatif de l'Union s'est vu reconnaître un effet horizontal direct par le biais de la disposition de la Charte protégeant le même droit. Il s'agissait en l'occurrence de la directive 2000/78 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail⁷¹ et la directive 2003/88 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail⁷², pour ce qui est des actes législatifs, et des articles 21 sur la non-discrimination et 31(2) sur les congés annuels rémunérés, pour ce qui est des dispositions de la Charte correspondantes. La relation précise entre le contenu de l'instrument législatif et la disposition de la Charte demeure peu claire dans la jurisprudence de la Cour.⁷³ Il n'en demeure pas moins qu'à ce jour, les exemples d'effet direct horizontal d'une disposition de la Charte sont caractérisés par la co-existence d'une disposition législative protégeant le même droit fondamental, et ayant 'attiré' la situation dans le champ d'application du droit de l'Union.

⁷⁰ Points 47-50. La Cour parvient à cette conclusion alors même que la réglementation nationale en cause au principal instaure une différence de traitement sur la base d'un critère – le statut contractuel – qui n'est pas indissociablement lié au handicap au sens des dispositions combinées de l'article 1er et de l'article 2, paragraphe 2, sous a), de la directive 2000/78 (point 42).

⁷¹ Arrêt de la Cour du 17 avril 2018, *Egenberger*, C-414/16, ECLI: ECLI:EU:C:2018:257.

⁷² Arrêt de la Cour du 6 novembre 2018, *Max-Planck*, C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874.

⁷³ Une jurisprudence similaire était née de l'interaction du principe général d'égalité de traitement et de la directive 2000/78, voir notamment : Arrêt de la Cour du 19 janvier 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21. Cette jurisprudence a été étendue à la Charte sur la base de l'affaire *Egenberger* précitée. En matière de temps de travail, la Cour n'avait jamais reconnue l'existence d'un principe général du droit à des congés annuels rémunérés avant la référence directe à l'article 31(2) de la Charte pour en affirmer sa portée horizontale dans l'affaire *Max-Planck* précitée. Voir les références multiples à la notion de 'principe du droit social communautaire revêtant une importance particulière' associée à ce droit au congé annuel payé de chaque travailleur, notamment dans : Arrêt de la Cour du 26 juin 2001, *BECTU*, C-173/99, ECLI:EU:C:2001:356, point 43.

C. Interaction pour la protection des droits fondamentaux au-delà de l'Union

Dans les exemples précités, des instruments de droit de l'Union conçus pour la protection des droits fondamentaux entrent en interaction avec la Charte pour augmenter la protection de ces droits dans l'ordre juridique de l'Union. On peut aussi entrevoir des interactions avec d'autres instruments de nature à pouvoir étendre ces observations au-delà du champ du droit de l'Union, tant au sein des Etats membres qu'au niveau du Conseil de l'Europe.

Au niveau national, il existe déjà plusieurs exemples dans lesquels des juridictions nationales du plus haut niveau s'emparent de la Charte comme instrument de contrôle de fondamentalité dans des contextes variés.⁷⁴ En particulier, le premier 'sénat' de la Cour constitutionnelle fédérale allemande a récemment indiqué son intention d'articuler son approche du contrôle de fondamentalité autour de la latitude laissée par le droit de l'Union à l'Etat membre pour sa mise en œuvre.⁷⁵ Les droits fondamentaux tels que protégés par le droit constitutionnel allemand resteront le point de référence dès lors que le droit de l'Union laisse une certaine latitude aux Etats membres.⁷⁶ Il existe toutefois des exceptions notamment lorsque l'acte législatif de l'Union établit un standard de protection du droit fondamental limitant la marge de manœuvre des Etats membres.⁷⁷ Comme le souligne la Cour constitutionnelle allemande: 'In this regard, the relation between ordinary legislation and fundamental rights is less static under EU law than is the case under the German Constitution'.⁷⁸ Dans l'alternative, lorsque le droit de l'Union opère une harmonisation complète d'un droit fondamental, la Cour constitutionnelle allemande s'engage à contrôler la conformité des actes de mise en œuvre nationaux à la lumière de la Charte.⁷⁹

⁷⁴ Pour un bref aperçu voir FRA, « Rapport sur les droits fondamentaux », 2020, pp. 10-12 ; et plus en profondeur voir Michal BOBEK, Jeremias ADAMS-PRASSL (Editeurs), *The EU Charter of Fundamental Rights in the Member States* (Hart, à paraître).

⁷⁵ Cour Constitutionnelle Fédérale Allemande, Ordonnance du 6 novembre 2019 - 1 BvR 16/13 - *Right to be forgotten I*, point 49. Pour une analyse plus complète voir notamment: Special Issue of the *German Law Journal*, *Right to be forgotten BVerfG judgment*, 2020, 21/1; Lucia Serena Rossi, 'A 'new course' of the Bundesverfassungsgericht in the context of constitutional complaints: the balancing of conflicting rights and the application of Union law', EU Law Analysis Blog, 16.4.2020.

⁷⁶ Cour Constitutionnelle Fédérale Allemande, Ordonnance du 6 novembre 2019 - 1 BvR 16/13 - *Right to be forgotten I*, points 50 et 55.

⁷⁷ Cour Constitutionnelle Fédérale Allemande, Ordonnance du 6 novembre 2019 - 1 BvR 16/13 - *Right to be forgotten I*, point 68.

⁷⁸ Cour Constitutionnelle Fédérale Allemande, Ordonnance du 6 novembre 2019 - 1 BvR 16/13 - *Right to be forgotten I*, point 53.

⁷⁹ Cour Constitutionnelle Fédérale Allemande, Ordonnance du 6 novembre 2019 - 1 BvR 276/17 - *Right to be Forgotten II*, point 53.

Un second exemple récent illustrant la perméabilité du droit constitutionnel national aux standards établis en droit de l'Union peut être tiré du cas de l'ordre juridique italien. Dans un arrêt de 2019, la Cour Constitutionnelle italienne⁸⁰ a jugé utile d'exprimer sa propre évaluation, à la lumière des dispositions constitutionnelles, de dispositions faisant l'objet d'une réglementation du droit de l'Union tout en ayant un impact sur les droits fondamentaux protégés dans l'ordre constitutionnel italien. L'analyse portant sur la mise en équilibre des droits et obligations en cause doit être réalisée notamment à la lumière des principes du droit de l'Union.⁸¹ Ceci, dans l'esprit de la Cour Constitutionnelle, contribue à l'harmonie entre le droit de l'Union, et notamment les droits fondamentaux protégés par la Charte, et les traditions constitutionnelles communes aux Etats membres.⁸²

L'introduction de la Charte comme point de référence pour le juge constitutionnel dans certains domaines du droit de l'Union n'est pas sans conséquence. Elle permet aux juridictions des Etats membres de s'exprimer sur la Charte, en utilisant notamment le recours préjudiciel, et inversement à la Charte d'être utilisée au-delà du champ de l'Union.⁸³ Sur ce dernier point, soulignons que les plus hautes instances juridictionnelles des Etats membres sont soucieuses d'assurer l'égalité en matière de protection des droits fondamentaux, et peuvent chercher à étendre la portée d'une solution trouvée sur la base de la Charte à des situations purement internes pour assurer l'égalité de traitement.⁸⁴ Les plus hautes instances juridictionnelles des Etats membres peuvent aussi être sensibles à l'invocation d'autres droits fondamentaux en droit national pour éviter des incohérences avec des solutions trouvées sur la base de la Charte.⁸⁵

Par ailleurs, le champ d'application du droit de l'Union n'est pas systématiquement utilisé pour limiter l'utilisation de la Charte par les autorités nationales. Ceci peut dépendre notamment de

⁸⁰ Cour Constitutionnelle Italienne, Arrêt 20/2019, version officielle en anglais https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S_20_2019_EN.pdf. Pour une analyse plus détaillée voir Nicoletta Perlo, *Dualisme adieu ? La nouvelle configuration des rapports entre les ordres italien et de l'Union en matière de droits fondamentaux*, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2020 p.195.

⁸¹ Point 3.1. version officielle en anglais.

⁸² Point 2.3. version officielle en anglais.

⁸³ Dans le même sens: Daniel THYM, 'Friendly Takeover, or: the Power of the 'First Word'. The German Constitutional Court Embraces the Charter of Fundamental Rights as a Standard of Domestic Judicial Review', *European Constitutional Law Review*, Published online by Cambridge University Press, 9 July 2020, p. 18 et 22.

⁸⁴ Voir notamment Sarah LAMBRECHT, "Belgium: The EU Charter in a Tradition of Openness" dans Michal BOBEK, Jeremias ADAMS-PRASSL (Editeurs), *The EU Charter of Fundamental Rights in the Member States* (Hart, à paraître), p. 91.

⁸⁵ Voir, par analogie: Dominik HANF, 'Reverse Discrimination' in EU Law: Constitutional Aberration, Constitutional Necessity, or Judicial Choice?', *Maastricht Journal for European and Comparative Law*, 2011, Volume: 18 issue: 1-2, pp. 29-61, 51-55. Voir aussi Daniel THYM, article mentionné ci-dessus, p. 22.

la fonction de l'organe national compétent. La section législative du Conseil d'Etat belge par exemple, qui émet des avis en amont de l'adoption d'un acte législatif, fait parfois usage de la Charte hors du champ d'application du droit de l'Union.⁸⁶ Rappelons qu'il n'est pas rare, il peut même sembler naturel que les cours constitutionnelles des Etats membres utilisent des sources externes pour nourrir leur lecture des droits fondamentaux.⁸⁷ L'Agence des droits fondamentaux de l'Union observe que, dans la plupart des cas où les juridictions nationales mentionnent la Charte, la question de savoir si celle-ci s'applique et pour quelles raisons n'est même pas soulevée.⁸⁸

On peut aussi observer que la Charte, et les instruments de droit de l'Union qui s'y réfèrent, peuvent être de nature à influencer la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CrEDH) portant interprétation de la Convention du même nom.⁸⁹ Il semble en effet peu probable que la CrEDH puisse être indifférente à l'existence d'un texte – tel que la Charte – issu d'une convention, d'un processus de ratification à large échelle et interprété sur base régulière en conjonction avec des actes législatifs de l'Union donnant expression aux droits fondamentaux concernés. Beaucoup d'attention a été portée ces dernières années sur la compatibilité du droit de l'Union avec celui de la CEDH dans des contextes de friction, comme en matière de confiance mutuelle.⁹⁰ Il n'en demeure pas moins que l'on puisse aussi identifier des éléments indiquant une tendance à la fertilisation dans la direction inverse – soit des références constructives à la Charte par les membres de la CrEDH.⁹¹

L'opinion partiellement dissidente du juge Bianku, à laquelle se rallie le juge Vučinić, dans l'affaire récente *Ilias et Ahmed contre Hongrie* illustre ce point.⁹² Le désaccord portait sur l'applicabilité de l'article 5 de la CEDH, relatif au droit à la liberté et à la sûreté, dans le cas de

⁸⁶ Sarah LAMBRECHT, "Belgium: The EU Charter in a Tradition of Openness" dans Michal BOBEK, Jeremias ADAMS-PRASSL (Editeurs), *The EU Charter of Fundamental Rights in the Member States* (Hart, à paraître), p. 94.

⁸⁷ Maartje DE VISSER, 'National Constitutional Courts, the Court of Justice and the Protection of Fundamental Rights in a Post-Charter Landscape', *Human Rights Review*, 2014, 39-51, 43-44.

⁸⁸ FRA, « Rapport 2018 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », 2019, p. 17.

⁸⁹ Voir aussi la contribution de Paul LEMMENS.

⁹⁰ Voir notamment: Mattias WENDEL, 'Mutual Trust, Essence and Federalism – Between Consolidating and Fragmenting the Area of Freedom, Security and Justice after LM', *European Constitutional Law Review*, 2019, 15(1), 17-47.

⁹¹ Pour un aperçu plus complet et analytique voir: Síofra O'LEARY, 'The EU Charter ten years on: a view from Strasbourg' dans Michal BOBEK, Jeremias ADAMS-PRASSL (Editeurs), *The EU Charter of Fundamental Rights in the Member States* (Hart, à paraître).

⁹² Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (Grande Chambre) du 21 novembre 2019, *Ilias et Ahmed contre Hongrie*, Requête 47287/15, ECLI:CE:ECHR:2019:1121JUD004728715.

deux requérants ayant passé 23 jours dans la zone de transit de Rözske, à la frontière entre la Hongrie et la Serbie. La majorité ayant conclu à l'inapplicabilité dudit article, les observations dissidentes sont formulées, sur le point en lien au droit de l'Union, comme suit :

'L'approche de la majorité dans cette affaire me semble contraire à l'article 28 (Placement en rétention) du règlement (UE) no 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, et à l'article 8 (Placement en rétention) de la directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (refonte). Ces deux textes, applicables en Hongrie, prévoient que les États membres ne peuvent placer une personne en rétention au seul motif qu'elle est un demandeur d'asile. La Cour de justice de l'Union européenne (« la CJUE ») a interprété les dispositions en question dans l'arrêt qu'elle a rendu le 15 mars 2017 dans l'affaire Al Chodor et autres (C-528/15). Elle s'est exprimée ainsi :

« (...) la rétention des demandeurs, constituant une ingérence grave dans le droit à la liberté de ces derniers, est soumise au respect de garanties strictes, à savoir la présence d'une base légale, la clarté, la prévisibilité, l'accessibilité et la protection contre l'arbitraire. »

La CJUE est parvenue à cette conclusion en tenant compte de l'article 6 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Il me semble difficile, voire incompréhensible, d'arriver à une conclusion différente sur la base de l'article 5 de la Convention. *Depuis décembre 2015, la Commission européenne a ouvert devant la CJUE une procédure d'infraction contre la Hongrie au sujet de sa législation en matière d'asile, et elle a décidé à plusieurs reprises de poursuivre cette procédure, en l'étendant également à la question de la rétention des demandeurs d'asile dans les zones de transit.'* (emphase ajoutée)⁹³

L'importance des standards de protection établis en droit de l'Union dans l'analyse de la CrEDH dans cette affaire est ainsi particulièrement visible. Ce type de litige émerge dans des domaines dans lesquels le droit de l'Union est pertinent, comme en matière migratoire. Néanmoins, l'interprétation de la Convention même peut ensuite être utilisée bien au-delà du champ du droit de l'Union. La question spécifique du traitement des demandes et des demandeurs d'asile aux frontières extérieures de l'Union est particulièrement intéressante. L'avocat général Priit Pikamäe a récemment exprimé son opinion en faveur d'une lecture du droit de l'Union plus protecteur sur la définition de la notion de 'rétention' que la solution retenue par la CrEDH dans l'affaire *Ilias et Ahmed contre Hongrie*, à l'appui d'un arrêt encourageant – bien que moins explicite – rendu par la CJEU dans l'affaire *Országos* quelques

⁹³ Voir ci-dessus notes 18 et 40.

semaines plus tôt.⁹⁴ La Cour de justice de l'Union a donné raison à l'avocat général, en s'appuyant exclusivement sur les actes législatifs de droit de l'Union applicables en l'affaire.⁹⁵

Conclusion

Il ne s'agit pas ici, de retomber dans une forme centrisme, qui placerait la Charte au cœur de tous les développements en matière de droits fondamentaux. Le propos est plus nuancé. La Charte interagit indéniablement avec une multitude d'autres sources pour la protection des droits fondamentaux à l'échelle européenne. Au sein de l'ordre juridique de l'Union, son rôle de liant dans le narratif de nombreux acteurs institutionnels sur les droits fondamentaux est associé avec les dynamiques propres au système juridique de l'Union. Ceci explique à la fois que la Charte soit l'objet de débats intenses sur les limites actuelles de l'ordre juridique de l'Union, et que son utilisation en conjonction avec d'autres instruments pour la protection des droits fondamentaux cristallise l'influence croissante de l'Union dans le domaine. C'est bien à la croisée des systèmes juridiques de l'Union, et de la protection des droits fondamentaux à l'échelle européenne, que se révèle donc la valeur ajoutée de la Charte.

⁹⁴ Conclusions de l'avocat général Priit PIKAMÄE présentées le 25 juin 2020, Affaire C-808/18, *Commission européenne contre Hongrie (Accueil des demandeurs de protection internationale)*, points 130-131, voir aussi Arrêt du 14 mai 2020, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, C-924/19 PPU et C-925/19 PPU, EU:C:2020:367, points 216-222.

⁹⁵ Arrêt du 14 décembre 2020, *Commission contre Hongrie (Accueil des demandeurs de protection internationale)*C-808/18, EU:C:2020:1029, points 157 à 209, voir en particulier le point 162.