

**Du constitutionnalisme supranational au cosmopolitisme républicain ?
Citoyenneté, droits fondamentaux et libre circulation
dans la jurisprudence de la Cour de justice**

Antoine Bailleux
Professeur à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Avocat au barreau de Bruxelles

Introduction

La présente contribution fait l'hypothèse que la jurisprudence récente de la Cour de justice en matière de libre circulation, de citoyenneté et de droits fondamentaux traduit une évolution, discrète mais néanmoins tangible, de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

Longtemps, cette jurisprudence a révélé une Cour ambitieuse, voire activiste, soucieuse de conférer des droits aux citoyens européens par-delà les épaules des Etats membres. L'heure était à ce que l'on pourrait appeler le « constitutionnalisme supranational ». Constitutionnalisme, parce que ce projet s'ancrait dans des interprétations juridictionnelles du droit primaire – que la Cour n'hésita pas à qualifier de « charte constitutionnelle » – qui ne laissaient que peu de place à un législateur alors très discret. Supranational, dès lors que les droits ainsi conférés n'avaient pas reçu l'aval exprès des Etats membres, premiers débiteurs et premiers surpris de ces prérogatives que d'audacieuses interprétations avaient fait sortir des traités comme un lapin d'un chapeau.

Le constat que l'on vient de dresser est suffisamment banal pour qu'il se passe d'une longue démonstration. Nul n'ignore que la Cour de justice a étendu au maximum la portée des libertés économiques de circulation, jouant ainsi à fond la carte de ce que l'on a pu appeler l'« harmonisation négative ». De même, chacun sait que c'est la Cour qui, face au silence des traités, a recouru à la catégorie des principes généraux du droit pour forger un catalogue de droits fondamentaux dont elle ne tarda pas à imposer le respect aux Etats membres lorsqu'ils agissaient dans le champ d'application du droit de l'Union. Enfin, la jurisprudence est bien connue qui, de *Martinez Sala*¹ à *Baumbast*² en passant par *Grzelczyk*³, a donné un effet direct et une réelle plus-value au principe de libre circulation des citoyens introduit à Maastricht, s'affranchissant sans vergogne du libellé même de cette disposition.

Prenant appui sur cette toile de fond, le propos de ces quelques pages consiste plutôt à sonder la jurisprudence récente pour y déceler, croit-on, un changement d'attitude dans le chef des juges de l'Union. A la « Cour impériale », qui forgeait l'identité européenne à coups d'arrêts retentissants fondés sur l'esprit des traités, s'est substituée une juridiction plus prudente, davantage attentive aux préoccupations des Etats membres et, surtout, respectueuse de la volonté du législateur européen. Sur le plan de la théorie politique et de la place des Etats membres dans l'Union, cette évolution jurisprudentielle peut s'analyser comme un passage du modèle du constitutionnalisme supranational décrit plus haut à celui du cosmopolitisme républicain théorisé par Jean-Marc Ferry.

¹ C-85/96 *Martinez Sala*, 12 mai 1998, EU:C:1998:217.

² C-413/99 *Baumbast et R*, 17 septembre 2002, EU:C:2002:493.

³ C-184/99 *Grzelczyk*, 20 septembre 2001, EU:C:2001:458.

Avant de présenter ce dernier concept, il convient de préciser d'emblée que cette transition est par hypothèse graduelle – elle connaît donc des exceptions – et qu'elle repose sur une analyse forcément partielle et subjective de la jurisprudence de la Cour. Aussi est-ce un tableau tout en nuances que nous nous attacherons à brosser, nuances qui ne noieront toutefois pas le mouvement général de la scène – du constitutionnalisme supranational au cosmopolitisme républicain.

Pour saisir le sens de cette dernière expression, c'est d'abord Kant qu'il faut consulter. Dans son *Projet de paix perpétuelle*, le philosophe allemand introduit le concept de « droit cosmopolitique » à l'occasion de ses réflexions sur ce qui devrait devenir, dans une perspective sans doute très lointaine, mais cependant tenue par lui pour certaine, une « république universelle » (*Weltrepublik*)⁴. A ses yeux, « le « but » moral de l'histoire du monde est l'avènement d'un ordre cosmopolitique »⁵ requérant la structure d'une fédération des peuples (*Völkerbund*) pensée sur l'horizon de cette république universelle. Celle-ci n'est pas à confondre avec un Etat mondial (*Weltstaat*) dans la mesure où elle entend faire droit à la pluralité des identités nationales et des souverainetés étatiques. Il ne s'agit pas de « créer un Souverain au-dessus des sujets »⁶. Mais il ne s'agit pas non plus d'un simple traité de paix visant à mettre fin à une guerre déterminée. L'ambition est de « terminer pour toujours toutes les guerres »⁷. Kant songe à cette fin à « une fédération d'un type spécifique »⁸, une fédération mondiale résultant d'« une association libre et permanente entre Etats »⁹ et sur laquelle le droit des gens serait refondé. Le droit cosmopolitique de cette fédération « doit se borner aux conditions d'une hospitalité universelle »¹⁰.

Selon Kant, toujours, cette république universelle repose sur un droit public à trois niveaux : le *ius civitatis*, le *ius gentium*, et le *ius cosmopoliticum*. Le premier renvoie aux relations entre un Etat et ses citoyens (droit public national). Le second désigne les normes régissant les relations entre les Etats (droit international public). Le troisième, caractéristique de la *Weltrepublik*, consacre un droit de chaque citoyen à l'hospitalité universelle dans quelque Etat qu'il se rende. Ce droit implique, négativement, de ne pas traiter l'étranger en ennemi et, positivement, de lui accorder un droit de visite.

Dans de nombreux écrits, Jean-Marc Ferry tente d'actualiser et d'enrichir la pensée de Kant en l'appliquant à la construction européenne, qu'il qualifie d'union cosmopolitique. Il voit l'Union européenne comme reposant elle aussi sur une armature juridique à trois niveaux, similaire à ceux distingués par Kant, sous réserve de prolongements et inflexions introduits par le philosophe français.

Le premier niveau serait celui du droit public régissant les rapports entre chaque Etat membre et ses citoyens, mais un droit public dont le philosophe note qu'il s'européanise, entre autres, sous l'influence des jurisprudences de la Cour européenne des Droits de l'Homme et de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de droits fondamentaux.

⁴ Cf. I. KANT, *Vers la paix perpétuelle* (1795), trad. Jean Darbellay, Paris, PUF, 1974. L'on cite ici l'édition de Garnier-Flammarion, 1990.

⁵ J.-M. FERRY, *Europe la voie kantienne. Essai sur l'identité postnationale*, Paris, Cerf, 2005, p. 123.

⁶ O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007, p. 122.

⁷ I. KANT, *op. cit.*, p. 91.

⁸ I. KANT, *op. cit.*, p. 91.

⁹ I. KANT, *op. cit.*, p. 127.

¹⁰ Cité par J.-M. FERRY, *op. cit.*, p. 127.

Au deuxième étage de l'union cosmopolitique théorisée par Ferry, l'on retrouve un « droit des gens » régissant les rapports entre les Etats membres et l'Union européenne elle-même. Ce droit des gens, relève le penseur français, a la particularité de reconnaître aux Etats membres des droits fondamentaux. Ferry procède ici par analogie pour remarquer que les Etats disposent, par rapport à l'Union et à leurs pairs, des mêmes types de droits que ceux dont jouissent les citoyens vis-à-vis de leur Etat. Les Etats membres seraient ainsi dotés de droits « civils » (à l'intégrité), « politiques » (à la participation), « sociaux » (à la solidarité) et « moraux » (à la personnalité).

Enfin, le troisième échelon est occupé par un droit cosmopolitique qui dépasse de loin la version kantienne. Ferry y inclut le droit de libre circulation et de séjour (et non pas juste d'hospitalité temporaire), ainsi que le droit de faire valoir ses droits fondamentaux, y compris contre son propre Etat, devant une juridiction supranationale. En même temps, il limite le bénéfice de ce droit cosmopolitique aux seuls ressortissants européens.

Comme le constitutionnalisme supranational, le cosmopolitisme théorisé par Ferry repose sur un socle axiologique et juridique commun : de grands principes (droits fondamentaux, Etat de droit, etc.) sont voués à doter l'Union européenne d'une armature, d'un cadre unissant ses différents citoyens. Mais le cosmopolitisme se distingue par deux aspects du constitutionnalisme supranational. D'une part, loin de les considérer comme quantités négligeables appelées à se dissoudre dans l'Europe, il accorde aux Etats une place centrale en reconnaissant la diversité et l'égale valeur des cultures, histoires et traditions nationales.

D'autre part, le cosmopolitisme de Ferry est dit « républicain », au sens que la philosophie politique donne à ce terme. Au centre de ce projet se trouve en effet l'idée d'« une culture publique commune, offrant une médiation entre l'unité du cadre juridique et la pluralité des identités culturelles »¹¹. Cette culture publique implique une participation active des citoyens à la vie de la « cité » (cosmo-polis) européenne par le biais d'un dialogue constant entre les différentes traditions culturelles, juridiques, axiologiques propres à chaque Etat ou à chaque communauté historique. Le pari est fait que cette pratique délibérative mènera à la constitution progressive d'une identité européenne plus « épaisse » que celle qui se limiterait à l'adhésion froide à des normes à prétention universelle. Au bénéfice de cette confrontation des idéaux et des traditions sur l'agora européenne, la « communauté légale » du patriotisme constitutionnel, fondée sur des normes impersonnelles, se doublerait ainsi progressivement d'une « communauté morale », articulée autour de valeurs propres à l'Union européenne sans pour autant verser dans la mauvaise utopie d'une nation européenne artificiellement construite sur le vieux modèle de l'Etat-nation.

Pour finir, on précisera que le propos de Ferry est à la fois descriptif et normatif. Le philosophe décrit la réalité juridique européenne qu'il a sous les yeux mais il la connote également très positivement. Il y voit l'armature d'une « union cosmopolitique » en devenir, qu'il appelle de ses vœux.

Dans les pages qui suivent, nous verrons en quoi la jurisprudence récente de la Cour de justice dans le domaine des droits fondamentaux, de la citoyenneté européenne et de la libre circulation donne un certain crédit à la théorie du cosmopolitisme républicain, en explorant tour à tour les trois niveaux de l'union cosmopolitique théorisée par Ferry – *ius civitatis* (1), *ius gentium* (2), *ius cosmopoliticum* (3). Il ne s'agira pas tant de démontrer l'évidence, à

¹¹ J.-M. FERRY, « Du politique au-delà des nations », *Politique européenne*, 2006, p. 11

savoir que cette jurisprudence alimente chacun de ces étages. Ce que l'on cherchera plutôt à mettre au jour, c'est l'*esprit* cosmopolitique qui anime désormais le travail de la Cour à ces trois niveaux. Si la Cour reste attachée au respect d'un noyau dur de valeurs communes à l'Union, elle semble plus sensible que jamais à la diversité des Etats et de leurs « droits fondamentaux ». Par ailleurs, soucieuse de respecter l'embryon d'espace public européen qu'incarne le législateur de l'Union, elle prend garde à maintenir ses avancées jurisprudentielles dans les sillons tracés par le droit dérivé.

1. Le premier niveau – *Ius civitatis*

Rappelons que, si l'on lit correctement Ferry, l'union cosmopolitique se caractérise par l'eupéanisation patiente, progressive, des droits constitutionnels nationaux, notamment sous l'influence de la jurisprudence de la Cour de justice. Mille exemples pourraient illustrer cette affirmation. A l'évidence, les décisions des juges de Luxembourg ne sont pas sans effet sur les droits publics étatiques et sur les relations qu'ils régissent en priorité, à savoir celles qui unissent les autorités nationales à leurs citoyens.

Ce qu'il convient toutefois d'observer, c'est que, plus que jamais, la Cour se montre désormais soucieuse de ne pas pousser trop loin cette forme d'« eupéanisation jurisprudentielle ». Désireux de respecter l'autonomie des Etats membres, les juges de Luxembourg évitent de s'immiscer dans les droits internes autant que faire se peut.

Quatre exemples devraient suffire à démontrer le bien-fondé de cette affirmation.

Le premier concerne l'arrêt *Glatzel*, qui vit la Cour de justice se prononcer pour la première fois sur la justiciabilité de la fameuse catégorie des « principes » introduite par les articles 51, § 1^{er}, et 52, § 5, de la Charte des droits fondamentaux¹². Cette affaire portait sur la validité d'une annexe de la Directive 2006/126 relative au permis de conduire au regard d'une série de dispositions de la Charte, dont son article 26, relatif à l'intégration des personnes handicapées. Cette question intervenait dans le cadre d'un litige relatif au refus de l'administration allemande d'octroyer à M. Glatzel un permis de conduire au motif que l'acuité visuelle d'un de ses yeux ne satisfaisait pas aux conditions fixées à l'annexe III, point 6.4, de la Directive 2006/126. Après avoir conclu que la Directive 2006/126 tombe dans l'orbite de l'article 26 de la Charte, la Cour note que « le principe consacré à cet article n'implique pas, en revanche, que le législateur de l'Union soit tenu d'adopter telle ou telle mesure particulière. En effet, afin que cet article produise pleinement ses effets, il doit être concrétisé par des dispositions du droit de l'Union ou du droit national. Par conséquent, ledit article ne saurait, en lui-même, conférer aux particuliers un droit subjectif invocable en tant que tel » (pt. 78). La Cour conclut à l'absence de violation de l'article 26.

La Cour subordonne ainsi le contrôle de conformité à un « principe » à la présence de trois normes de niveau distinct : (1) le principe inscrit dans la Charte lui-même ; (2) des dispositions du droit de l'Union ou du droit national concrétisant ledit principe ; et (3) l'acte national ou européen mis en cause, lequel doit « mettre en œuvre » le principe en question. Ce faisant, la Cour considère que ce n'est que lorsqu'ils sont combinés à un acte de « niveau (2) » que les principes peuvent faire office de norme de contrôle. Seuls, en revanche, ils sont dénués de tout effet direct, et même de toute plus-value normative si l'on fait abstraction de leur rôle de « boussole interprétative ».

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

Privilégiant une lecture extrêmement restrictive de la notion de « principe », cet arrêt témoigne du souci de la Cour de ne pas prendre les Etats par surprise en déduisant des obligations strictes du brumeux compromis qui leur avait permis de se mettre d'accord sur le texte de la Charte. En subordonnant la justiciabilité des principes à une – double – intervention préalable du législateur, la Cour se place délibérément en retrait et laisse aux autorités politiques de l'Union et des Etats membres le premier rôle dans l'édification de mesures d'inclusion des personnes handicapées.

Cette attitude prudente n'est pas sans conséquence sur la plus-value normative des principes inscrits dans la Charte. Si l'on fait abstraction de leur rôle de « boussole interprétative », à quoi ces principes servent-ils encore ? A rien en amont de la concrétisation puisqu'à lire l'article 52, § 5, les principes « peuvent » simplement faire l'objet de mesures de mise en œuvre et ne sont donc la source d'aucune obligation positive dans le chef de leurs destinataires¹³. En aval de la concrétisation, les principes ne paraissent pas davantage utiles. De deux choses l'une en effet. Soit cette concrétisation est opérée au niveau de l'Union par le biais d'un acte de droit dérivé, auquel cas il est évident que c'est ce dernier acte – plus détaillé et plus précis – qui servira de norme de contrôle. Soit cette concrétisation est assurée par les autorités nationales, hypothèse qui aboutirait à priver la Cour de justice de toute compétence pour assurer le respect des principes, tant on ne l'imagine pas s'aventurer à juger de la compatibilité d'une norme interne avec un principe fondamental tel que concrétisé par une autre norme nationale ! Dans un cas comme dans l'autre, le principe servirait au mieux de balise interprétative au juge compétent.

La Cour arbore la même attitude dans l'affaire *Association de médiation sociale* – notre deuxième exemple¹⁴. A l'origine de cet arrêt se trouve un litige opposant des organisations syndicales à une association française de droit privé qui refusait la désignation d'un représentant syndical au motif que ses effectifs étaient inférieurs aux seuils fixés par le code français du travail pour l'élection d'un délégué du personnel et la désignation d'un représentant syndical. Ce faisant, l'association se prévalait d'une disposition du code du travail qui exclut du calcul des effectifs de l'entreprise les travailleurs titulaires de contrats aidés (contrats d'accompagnement, etc.). S'appuyant notamment sur l'arrêt *CGT* du 18 janvier 2007¹⁵, les organisations syndicales contestaient la compatibilité de cette disposition avec la Directive 2002/14 relative à l'information et la consultation des travailleurs ainsi qu'avec l'article 27 de la Charte, qui consacre le droit à l'information et à la consultation des travailleurs.

Dans son arrêt, la Cour confirme l'incompatibilité du droit français avec les dispositions de la Directive. En revanche, elle considère que ni cette Directive, ni l'article 27 de la Charte ne

¹³ On notera à cet égard que l'avocat général Cruz Villalon semble considérer que l'Union et les Etats sont tenus d'adopter de tels actes (conclusions prononcées dans l'affaire *AMS* précitée, pt. 60). Si cette thèse attire toute notre sympathie, elle nous paraît difficilement défendable à la lecture de l'article 52, § 5. Dans le même sens, cf. S. PRECHAL and S. PEERS, « Article 52 », in S. PEERS *e.a.* (eds), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford and Portland, Hart, 2014, p. 1509, n° 52.180.

¹⁴ C-176/12 *Association de médiation sociale*, 15 janvier 2014, EU:C:2014:2.

¹⁵ C-385/05, EU:C:2007:37. Cet arrêt met quant à lui en scène un litige « vertical », opposant la CGT à l'Etat français à propos de l'exclusion temporaire des travailleurs de moins de 26 ans du calcul des effectifs des entreprises. La Cour a donné raison à la CGT, estimant qu'une telle réglementation « a pour conséquence de soustraire certains employeurs aux obligations prévues à la directive 2002/14 et de priver leurs travailleurs des droits reconnus par ladite directive, est de nature à vider lesdits droits de leur substance et ôte ainsi à ladite directive son effet utile » (pt. 38).

peuvent être invoqués par les syndicats pour évincer l'application de la législation française dans le cadre d'un litige privé tel que celui qui les oppose à l'Association de médiation sociale. La Cour reconnaît certes que, dans son arrêt *Küçükdeveci*¹⁶, elle a conféré un effet direct horizontal à un droit fondamental, en l'occurrence le principe de non-discrimination en fonction de l'âge. Elle estime cependant que cette jurisprudence ne peut être transposée à l'article 27 de la Charte, lequel ne « se suffit [pas] à lui-même pour conférer aux particuliers un droit subjectif invocable en tant que tel » (pt. 47). On ne peut s'empêcher, ici encore, de déceler derrière ce laborieux exercice de *distinguishing*, le souci de la Cour de ne pas étendre plus que nécessaire l'emprise du droit européen sur des litiges aux consonances principalement nationales.

C'est probablement cette même préoccupation qui, récemment, a incité la Cour de justice à restreindre quelque peu l'opposabilité de la Charte des droits fondamentaux aux Etats membres. On le sait, l'article 51 de la Charte dispose que celle-ci lie les Etats membres lorsqu'ils « mettent en œuvre » le droit de l'Union. On n'ignore pas davantage que, fidèle à sa jurisprudence relative aux principes généraux du droit, la Cour a privilégié une lecture extensive de cette disposition, estimant que les Etats sont tenus au respect de la Charte dès qu'ils agissent « dans le champ d'application » de celle-ci¹⁷. Cette interprétation large de l'article 51 a naturellement conduit la Cour de justice à se déclarer compétente pour contrôler le respect des droits fondamentaux par des Etats membres dans des situations qui ne présentaient qu'un lien ténu avec le droit de l'Union¹⁸.

Il semble cependant que cette jurisprudence audacieuse appartienne au passé. Sans revenir sur le principe selon lequel les Etats doivent respecter la Charte dès qu'ils agissent dans le champ d'application du droit de l'Union, la Cour a néanmoins cru nécessaire d'adjoindre à ce critère une série de précisions qui ont pour effet d'en restreindre significativement la portée. Il ressort ainsi de l'arrêt *Siragusa* que le contrôle exercé par la Cour sur les Etats membres est uniquement motivé par « la nécessité d'éviter qu'une protection des droits fondamentaux susceptible de varier selon le droit national concerné porte atteinte à l'unité, à la primauté et à l'effectivité du droit de l'Union »¹⁹, de sorte que ce contrôle « impose l'existence d'un lien de rattachement d'un certain degré, dépassant le voisinage des matières visées ou les incidences indirectes de l'une des matières sur l'autre »²⁰. Dans cette perspective, la Cour a affirmé à plusieurs reprises que, pour déterminer l'applicabilité 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 »²¹.

¹⁶ C-555/07 *Küçükdeveci*, 19 janvier 2010, EU:C:2010:21.

¹⁷ C-256/11 *Murat Dereci*, 15 novembre 2011, EU:C:2011:734, pt. 72. *Adde*, e.a., C-276/12 *Sabou*, 22 octobre 2013, EU:C:2013:678, pt. 28 ; C-56/13 *Érsekcsanádi Mezőgazdasági*, 22 mai 2014, EU:C:2014:352, pt. 54 ; C-265/13 *Torralbo Marcos*, 27 mars 2014, EU:C:2014:187, pt. 30 ; C-483/12 *Pelckmans Turnhout*, 8 mai 2014, EU:C:2014:304.

¹⁸ Voy. par exemple l'arrêt *Küçükdeveci* précité, ainsi que l'arrêt rendu dans l'affaire C-617/10 *Akerberg Fransson*, 26 février 2013, EU:C:2013:105. Pour un commentaire de ce dernier arrêt, cf. A. BAILLEUX, « Entre droits fondamentaux et intégration européenne, la Charte face à son destin – A propos des arrêts *Stefano Melloni* et *Akerberg Fransson* de la Cour de justice », *Rev. Trim. D. H.*, 2014, n° 97, p. 215-235.

¹⁹ C-206/13 *Siragusa*, 6 mars 2014, EU:C:2014:126, pt. 32.

²⁰ *Ibid.*, pt. 24.

²¹ C-40/11 *Iida*, 8 novembre 2012, EU:C:2012:691, pts 79-80 ; C-87/12 *Ymeraga*, 8 mai 2013, EU:C:2013:291, pts 41-42 ; C-206/13 *Siragusa*, 6 mars 2014, EU:C:2014:126, pt. 25.

A n'en pas douter, cette jurisprudence traduit elle aussi la réticence de la Cour à faire de la Charte un cheval de Troie pour s'immiscer dans des questions qui ne relèvent pas manifestement du droit de l'Union. A cet égard, on ne manquera pas d'observer que cette attitude prudente a majoritairement trouvé à s'exprimer dans le domaine de la libre circulation des citoyens et des ressortissants d'Etats tiers – domaine sensible s'il en est pour les Etats membres.

C'est précisément dans ce dernier domaine que l'on puise notre quatrième illustration du changement d'attitude de la Cour de justice. Ce dernier exemple concerne les suites du célèbre arrêt *Ruiz Zambrano*, dans lequel la Cour a pour la première fois considéré que l'article 20 du TFUE pouvait servir de fondement au droit de séjour d'un ressortissant d'un Etat tiers lorsque le refus d'un tel droit aurait pour effet de priver un citoyen européen « de la jouissance effective de l'essentiel des droits » conférés par son statut de citoyen²². La situation ici visée est celle d'un citoyen européen résidant dans l'Etat membre dont il a la nationalité et dont le séjour au sein de l'Union est *de facto* conditionné à la présence, à ses côtés, d'un ressortissant d'un Etat tiers. L'audace de cet arrêt tient dans le fait qu'il étend la protection du droit de l'Union à certaines situations dites « purement internes », c'est-à-dire à des affaires qui se situent entièrement au sein d'un seul Etat membre et qui concernent des citoyens européens n'ayant pas fait usage de leur liberté de circulation.

Effrayée par sa propre témérité, la Cour n'a pas tardé à doucher les espoirs qu'avait fait naître cette décision. Au fil des arrêts, il est ainsi apparu que la « jurisprudence *Zambrano* » couvrait le seul cas d'une *dépendance matérielle absolue* – en d'autres termes, celui de citoyens européens en bas âge qui ne pourraient exercer leur droit de séjourner dans l'Union si leurs parents – ou au moins l'un d'entre eux²³ – n'étaient pas autorisés à y demeurer avec eux²⁴. Cette courbe rentrante opérée par la Cour est, là encore, manifestement motivée par le souci de limiter au maximum toute incursion du juge de l'Union dans la politique migratoire des Etats membres²⁵.

Avant de conclure cette première partie, une précision s'impose. On aurait tort de conclure des exemples présentés ci-dessus que la jurisprudence luxembourgeoise a perdu tout son mordant et que les juges de l'Union ne jouent plus guère de rôle dans la protection des droits fondamentaux des citoyens européens contre leur propre Etat. A vrai dire, la Cour de justice continue de développer des interprétations – raisonnablement – audacieuses, de même qu'elle n'hésite pas à censurer des mesures nationales qu'elle juge contraires aux droits fondamentaux. Simplement, il semble que ces contrôles juridictionnels vigoureux reposent désormais plus volontiers sur un acte de droit dérivé, la Cour préférant inscrire son action

²² C-34/09 *Ruiz Zambrano*, 8 mars 2011, EU:C:2011:124, pt. 42.

²³ « Le seul fait qu'il pourrait paraître souhaitable, pour des raisons économiques ou afin de maintenir l'unité familiale sur le territoire de l'Union, que des membres d'une famille, composée de ressortissants de pays tiers et d'un citoyen de l'Union en bas âge, puissent séjourner avec ce citoyen sur le territoire de l'Union dans l'Etat membre dont ce dernier a la nationalité ne suffit pas en soi pour considérer que ledit citoyen serait contraint de quitter le territoire de l'Union si un tel droit de séjour n'était pas accordé » (C-356/11 *O., S.*, 6 décembre EU:C:2012:776, pt. 52 ; C-256/11 *Dereci*, précité, pt. 68)

²⁴ Cette jurisprudence n'est toutefois pas dénuée d'effets pervers comme en atteste l'affaire C-86/12 *Alokpa*, 10 octobre 2013, EU:C:2013:645. Par ailleurs, pour une critique de la « reculade » de la Cour, cf. D. KOCHENOV, « The Right to Have *What* Rights ? EU Citizenship in Need of Clarification », *E.L.J.*, 2013, vol. 19, n° 4, p. 502-516.

²⁵ Cf. C-434/09 *McCarthy*, 5 mai 2011, précité ; C-256/11 *Dereci*, 15 novembre 2011, précité ; C-40/11 *Iida*, 8 novembre 2012, précité ; C-87/12 *Ymeraga*, 8 mai 2013, précité.

normative dans le sillon tracé par le législateur européen. La meilleure illustration de ce développement d'un droit jurisprudentiel nous est sans doute fournie par les directives 2000/43/CE et 2000/78/CE en matière de non-discrimination, qui font l'objet d'une jurisprudence abondante et plutôt courageuse²⁶.

2. Le deuxième niveau – *Ius gentium*

Le deuxième étage de l'union cosmopolitique théorisée par Ferry concerne les relations entre l'Union européenne et ses Etats membres. La base de ce deuxième niveau est présentée comme une forme enrichie d'internalisation par le droit de l'Union de « principes hérités du droit des gens ». Le philosophe s'en explique comme suit – c'est certainement une de ses idées les plus éclairantes : « Ainsi en va-t-il du principe de reconnaissance des identités nationales, de leurs spécificités ou particularismes, du pluralisme culturel et linguistique, mais aussi d'un droit propre aux Etats d'affirmer leur divergence, de faire opposition à une majorité, de faire réserve pour eux-mêmes, sans toutefois gêner l'action commune, voire de faire sécession de l'Union dans les cas extrêmes. Tout cela relève, quant à l'esprit, du droit des peuples. Plus, les valeurs attachées aux différentes catégories de droits fondamentaux des *individus* (ou droits de l'homme) se voient (...) comme *transposées* au niveau d'un droit commun régissant les relations entre les *nations* membres (droit des gens au sens souple) – valeurs d'*intégrité*, de *participation*, de *solidarité*, de *personnalité*, qui caractérisent respectivement les droits 1) civils, 2) politiques, 3) sociaux, 4) moraux (comme les droits d'auteur), sur le plan individuel. Le droit régissant les relations intracommunautaires entre les nations et les régions de l'espace européen s'en trouve considérablement enrichi par rapport au droit des gens classique (lequel ne reprend guère plus sur son niveau que les valeurs d'intégrité, attachées aux droits civils fondamentaux) »²⁷.

La jurisprudence récente de la Cour de justice donne quelque crédit à cette présentation des rapports entre l'Union et ses Etats membres. Ce sont surtout ce que Ferry appelle les « droits moraux » des Etats, c'est-à-dire les droits liés au respect de leur identité nationale, qui connaissent aujourd'hui une certaine consécration sous la plume des juges de Luxembourg. On le sait, depuis l'arrêt *Omega*²⁸ au moins, la Cour accepte que la sauvegarde de valeurs ayant une résonance particulière pour une communauté nationale autorise l'Etat en question, par le truchement de l'exception d'ordre public, à déroger aux principes de libre circulation. Cette jurisprudence a pris une dimension nouvelle suite à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, qui proclame le respect de l'identité constitutionnelle des Etats membres à l'article 4, § 2, du TUE. Depuis lors, les Etats membres n'hésitent pas à prendre appui sur cette

²⁶ Cf. par exemple, à propos de la Directive 2000/78, C-335/11 et C-337/11 *HK Danmark*, 11 avril 2013, EU:C:2013:222 ; C-354/13 *Fag og Arbejde (FOA)*, 18 décembre 2014, EU:C:2014:2463 ; à propos de la Directive 2000/43, C-54/07 *Feryn*, 10 juillet 2008, EU:C:2008:397 ; C-83/14 *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, 16 juillet 2015, EU:C:2015:480. Pour d'autres exemples récents, en dehors du champ d'application de ces directives, cf. C-222/14 *Maistrellis*, 16 juillet 2015, EU:C:2015:473 (droit au congé parental) ; C-131/12 *Google Spain*, 13 mai 2014, EU:C:2014:317 (droit à la protection des données à caractère personnel).

²⁷ J.-M. FERRY, *Europe la voie kantienne*, op. cit., p. 133-135.

²⁸ Cf. C-36/02 *Omega Spielhallen*, 14 octobre 2004, EU:C:2004:614. A ce propos, voy. H. DUMONT, « La traduction, ciment du "pacte constitutionnel européen". Une relecture du débat sur la primauté du droit européen par rapport aux Constitutions nationales », in A. BAILLEUX *e.a.* (dir.), *Traduction et droits européens : enjeux d'une rencontre. Hommage au Recteur Michel van de Kerchove*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2009, p. 449-487 ; A. BAILLEUX, « Les traductions de la Cour de justice. La libre circulation et ses dérogations entre domination, transposition et reconnaissance », *R.I.E.J.*, 2007, vol. 58, p. 63-97, spéc. p. 90 ; A. BAILLEUX, « La marge d'appréciation dans le contentieux des libertés de circulation. Quelle flexibilité au-delà du slogan ? », in D. KAMINSKI (dir.), *La flexibilité des sanctions*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 519-541, spéc. p. 531-532.

dernière disposition pour faire valoir leurs spécificités devant la Cour de justice. Si ces plaidoyers ne sont pas toujours couronnés de succès²⁹, la Cour semble cependant plus soucieuse qu'auparavant de respecter les singularités nationales. On évoquera à cet égard les arrêts *Sayn-Wittgenstein* et *Runevic-Vardyn*, qui reconnaissent respectivement que l'abolition des titres nobiliaires et le respect des règles de graphie prévues par la langue nationale puissent justifier une entrave à la libre circulation des citoyens³⁰. Plus récemment, dans une affaire *Digibet*, la Cour a pour la première fois reconnu qu'une entrave à la libre circulation découlant de disparités législatives liées à la nature fédérale d'un Etat pouvait être justifiée par la répartition des compétences entre les collectivités fédérées, « celle-ci bénéficiant de la protection conférée par l'article 4, paragraphe 2, TUE »³¹.

A bien y regarder, l'on peut trouver des traces de cette – relative – bienveillance de la Cour de justice à l'égard des Etats dans des domaines qui dépassent le cadre de l'identité constitutionnelle. Poursuivant l'analogie proposée par Ferry, l'on peut en effet se demander si les juges de Luxembourg ne sont pas – légèrement – plus sensibles que jadis à la sauvegarde, par les Etats, de leurs « droits » (ou plus prosaïquement, de leurs intérêts) économiques. Ce frémissement jurisprudentiel semble indiquer un assouplissement du principe bien établi selon lequel des motivations purement économiques (entendez : la protection de l'industrie nationale) ne peuvent jamais autoriser un Etat à restreindre l'exercice d'une liberté de circulation.

Depuis quelque temps, la Cour reconnaît ainsi que la prévention de la concurrence déloyale et du « dumping social » peut constituer une raison impérieuse d'intérêt général susceptible de justifier une restriction à la possibilité, pour une entreprise, de détacher temporairement ses travailleurs dans un autre Etat membre en vue d'y prester un service³². Dans le même sens, on ne manquera pas d'épingler l'arrêt *Essent*, qui vit la Cour absoudre la Région flamande pour son refus de prendre en compte des certificats verts relatifs à de l'électricité produite à partir d'énergie renouvelable lorsque cette électricité n'était pas produite sur le territoire flamand³³.

Cette réceptivité accrue aux intérêts économiques nationaux n'a pas échappé à la doctrine, qui se demande si des mesures de soutien à l'industrie nationale autrefois sévèrement condamnées ne résisteraient pas désormais au contrôle des juges du Kirchberg³⁴. Ce qui est sûr en tout cas, c'est que de telles mesures existent aujourd'hui, sans subir les foudres de la Commission ni de la Cour de justice³⁵.

²⁹ C-393/10 *Dermod Patrick O'Brien*, 1^{er} mars 2012, EU:C:2012:110, pt. 49 ; C-202/11 *Las*, 16 avril 2013, EU:C:2013:239, pt. 26 ; C-51/08 *Commission c. Grand-duché de Luxembourg*, 24 mai 2011, EU:C:2011:336, pt. 124.

³⁰ Cf. C-208/09 *Sayn-Wittgenstein*, 22 décembre 2010, EU:C:2010:806, pt. 92 ; C-391/09 *M. Runevic-Vardyn*, 12 mai 2011, EU:C:2011:291, pt. 86.

³¹ C-156/13 *Digibet*, 12 juin 2014, EU:C:2014:1756, pt. 34.

³² Cf. e.a. C-244/04 *Commission c. Allemagne*, 19 janvier 2006, EU:C:2006:49, pt. 61 ; C-577/10 *Commission c. Belgique*, 19 décembre 2012, EU:C:2012:814.

³³ C-204/12 *Essent*, 11 septembre 2014, EU:C:2014:2192.

³⁴ J. HOJNIK, « Free movement of goods in a labyrinth: Can Buy Irish survive the crises ? », *Common Market Law Review*, vol. 49, 2012, p. 291-326.

³⁵ Cf. Par exemple la pastille « agriculture de Wallonie », qui « vise à assurer une visibilité maximale des produits agricoles wallons et à leur donner une image de référence unique afin que leur consommation devienne un réflexe dans le chef des consommateurs » (<http://www.wallonie.be/fr/actualites/agriculture-de-wallonie-une-identification-pour-le-consommateur>).

Comme au niveau du *ius civitatis*, on ferait toutefois erreur en concluant l'examen du *ius gentium* par l'unique constat d'une plus grande déférence de la Cour envers les Etats. Ici encore, force est de constater que les arrêts de la Cour de justice se font plus incisifs lorsqu'est en cause le respect d'un acte du législateur de l'Union. A titre d'exemple, on citera d'abord l'affaire *Laval*, mettant aux prises des syndicats suédois avec une entreprise lettonne ayant détaché des travailleurs en Suède pour y construire une école. N'ayant pu parvenir à un accord sur les salaires des travailleurs lettons, les syndicats suédois entreprirent – comme les y autorisait la législation suédoise – des actions collectives contre l'entreprise concernée, laquelle ne put jamais finir le chantier. Devant la Cour, les autorités suédoises plaidèrent la particularité de leur système de fixation des salaires, qui prévoit une négociation directe entre entreprises et syndicats, le cas échéant accompagnée d'actions collectives. La Cour observa qu'une telle pratique n'était pas reconnue par la Directive 96/71 sur le détachement des travailleurs, qui permet uniquement aux Etats d'imposer le respect des taux de salaire minimal fixés par la loi ou par une convention collective d'applicabilité générale. En d'autres termes, la spécificité du système suédois n'ayant pas été prise en compte par le législateur européen, il n'appartenait pas au juge de l'Union d'en décider autrement.

La Cour a fait preuve d'une intransigeance analogue à l'égard de la Pologne lorsque celle-ci invoqua des motifs d'ordre éthique, moral et religieux – et plus précisément « des principes d'éthique chrétienne et humaniste partagés par la majorité de la population polonaise » (pt. 30) – pour justifier une entrave à la libre circulation des organismes génétiquement modifiés, en contrariété avec les Directives 2001/18/CE et 2002/53/CE³⁶. Estimant qu'il n'est pas « nécessaire de se prononcer sur la question de savoir si, et dans quelle mesure et à quelles conditions éventuelles, les États membres conservent une faculté d'invoquer des arguments d'ordre éthique ou religieux pour justifier l'adoption de mesures internes qui, à l'instar des dispositions nationales litigieuses, dérogeraient aux dispositions des directives 2001/18 et 2002/53 », la Cour observa qu'en toute hypothèse, la Pologne n'avait pas démontré que les considérations morales et religieuses invoquées étaient effectivement partagées par la population polonaise et avaient présidé à l'adoption des dispositions querellées.

Enfin, on mentionnera l'arrêt *Melloni*³⁷, qui portait sur la possibilité pour les autorités espagnoles de ne pas exécuter un mandat d'arrêt européen décerné par l'Italie au motif que la personne concernée par ce mandat – arrêtée en Espagne – avait été condamnée par défaut en Italie et qu'elle ne serait plus en mesure de contester cette condamnation une fois remise entre les mains des autorités italiennes. En vertu de la jurisprudence du Tribunal constitutionnel espagnol en effet, une telle situation était constitutive d'une violation indirecte du droit à un procès équitable. Laissant en suspens la question de savoir si une telle jurisprudence relevait de l'identité constitutionnelle espagnole, la Cour estima que les scrupules des autorités espagnoles ne trouvaient aucun fondement dans la décision-cadre 2002/584 relative au mandat d'arrêt européen, laquelle exigeait l'exécution immédiate du mandat d'arrêt. La Cour ajouta que cette conclusion n'était pas remise en cause par l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux, qui prévoit qu'aucune disposition de la Charte ne peut être interprétée comme limitant les droits reconnus par les constitutions nationales.

A ce deuxième niveau donc, notre hypothèse se vérifie encore : la Cour semble faire preuve de davantage de compréhension et de bienveillance que jadis lorsqu'elle n'a que du droit

³⁶ C-165/08 *Commission c. Pologne*, 16 juillet 2009, EU:C:2009:473.

³⁷ C-399/11 *Melloni*, 26 février 2013, EU:C:2013:107.

primaire à opposer aux Etats ; en revanche, lorsqu'elle emboîte le pas au législateur de l'Union, la Cour se montre plus intransigente.

3. Le troisième niveau – *Ius cosmopoliticum*

Rappelons que, selon Ferry, le droit cosmopolitique au sens strict – troisième étage de l'union cosmopolitique – inclut principalement les droits de libre circulation et de séjour des citoyens européens ainsi que le droit de faire valoir ses droits devant une juridiction supranationale. Comme nous le comprenons, ce troisième niveau est très large, dès lors qu'il recouvre les droits que les citoyens européens peuvent faire valoir à la fois (i) contre les Etats membres dont ils ne sont pas les ressortissants, et (ii) contre l'Union européenne.

Il est évidemment impossible d'examiner en quelques pages la jurisprudence aussi volumineuse que disparate qui traite de cette double relation (citoyen – Etat membre d'accueil ; citoyen – Union). Par ailleurs, disons-le d'emblée, il est très difficile de cerner une tendance générale au sein de cette jurisprudence qui apporterait une confirmation indiscutable à notre hypothèse de travail. On observera ainsi une très grande constance dans la jurisprudence en matière de libre circulation et de non-discrimination, qui voit la Cour procéder régulièrement à des constats d'incompatibilité de législations nationales au regard du seul droit primaire.

Cependant, si l'on veut bien se départir d'une approche purement statistique pour s'efforcer de sentir la « tectonique des plaques jurisprudentielles » (avec toute la subjectivité qu'une telle approche implique), il semble cependant possible d'identifier des lignes de force au sein de cette jurisprudence qui donnent quelque crédit à notre hypothèse de départ.

S'agissant d'abord des relations entre les citoyens européens et les Etats dont ils n'ont pas la nationalité, on a déjà mentionné l'étonnant arrêt *Essent* ainsi que les affaires dans lesquelles la Cour a fait primer le respect de l'identité nationale sur les droits des citoyens européens. Mais, davantage que ces arrêts, c'est l'affaire *Dano* qui surgit ici immédiatement à l'esprit³⁸. Rappelons que cette affaire concernait le refus, par les autorités allemandes, d'accorder une assistance financière à une ressortissante roumaine qui résidait légalement en Allemagne avec son fils de cinq ans depuis plus de deux ans. Ce refus était motivé par le fait que, n'ayant pas d'emploi et ne manifestant pas l'intention d'en trouver un, Mme Dano avait fait usage de sa liberté de circulation dans le seul motif de profiter de l'assistance sociale allemande. Dans son arrêt, la Cour valide la position des autorités allemandes. Elle considère que, dès lors qu'elle ne dispose pas de ressources suffisantes pour subvenir à ses besoins et à ceux de son fils, Mme Dano ne rentre pas dans les conditions prévues par la Directive 2004/38 pour se prévaloir d'un droit à la libre circulation.

Si le raisonnement de la Cour est d'une logique implacable, force est néanmoins d'observer qu'il procède d'un revirement jurisprudentiel complet. Dans des arrêts antérieurs³⁹, la Cour n'avait pas hésité à dépasser la lettre de la Directive 2004/38 pour en atténuer la rigueur. S'inspirant du préambule de ce texte, n'hésitant pas à conférer un effet direct à l'article 21 du TFUE, la Cour estimait que de telles conditions devaient être appliquées en conformité avec les principes généraux du droit de l'Union, et notamment avec le principe de proportionnalité.

³⁸ C-333/13 *Dano*, 11 novembre 2014, EU:C:2014:2358.

³⁹ Voy. notamment les arrêts C-184/99 *Grzelczyk*, 20 septembre 2001, EU:C:2001:458 ; C-413/99 *Baumbast et R*, 17 septembre 2002, EU:C:2002:493 ; C-456/02 *Trojani*, 7 septembre 2004, EU:C:2004:488 ; C-40/12 *Brey*, 19 septembre 2013, EU:C:2013:565.

Dans l'arrêt *Dano*, la Cour semble avoir abandonné cette jurisprudence activiste empreinte de considérations d'équité – comme l'y invitait du reste l'avocat général Wathelet. Elle se retranche derrière le texte législatif, soucieuse de ne pas imposer aux Etats membres des obligations auxquelles ils n'ont pas explicitement souscrit.

Il est sans doute prématuré d'affirmer que cet arrêt marque un véritable tournant jurisprudentiel. Après tout, peut-être l'avenir le réduira-t-il au statut d'anomalie, de décision mineure motivée davantage par les faits de la cause que par le souci de « faire jurisprudence ». Il n'en demeure pas moins que, rapprochée des arrêts examinés ci-dessus, cette décision semble elle aussi témoigner d'un changement d'attitude de la Cour de justice, désormais plus respectueuse des compromis législatifs et soucieuse de ménager les susceptibilités étatiques. L'euroscpticisme est dans l'air du temps, et la Cour n'y est sûrement pas insensible.

S'il décevra sans doutes les plus fervents europhiles, ce glissement progressif dans la politique juridictionnelle de la Cour n'est en soi ni illégitime ni incompréhensible. On pourrait même trouver quelque vertu à cette modestie jurisprudentielle : après tout, ce n'est pas à la Cour d'entraîner les Etats à marche forcée vers les Etats-Unis d'Europe, pas plus qu'il ne lui appartient de substituer sa volonté à celle d'institutions dotées d'une légitimité démocratique directe – le Parlement – ou indirecte – la Commission et le Conseil.

Il est toutefois bien connu que l'excès nuit en tout – en ce compris l'excès de prudence. On rappellera à cet égard que le surcroît de déférence accordé aux Etats et au législateur de l'Union s'opère bien souvent au détriment des intérêts des citoyens européens, ceux-là même dont la Cour a jadis affirmé qu'ils étaient les premiers sujets de l'ordre juridique de l'Union. Cet avertissement prend une acuité particulière lorsque l'on porte le regard sur l'autre pan du niveau cosmopolitique théorisé par Ferry, celui des relations entre l'Union et ses citoyens. Il semble en effet que, toute affairée à ne pas empiéter sur les plates-bandes du législateur de l'Union et de ses Etats membres, la Cour de justice s'accommode de quelques entailles dans le droit des citoyens à faire valoir leurs droits devant une juridiction supranationale, le cas échéant contre des actes de l'Union européenne.

Ici encore, quelques exemples tirés de la jurisprudence récente étayeront notre propos.

On évoquera d'abord la jurisprudence relative à l'article 263, alinéa 4, du TFUE, qui détermine les conditions de recevabilité des recours en annulation des particuliers contre des actes de l'Union européenne. Nul ne l'ignore, ces conditions de recevabilité ont traditionnellement fait l'objet d'une jurisprudence très restrictive de la part de la Cour de justice, rendant quasiment impossible l'intentement d'un recours en annulation contre un acte de droit dérivé à portée générale. On sait également que le traité de Lisbonne avait quelque peu assoupli ces conditions de recevabilité, supprimant l'exigence de l'affectation *individuelle* du requérant lorsque se trouvaient mis en cause des « actes réglementaires qui ne comportent pas de mesures d'exécution ». Les juridictions de l'Union ont rapidement été appelées à éclaircir le sens de cette dernière expression et, partant, à déterminer l'étendue de l'assouplissement décidé à Lisbonne.

Or, force est de constater que c'est une interprétation assez stricte qui a été retenue par les juges du Kirchberg.

D'une part, s'agissant de la notion d'acte réglementaire, les juges ont estimé qu'elle ne recouvrait que les actes *non législatifs* à portée générale⁴⁰. En d'autres termes, les actes adoptés par le Parlement et le Conseil par le biais d'une procédure législative ne sont pas affectés par la modification de l'article 263, al. 4 du TFUE, de sorte qu'ils demeurent pratiquement hors de portée de tout recours en annulation intenté par un particulier. On devine ici encore, derrière cette interprétation certes défendable au regard de l'historique de ce texte, le souci de prémunir le travail du législateur européen contre des procès intempestifs. Plus encore, la notion d'acte législatif s'est vue donnée une acception large dès lors qu'à suivre le Tribunal de l'Union, elle recouvre même des actes adoptés avant le traité de Lisbonne par le Conseil moyennant une simple consultation du Parlement, alors même que des actes adoptés par cette procédure depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne ne sont pas nécessairement des actes législatifs⁴¹.

D'autre part, s'agissant de la condition selon laquelle les actes concernés ne devaient pas comporter de mesures d'exécution, les juridictions de l'Union en ont également fait une lecture plutôt restrictive, estimant notamment que cette condition n'était pas remplie du simple fait que l'acte en question ne laissait aucun pouvoir discrétionnaire aux Etats chargés de l'exécuter⁴², et qu'elles ne pouvaient prendre en compte, dans l'appréciation du respect de cette condition, l'absence prétendue de voies de recours effectives au niveau national⁴³.

Mais la fermeté de la Cour ne se limite pas aux questions de procédure. On a évoqué plus haut la lecture restrictive que la Cour fait désormais de l'article 51 de la Charte des droits fondamentaux, restreignant l'étendue de son contrôle du respect des droits fondamentaux par les Etats membres. Cette jurisprudence peut avoir pour effet d'empêcher les citoyens européens de remettre en cause le bien-fondé d'injonctions émanant de l'Union européenne elle-même. On ne peut à cet égard que regretter l'attitude frileuse de la Cour de justice vis-à-vis des mesures « anti-crise » adoptées par les Etats membres sur les recommandations du Conseil ou de la Troïka. La Cour a chaque fois estimé que de telles mesures ne rentraient pas dans le champ d'application du droit de l'Union au sens de l'article 51 de la Charte, de sorte qu'elle n'était pas compétente pour en contrôler la conformité aux droits fondamentaux⁴⁴.

Dans la même perspective, il convient d'épingler la position de la Cour dans l'arrêt *Pringle* relatif à la validité de la décision autorisant la mise sur pied du Mécanisme européen de stabilité (le MES) et à la compatibilité du MES avec le droit primaire⁴⁵. Dans cette affaire complexe et politiquement très sensible, la juridiction de renvoi se demandait notamment si, en établissant une institution internationale en dehors du cadre strict de l'ordre juridique de l'Union, et en la plaçant dès lors hors du champ d'application de la Charte des droits

⁴⁰ Cf. T-18/10 *Inuit Tapiriit Kanatami e.a. c. Commission*, 6 septembre 2011, EU:T:2011:419; C-583/11 P *Inuit Tapiriit Kanatami e.a. c. Commission*, 3 octobre 2013, EU:C:2013:625.

⁴¹ T-121/10 *Conte a.a. c. Conseil*, 26 mars 2015, EU:T:2015:196.

⁴² Cf. e.a. T-379/11 *Hüttenwerke Krupp Mannesmann e.a. c. Commission*, 4 juin 2012, EU:T:2012:272, pt. 51 ; T-381/11 *Eurofer c. Commission*, 4 juin 2012, EU:T:2012:273, pt. 59 ; T-279/11 *T & L Sugars Ltd et Sidul Açúcares, Unipessoal Lda c. Commission*, 6 juin 2013, EU:T:2013:299, pt. 53.

⁴³ Cf. T-279/11 *T & L Sugars Ltd et Sidul Açúcares, Unipessoal Lda c. Commission*, précité, pts 68-72.

⁴⁴ Cf. C-117/14 *Proclava*, 5 février 2015, EU:C:2015:60; C-128/12 *Sindicato dos Bancários do Norte*, 7 mars 2013, EU:C:2013:149; C-434/11 *Corpul Național al Polițiștilor*, 14 décembre 2011, EU:C:2011:830. Sur ce point, cf. A FISCHER-LESCANO, « Human Rights in Times of Austerity Policy The EU institutions and the conclusion of Memoranda of Understanding », disponible à l'adresse http://www.etuc.org/sites/www.etuc.org/files/press-release/files/legal_opinion_human_rights_in_times_of_austerity_policy_final.pdf.

⁴⁵ C-370/12 *Thomas Pringle*, 27 novembre 2012, EU:C:2012:756, pts 78-82.

fondamentaux, les Etats membres n'avaient pas violé l'article 47 de la Charte qui garantit à toute personne une protection juridictionnelle effective. Au terme d'un raisonnement aussi cynique que circulaire, la Cour répondit que l'article 47 ne s'appliquait pas *in casu* dès lors que, comme l'avait relevé le juge *a quo*, les Etats agissaient ici en dehors du droit de l'Union.

On ajoutera que la Cour n'est pas beaucoup plus généreuse une fois qu'elle examine, au fond, la compatibilité d'actes de droit dérivé de nature législative (que l'on assimilera ici, par facilité, aux mesures adoptées par le Parlement et le Conseil) avec les droits fondamentaux. On doit bien sûr se réjouir que, dans une poignée d'affaires, les juges de l'Union n'aient pas hésité à invalider de tels actes⁴⁶. Il faut cependant reconnaître que ces arrêts restent (très) rares et que, sur ce point, le bilan de la Cour de justice est bien maigre comparé à celui de la plupart des juridictions constitutionnelles des Etats membres. La raison de cette pauvreté tient en partie à l'important pouvoir d'appréciation que la Cour accorde au législateur de l'Union, et qui implique pour le requérant de démontrer que l'atteinte alléguée aux droits fondamentaux est *manifestement* disproportionnée à l'objectif poursuivi.

L'affaire *Kokopelli* fournit un exemple éloquent de la difficulté à satisfaire une telle exigence probatoire⁴⁷. L'association sans but lucratif Kokopelli mettait en cause une série de dispositions de droit dérivé qui lui interdisaient de commercialiser des semences de variétés potagères et florales anciennes issues de l'agriculture biologique au motif que, n'étant pas suffisamment distinctes, stables et homogènes, ces variétés ne pouvaient être inscrites aux catalogues officiels des variétés des espèces de plantes agricoles. L'association estimait qu'une telle interdiction emportait une violation du principe de proportionnalité, de la libre circulation des marchandises, et du libre exercice de l'activité économique. Contre l'avis de son avocat général, la Cour rejeta l'argumentation de Kokopelli, estimant qu'une telle interdiction était justifiée par l'objectif de garantir la productivité de l'agriculture européenne. A l'argument de Kokopelli selon lequel un étiquetage approprié aurait permis d'alerter le consommateur sur l'éventuel déficit de productivité des semences qu'il s'apprêtait à acheter, les juges rétorquèrent qu'« eu égard au large pouvoir d'appréciation dont dispose le législateur de l'Union dans le domaine de la politique agricole commune, impliquant des choix de nature économique dans lesquels il est appelé à effectuer des appréciations et des évaluations complexes, ce législateur pouvait légitimement considérer que d'autres mesures, telles que l'étiquetage, ne permettraient pas de parvenir au même résultat que celui auquel aboutit [l'interdiction] » (pt. 59).

Pour finir cet examen du *ius cosmopolitanum*, on ne saurait passer sous silence l'Avis 2/13 rendu le 18 décembre 2014 par la Cour de justice en assemblée plénière, qui déclare incompatible avec le droit de l'Union européenne le projet d'adhésion de l'Union à la Convention européenne des Droits de l'Homme⁴⁸. L'espace manque pour livrer de cet avis

⁴⁶ Cf. principalement C-92 et C-93/09 *Volker und Markus Schecke GbR*, 9 novembre 2010, EU:C:2010:662 ; C-236/09 *Test-Achat*, 1^{er} mars 2011, EU:C:2011:100 ; C-293 et C-594/12 *Digital Rights Ireland*, 16 mai 2014, EU:C:2013:845 ;

⁴⁷ C-59/11 *Kokopelli*, 12 juillet 2012, EU:C:2012:447.

⁴⁸ Dès sa publication, cet avis a suscité une avalanche de commentaires assez contrastés dans des revues ou des articles en ligne : cf. e.a. T. LOCK, « Oops! We did it again – the CJEU's Opinion on EU Accession to the ECHR », consultable à l'adresse : <http://www.verfassungsblog.de/en/oops-das-gutachten-des-eugh-zum-emrk-beitritt-der-eu/> (dernière visite le 10 avril 2015); J-P. JACQUE, « Non à l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme ? », consultable à l'adresse : <http://www.droit-union-europeenne.be/412337458> ; H. LABAYLE, « La guerre des juges n'aura pas lieu. Tant mieux ? Libres propos sur l'avis 2/13 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de l'Union à la CEDH », consultable à l'adresse : <http://www.gdr-elsj.eu/2014/12/22/elsj/la-guerre-des-juges-naura-pas-lieu-tant-mieux-libres-propos-sur-lavis-213-de-la-cour-de-justice-relatif-a-ladhesion->

une description et une analyse un tant soit peu approfondies. De nombreux commentaires en ont du reste déjà été livrés, qui soulignent le plus souvent l'immodestie de la Cour, et son souci « politique » de ne pas abandonner son pré carré à son homologue strasbourgeoise. Il est difficile de ne pas partager ce sentiment. On voudrait néanmoins, pour étayer le propos de la présente contribution, porter la focale sur un autre aspect de cet avis. C'est que, parmi les nombreux griefs adressés par la Cour au projet d'accord qui lui était soumis, deux d'entre eux confirment, nous semble-t-il, notre hypothèse de départ.

Ces deux griefs sont épinglés par la Cour pour étayer son affirmation plus générale selon laquelle le projet d'adhésion « est susceptible de porter atteinte aux caractéristiques spécifiques du droit de l'Union et à l'autonomie de ce dernier » (pt. 200). D'une part, la Cour observe qu'aucune coordination n'est prévue entre l'article 53 de la CEDH – qui permet à un Etat partie à la Convention d'accorder une protection des droits fondamentaux plus généreuse que celle garantie par la CEDH – et l'article 53 de la Charte tel qu'interprété par la Cour de justice dans l'arrêt *Melloni* – lequel ne permet aux Etats membres de garantir un niveau plus élevé de protection que pour autant que cette garantie « ne compromette pas (...) la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union »⁴⁹ (pts 187-190). D'autre part, la Cour note que le projet d'adhésion ignore le principe de confiance mutuelle qui régit les relations entre les Etats membres, lequel implique que ces derniers puissent s'appuyer sur une présomption (réfragable) de respect des droits fondamentaux dans le chef des autres Etats membres (pts 191-195).

Le premier grief, qui s'ancre dans l'arrêt *Melloni*, témoigne d'un grand respect pour le législateur de l'Union. La Cour estime ainsi que la Convention européenne des Droits de l'Homme ne peut autoriser un Etat membre à accorder une protection des droits fondamentaux plus généreuse que celle fixée par le législateur de l'Union dès lors qu'un tel cavalier seul saperait la primauté, l'unité et l'intégrité du droit de l'Union. La Cour se montre une fois encore particulièrement soucieuse de protéger le travail législatif et le compromis qui en est issu, quitte à priver ses citoyens d'une meilleure protection de leurs droits.

Le second reproche adressé par la Cour témoigne cette fois d'une considération accrue pour les Etats membres. La Cour estime en effet que l'adhésion ne saurait avoir pour conséquence de remettre en cause la présomption de respect des droits fondamentaux dont jouissent ces derniers. En d'autres termes, la Cour offre aux Etats un commode paravent, qui ne peut être démonté – dans le cadre de la procédure d'asile à tout le moins – « qu'en invoquant l'existence de défaillances systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans cet Etat membre qui constituent des motifs sérieux et avérés de croire que ce demandeur courra un risque réel d'être soumis à des traitements inhumains ou

[de-lunion-a-la-cedh/](#) ; E. DUBOUT, « Une question de confiance: nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2015, chron. n° 9, consultable à l'adresse : <http://www.revuedlf.com/droit-ue/une-question-de-confiance-nature-juridique-de-lunion-europeenne-et-adhesion-a-la-convention-europeenne-des-droits-de-lhomme/> ; S. PLATON, « Le rejet de l'accord d'adhésion de l'Union européenne à la CEDH par la Cour de justice: un peu de bon droit, beaucoup de mauvaise foi ? », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2015, chron. n° 13, consultable à l'adresse <http://www.revuedlf.com/droit-ue/le-rejet-de-laccord-dadhesion-de-lunion-europeenne-a-la-cedh-par-la-cour-de-justice-un-peu-de-bon-droit-beaucoup-de-mauvaise-foi/> ; C. BARNARD, « Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR: looking for the silver lining », consultable à l'adresse : <http://eulawanalysis.blogspot.be/2015/02/opinion-213-on-eu-accession-to-echr.html>.

⁴⁹ C-399/11 *Melloni*, 26 février 2013, EU:C:2013:107, pt. 60.

dégradants »⁵⁰. Cette approche, très déférente à l'égard des Etats membres, ne semble pas au goût de la Cour de Strasbourg qui, sans explicitement se distancier de la position de la Cour de justice, a néanmoins estimé que « l'origine du risque encouru ne modifie en rien le niveau de protection garanti par la Convention et les obligations que celle-ci impose à l'Etat auteur de la mesure de renvoi. Elle ne dispense pas cet Etat d'examiner de manière approfondie et individualisée la situation de la personne objet de la mesure et de surseoir au renvoi au cas où le risque de traitements inhumains ou dégradants serait avéré »⁵¹.

S'il est possible de tirer quelque conclusion d'un survol aussi sommaire, force est d'observer que notre hypothèse de départ se voit ici encore confortée par l'examen de quelques décisions récentes – et importantes – relatives au troisième échelon de l'union cosmopolitique. S'y reflète d'abord et avant tout le souci de préserver les compromis forgés par le législateur de l'Union européenne, en les soustrayant à des recours intempestifs, en se gardant d'en donner une interprétation trop créative, et en les prémunissant contre les velléités d'Etats membres « francs-tireurs », dût-ce impliquer le renoncement à une élévation du niveau de protection des droits fondamentaux. S'y observe ensuite, dans le silence du droit dérivé, une attention croissante pour les intérêts et pour l'autonomie des Etats membres.

Conclusion

Les pages qui précèdent n'ont pas eu l'ambition de démontrer une vérité incontestable. On s'est limité à y formuler une hypothèse et à épingler les éléments qui, dans la jurisprudence récente de la Cour de justice, y apportent quelque crédit. En ce sens, cette contribution relève sans doute moins de la démonstration scientifique ou du calcul statistique que du tableau impressionniste ou du pari interprétatif. Un tel aveu ne saurait pour autant discréditer ces quelques réflexions tant nul n'ignore, aujourd'hui, que le droit – et plus encore son analyse – est tout entier pétri d'interprétations et de subjectivité.

Quel est, dès lors, ce tableau que l'on a esquissé ? Celui d'une jurisprudence en transition, dans le domaine des droits fondamentaux, de la citoyenneté et – dans une moindre mesure – des libertés de circulation. On le sait, ces trois domaines ont été d'abord délimités, occupés et étendus par une « Cour impériale », dont le premier objectif était de conférer des droits à « ses » particuliers, quitte à s'affranchir de l'intention des « maîtres des traités » au prix d'interprétations audacieuses du droit primaire. Cette époque du « constitutionnalisme supranational » semble néanmoins (au moins en partie) révolue.

D'une part, la montée en puissance du législateur de l'Union – dont le niveau d'activité et la légitimité démocratique n'ont cessé de croître – a amené un double changement dans l'attitude de la Cour de justice. D'un côté, celle-ci s'est faite plus discrète, préférant emboîter le pas du législateur plutôt que le devancer par un activisme jurisprudentiel qui s'autoriserait du seul esprit des traités. De l'autre, la Cour s'est érigée en gardienne des délibérations de cet embryon d'espace public européen, préservant la législation européenne des risques d'une judiciarisation paralysante. Cette considération accrue pour le travail du législateur de l'Union nous a conduit à conclure que la Cour adoptait désormais une posture plus « républicaine » que « constitutionnaliste ».

⁵⁰ Cf. C-411 et C-493/10 *N.S.*, EU:C:2011:865, pts 78-80; C-394/12 *Abdullahi*, 10 décembre 2013, EU:C:2013:813, pt. 60.

⁵¹ Arrêt du 5 novembre 2014, *Tarakhel c. Suisse*, pt. 104.

D'autre part, l'analyse de la jurisprudence relative aux trois domaines précités donne à voir une juridiction de plus en plus soucieuse des Etats membres. Sans doute sensibles à l'euroscepticisme ambiant, les juges de l'Union se gardent bien de verser dans les excès d'un « supranationalisme judiciaire » qui ne manquerait pas d'alimenter les critiques et les discours populistes. En matière de droits fondamentaux d'abord, la Cour limite ainsi l'étendue de son contrôle des mesures nationales et octroie une présomption de conformité aux Etats membres. Sur les questions relatives à la citoyenneté ensuite, les juges s'arrêtent prudemment au seuil des « situations purement internes » et semblent avoir renoncé à exhorter les Etats à faire preuve d'un minimum de solidarité. Dans le domaine de la libre circulation enfin, la Cour se montre plus sensible que jamais aux intérêts des Etats et à la nécessité pour ces derniers de sauvegarder leur identité. Loin du projet fédéral des Etats-Unis d'Europe, les juges de Luxembourg paraissent aujourd'hui engagés dans une optique cosmopolitique qui fait de la diversité des traditions nationales l'un des fondements de la construction européenne.

Ainsi résumé, ce tableau jurisprudentiel laisse songeur. On doit certainement approuver la Cour lorsqu'elle cherche à encourager l'émergence d'une démocratie européenne en préservant la volonté du législateur de l'Union. On ne peut davantage blâmer les juges de l'Union pour leur souci de respecter les identités nationales et les intérêts des Etats, en particulier à l'heure où le rêve européen semble durablement dans l'ornière. Il ne faudrait cependant pas que, par un de ces mouvements de balancier dont l'Histoire a le secret, la Cour verse dans l'excès de révérence. Les cours constitutionnelles ont été érigées pour protéger la démocratie contre elle-même. Les juridictions internationales ont été mises sur pied pour rappeler les Etats à leurs engagements. Il ne faudrait pas qu'à coups de *Dano*, de *Melloni* et d'Avis 2/13, la Cour se détourne de cette double mission et relègue « ses » citoyens à l'arrière-plan de ses préoccupations.