

LES DROITS FONDAMENTAUX DANS LE JARDIN DU MARCHÉ INTÉRIEUR

Par

Antoine BAILLEUX

Professeur à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Avocat au barreau de Bruxelles

antoine.bailleux@usaintlouis.be

Résumé : Loin de constituer le pré carré des États membres, un sanctuaire que le « jardinier » de l'Union européenne doit dévotement contourner dans son œuvre harmonisatrice, les droits fondamentaux constituent autant d'instruments pour parfaire le marché intérieur et prolonger l'intégration européenne, qu'ils soient invoqués avant (I), pendant (II) ou après (III) l'adoption de mesures de rapprochement des législations nationales.

Mots-clés : Droits fondamentaux ; Marché intérieur ; Libre circulation ; Intégration.

Abstract : Far from being the Member State's private preserve that the EU « gardener » should respectfully skirt round, fundamental rights can be used as tools in order to complete the internal market and bolster European integration, whether they are invoked before (I), during (II) or after (III) the adoption of EU harmonisation measures.

Keywords : Fundamental rights; Internal market; Free movement; Integration.

Introduction*

On a souvent tendance à se représenter les rapports entre les droits de l'homme et la libre circulation en des termes conflictuels. Là où les premiers apparaissent comme les porte-bannières de l'éthique sur le terrain juridique, la seconde est considérée comme un objectif politique dicté au droit par les sciences économiques. Et tandis que les droits de l'homme renvoient à l'idée d'une dignité humaine universelle et inaltérable, le marché intérieur porte en lui l'image froide et aseptisée d'un *homo oeconomicus* intéressé, calculateur, égocentrique.

Si elle n'est pas dénuée de pertinence, cette vulgate du prêt-à-penser paraît à la fois incomplète et trompeuse. D'abord, parce que le marché intérieur ne se bâtit pas selon une dynamique purement négative, à la seule faveur des litiges qui remettent en cause la compatibilité de telle ou telle mesure nationale avec les libertés de circulation. L'abolition des frontières nationales et l'établissement du marché intérieur requièrent une intervention positive du législateur européen, visant à harmoniser les réglementations nationales. Or, là où les droits fondamentaux heurtent souvent de front la dynamique dérégulatrice des libertés de circulation, ils entretiennent un rapport plus complexe avec les mesures visant à la construction d'un marché intérieur harmonisé, qui entend précisément régler par avance les conflits susceptibles de survenir entre les intérêts des acteurs économiques et les politiques publiques des États.

D'autre part, force est d'observer que les droits fondamentaux partagent des liens très étroits avec les libertés de circulation. Songeons aux hésitations de la Cour de justice, qui a souvent qualifié ces libertés de « droits fondamentaux »¹ même si elle leur préfère aujourd'hui la dénomination plus vague de « libertés fondamentales »². Pensons aussi au droit des citoyens à la libre circulation, consacré à l'article 21 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après, TFUE), qui s'enracine au moins autant dans l'esprit des droits de l'homme que dans la dynamique du marché intérieur. Songeons

enfin à ces nombreuses affaires dans lesquelles les droits fondamentaux viennent à la rescousse des libertés de circulation, soit pour servir les intérêts du libre-échange³, soit pour secourir un simple citoyen européen⁴.

Nous avons ailleurs entrepris une étude approfondie de ces relations ambivalentes entre libre circulation et droits fondamentaux, s'efforçant de les découper, de les catégoriser et de les ordonner⁵. Il n'est pas question de réitérer ici cet exercice fastidieux mais plutôt de capitaliser sur ce dernier pour proposer une grille d'analyse quelque peu différente des rapports entre les droits fondamentaux et le marché intérieur.

Cette grille d'analyse entend refléter le caractère dynamique et évolutif du marché intérieur. Loin d'être une réalité stable et acquise, le marché intérieur s'apparente davantage à un processus sans fin, à un horizon régulateur censé guider l'action des institutions européennes. Cette progression vers un espace économique unifié est rythmée par différents stades qui mettent en scène un rapport chaque fois différent entre les droits fondamentaux et le marché intérieur.

Pour exposer cette idée, qu'il nous soit permis de recourir à une métaphore – un brin audacieuse, nous en convenons – qui nous conduit à comparer le marché intérieur à un jardin, d'abord en friche (I), aménagé ensuite à coups de faux et de bêche (II), théâtre enfin des forces de la vie qui, de repousses en mauvaises herbes, appellent les soins continus du jardinier (III).

L'utilisation d'une telle figure de style suscitera, à n'en point douter, plus d'un haussement de sourcils. La dogmatique juridique se mêle des digressions littéraires. Elle les soupçonne de nuire à l'analyse du droit en détournant les juristes des impératifs de rigueur et d'objectivité qui fondent leur discipline. Gageons que cette défiance sera d'autant plus grande que la leur métaphore en question, loin de convoquer quelque noble image aux traits familiers (glaive, balance, bandeau), contamine le discours scientifique de références à la vulgaire boue de nos jardins.

* La présente contribution a été rédigée dans le cadre du Pôle d'Attraction Interuniversitaire (P.A.I.) « The global challenge of human rights integration : Towards a users' perspective » (<http://www.hright-gration.be>).

¹ Voy. not. CJCE, 13 juillet 1983, *Forcheri*, aff. C-152/82, ECLI:EU:C:1983:205, pt 11 ; CJCE, 15 octobre 1987, *Heylens*, aff. C-222/86, ECLI:EU:C:1987:442, pt 14 ; CJCE, 3 février 2000, *Dounias c/ Ministre des Affaires économiques*, aff. C-228/98, ECLI:EU:C:2000:65, pt 64 ; CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, aff. C-200/02, ECLI:EU:C:2004:639, pt 33.

² Voy. cependant déjà CJCE, 7 février 1979, *Knoors*, aff. C-115/78, ECLI:EU:C:1979:31, attendu n° 20 ; CJCE, 13 décembre 1989, *Christin Forries*, aff. C-46/89, ECLI:EU:C:1989:640, n° 8.

³ Voy. not. CJCE, 18 juin 1991, *ERT*, aff. C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254 ; CJCE, 8 mars 2001, *Gourmet International Products*, aff. C-405/98, ECLI:EU:C:2001:135 ; CJCE, 25 mars 2004, *Karner*, aff. C-71/02, ECLI:EU:C:2004:181.

⁴ Voy. not. CJCE, 7 juillet 1976, *Watson et Belmann*, aff. C-118/75, ECLI:EU:C:1976:106 ; CJCE, 29 avril 2004, *Orfanopoulos et Oliveri*, aff. C-482/01 et C-493/04, ECLI:EU:C:2004:262 ; CJUE, gde ch., 23 novembre 2010, *Tsakouridis*, aff. C-145/09, ECLI:EU:C:2010:708.

⁵ A. BAILLEUX, *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire. Essai sur la figure du jardinier*, Bruxelles, Bruylant – Publications des F.U.S.L.,

Il n'est pourtant plus grand monde – hors, peut-être, la communauté des juristes – à croire à la neutralité des discours scientifiques. On doit à la philosophie du langage de nous avoir montré que ce dernier est non seulement notre seule voie d'accès – cognitive – au réel, mais qu'il offre de celui-ci une version toujours médiante, partielle, déformée. S'il en est bien ainsi, alors il faut reconnaître que la métaphore constitue une façon d'approcher cette insaisissable réalité, et qu'elle projette sur celle-ci un regard non moins « objectif », « utile » ou « direct » qu'un autre. On peut même aller plus loin et affirmer que le déplacement de sens qu'elle induit confère à la métaphore une « plus-value heuristique » qui lui permet de mettre en lumière certains aspects méconnus de la réalité qu'elle décrit. Cela nous conduit à rappeler la fonction première de la métaphore, qui consiste à décrire et/ou à expliquer des phénomènes observés.

Loin donc d'être le signe d'une dérive littéraire incongrue, la métaphore « horticole » que l'on se propose de développer ci-dessous vise à provoquer un décentrement du regard qui, à son tour, permettra d'examiner sous un jour nouveau les rapports entre droits fondamentaux et marché intérieur. Pour convaincre les derniers sceptiques, on ajoutera que l'espace économique intégré que l'Union européenne s'efforce d'établir n'est pas moins un « jardin » qu'il n'est un « marché » au sens premier de ce terme, de sorte que lorsqu'il parle du « marché intérieur », le juriste manie la métaphore comme Monsieur Jourdain la prose.

I. La friche

Tout commence donc par un champ en friche. Un champ dans lequel, comme des fleurs ou des plantes qui rivalisent de façon désordonnée, les valeurs se heurtent et s'entrechoquent sans un quelconque plan d'ensemble. Ce chaos originel est celui du marché intérieur avant l'intervention du législateur européen. Dans ce jardin en jachère, les opérateurs économiques s'efforcent d'assurer la libre circulation de leurs produits et services en se servant comme d'un sarcloir des libertés fondamentales consacrées par les traités.

Dans cette première étape de l'intégration économique, ce sont les juges – européens et nationaux – qui endossent le rôle de jardiniers. Des jardiniers « intermittents », si l'on peut dire, appelés à la rescousse pour trancher de façon ponctuelle les litiges qui surgissent lorsque se dresse un obstacle sur la route du libre mouvement. Convoqué sur les lieux, le juge s'interroge sur la réalité, la légitimité et la pertinence dudit obstacle. La mesure nationale mise en cause entrave-t-elle effectivement la libre circulation ? Dans

l'affirmative répond-elle à une raison impérieuse d'intérêt général ? Le cas échéant, est-elle adéquate, nécessaire, proportionnée ? Mérite-t-elle d'imposer un détour au « libre circulant » ? Le juge européen n'a pas reçu des États membres mandat pour créer une autoroute ou un parking à la place du jardin régulateur qu'il lui appartient d'ordonner⁶. Il lui faut donc, à chaque instant, pondérer les valeurs et les intérêts qui lui sont présentés.

Tout cela est bien connu. Mais qu'en est-il des droits fondamentaux ? Où se trouvent-ils dans ce jardin originel ? Y occupent-ils une place centrale, un sanctuaire abritant les plus belles plantes que les sentiers contournent respectueusement ? Cette sacralisation des droits de l'homme a été plaidée devant la Cour. Dans les affaires *Bosman*⁷, *Viking*⁸, *Laval*⁹, mais aussi dans un arrêt *Commission c/ Allemagne*¹⁰, certains ont défendu l'idée que l'exercice d'un droit fondamental échappait par définition au champ d'application des libertés de circulation – transposant aux droits de l'homme la solution retenue par la Cour de justice à l'égard de certaines modalités de vente dans sa jurisprudence *Keck et Mithouard*¹¹. La Cour a

⁶ Dans son arrêt *Keck*, la Cour a ainsi déclaré que la libre circulation des marchandises ne permettait pas aux opérateurs économiques de (...) contester toute espèce de réglementations qui ont pour effet de limiter leur liberté commerciale, même si elles ne visent pas les produits en provenance d'autres États membres » (CJCE, 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, aff. C-267 et 268/91, ECLI:EU:C:1993:905). C'est sans doute cette jurisprudence à laquelle songe l'Avocat général Maduro lorsqu'il relève « (...) une volonté plus générale de la Cour de ne pas interpréter les règles de libre circulation des marchandises à la lumière d'un principe de libre exercice de l'activité commerciale » (conclusions présentées le 6 mai 2004 dans l'affaire *Carbonati Apuani*, aff. C-72/03, ECLI:EU:C:2004:296, pt 9). Dans le même sens, on soulignera les observations intéressantes que nous livre l'Avocat général Tesuro, qui dans ses conclusions du 27 octobre 1993 dans l'affaire *Hänemann* (aff. C-292/92, ECLI:EU:C:1993:865), se demandait déjà : « L'article 30 du traité CEE est-il une disposition de libéralisation des échanges intracommunautaires ou une disposition destinée plus généralement à promouvoir le libre exercice de l'activité commerciale dans chaque État membre ? ». Quelques années plus tard, il revenait sur le sujet en affirmant non sans raison que privilégier la seconde interprétation « (...) permettrait aux opérateurs économiques – qu'ils soient nationaux ou étrangers – d'utiliser de façon abusive l'article 43 CE pour s'opposer à toute mesure nationale qui, du simple fait qu'elle régit les modalités d'exercice d'une activité économique, est susceptible, en dernière analyse, de restreindre les marges de profit et par là même l'intérêt à exercer ladite activité économique. Cela reviendrait cependant à orienter le traité vers un objectif qui n'est pas le sien : non pas celui d'instaurer un marché intérieur connaissant des conditions semblables à celles d'un marché unique et dans lequel les opérateurs peuvent circuler librement, mais celui d'instaurer un marché sans règles, voire un marché où les règles sont, en principe, interdites, sauf lorsqu'elles sont nécessaires et proportionnées en vue de satisfaire à des exigences impératives d'intérêt général » (conclusions présentées le 25 mars 2004 dans l'affaire *CaixaBank France*, aff. C-442/02, ECLI:EU:C:2004:187).

⁷ CJCE, 15 décembre 1995, *Union royale belge de football c/ Bosman*, aff. C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463, pts 79-81.

⁸ CJCE, gde ch., 11 décembre 2007, *ITWF e.a. c/ Viking*, aff. C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772, pts 42-44.

⁹ CJCE, gde ch., 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*, aff. C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809, pt 95.

¹⁰ CJCE, gde ch., 15 juillet 2010, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-271/08, ECLI:EU:C:2010:426, pts 41-42.

¹¹ CJCE, 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, aff. C-267/91 et C-268/91, ECLI:EU:C:1993:905.

toujours rejeté de telles propositions, estimant que l'exercice de ces droits devait au contraire se concilier avec les impératifs de libre circulation.

S'ils n'occupent pas un espace sacré, peut-on alors au moins considérer que les droits fondamentaux habitent un parterre surélevé, qui les distingue des autres éléments du jardin, et que l'on ne peut prétendre traverser que moyennant le respect de conditions particulières ? Certains arrêts et conclusions d'avocats généraux semblent donner du crédit à cette présentation des choses, qui ferait de la protection des droits fondamentaux une raison impérieuse plus importante que les autres. Dans ses arrêts *Schmidberger*¹² et *United Pan-Europe*¹³, la Cour laisse entendre qu'il ne faut pas traiter les conflits entre libre circulation et droits fondamentaux sur le mode principe-exception mais qu'il faut plutôt, pour reprendre les termes de l'Avocat général Trstenjak dans l'affaire *Blanco Perez*, considérer que ces « deux notions juridiques ont un rang égal ». Mme Trstenjak poursuit en affirmant que « cette égalité de principe signifie, d'une part, que les libertés fondamentales peuvent être restreintes dans l'intérêt des droits fondamentaux. Mais elle implique aussi, d'autre part, que l'exercice des libertés fondamentales peut justifier une restriction des droits fondamentaux »¹⁴.

Pour séduisante qu'elle soit, cette présentation des choses paraît toutefois démentie par une analyse attentive de la jurisprudence de la Cour. Force est en effet d'observer qu'en dépit des professions de foi qui ponctuent les motifs de – certains de – ses arrêts, la Cour de justice n'accorde guère, concrètement, un traitement plus favorable aux mesures nationales qui se réclament d'un droit fondamental qu'à celles qui entendent poursuivre un intérêt censé plus « trivial » – protection des mineurs¹⁵, de l'ordre public¹⁶ ou de la santé¹⁷. Sans doute la Cour octroie-t-elle parfois aux États une

¹² CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. C-112/00, ECLI:EU:C:2003:333.

¹³ CJCE, 13 décembre 2007, *United Pan-Europe Communications Belgium*, aff. C-250/06, ECLI:EU:C:2007:783.

¹⁴ Conclusions rendues le 14 avril 2010 dans l'affaire *Blanco Perez*, aff. C-570/07, ECLI:EU:C:2009:587, pt 81. Dans le même sens, voy. ses conclusions du 2 juin 2010 dans l'affaire *Iatryna Typou*, aff. C-81/09, ECLI:EU:C:2010:304, pts 86 et s.

¹⁵ Voy. p. ex. CJCE, 14 février 2008, *Dynamic Medien*, aff. C-244/06, Rec., p. I-505.

¹⁶ Voy. not. CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn*, aff. C-41/74, ECLI:EU:C:1974:133, pt 18 ; CJUE, 27 octobre 1977, *Bouchereau*, aff. C-30/77, ECLI:EU:C:1977:172, pt 34 ; CJCE, 17 juin 1997, *Shingara*, aff. C-65/95 et C-111/95, ECLI:EU:C:1997:300, pt 30 ; CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, aff. C-360/02, ECLI:EU:C:2004:614, pt 31 ; CJUE, 22 décembre 2010, *Soyuz-Witgenstein*, aff. C-208/09, ECLI:EU:C:2010:806, pt 87.

¹⁷ Voy. not. CJCE, 15 novembre 2007, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-319/05, ECLI:EU:C:2007:678, pt 86 ; CJCE, 5 mars 2009, *Commission c/ Espagne*, aff. C-88/07, ECLI:EU:C:2009:123, pt 86 ; CJUE, 28 janvier 2010, *Commission c/ France*, aff. C-333/08, ECLI:EU:C:2010:44, pt 85.

marge d'appréciation singulièrement étendue lorsqu'ils se prévalent du souci de protéger un droit fondamental¹⁸. Mais il s'en faut de beaucoup que tous les conflits entre libre circulation et droits de l'homme se règlent par l'attribution d'une autonomie accrue aux États. À l'inverse, la Cour donne aux États une marge d'appréciation étendue dans d'innombrables cas qui ne mettent pas en scène un droit de l'homme¹⁹.

Si elle n'est pas exempte de critiques, cette jurisprudence ne paraît pas pour autant dénuée de bon sens. C'est que, si les droits fondamentaux peuvent s'apparenter à de rosiers rares dans le jardin des *valeurs*, ils prennent, sur le terrain du *droit*, davantage la forme de ces rhizomes dont les tentacules infinis quadrillent le sous-sol des prairies en fleurs. Pour s'en convaincre, on observera que toutes les raisons impérieuses d'intérêt général peuvent, d'une manière ou d'une autre, être reliées à l'un des droits – ou des principes – inscrits dans la Charte des droits fondamentaux. À titre d'exemple, notons qu'une législation belge imposant une obligation de déclaration préalable aux prestataires de services établis dans d'autres États membres, et justifiée par le souci de combattre la fraude et le dumping social, a été reléguée par l'Avocat général Cruz Villalon à l'article 31 de la Charte qui garantit un standard élevé de protection sociale du travailleur²⁰. Dans le même sens, on mentionnera l'arrêt *Blanco Perez* de la Cour de justice, qui établit un lien entre une réglementation espagnole instaurant une distance minimale entre les officines pharmaceutiques et l'article 35 de la Charte, lequel impose un niveau élevé de protection de la santé humaine²¹.

Les États eux-mêmes l'ont du reste bien compris, qui n'hésitent pas, pour s'opposer aux impératifs de la libre circulation, à invoquer l'existence de droits fondamentaux qui leur appartiendraient en propre. Pensons notamment au droit fondamental à détenir des *golden shares* dans certaines entreprises, invoqué par le Portugal dans le cadre d'une procédure en

¹⁸ CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. C-112/00, préc., pts 81-82 ; CJCE, 13 décembre 2007, *United Pan-Europe Communications Belgium*, aff. C-250/06, préc., pt 44 ; CJCE, 23 mars 2004, *Kärner*, aff. C-71/02, préc., pt 51 ; CJUE, 3 mars 2011, *Commission c/ Belgique*, aff. C-134/10, ECLI:EU:C:2011:117, pt 53.

¹⁹ Pour une critique de cette jurisprudence, voy. A. BAILLEUX, « La marge d'appréciation dans le contenu des libertés de circulation. Quelle flexibilité au-delà du slogan ? », in D. KAMINSKI (dir.), *La flexibilité des sanctions – XX^e Journées juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 519-539. ²⁰ Conclusions présentées le 19 juillet 2012 dans l'affaire *Commission c/ Belgique*, aff. C-577/10, ECLI:EU:C:2012:477, pt 45.

²¹ Dans le même sens, voy. CJUE, gde ch., 13 avril 2010, *Bressol et Claverot*, aff. C-73/08, ECLI:EU:C:2010:181, pts 83-88.

manquement²². Songeons aussi au droit à la diversité linguistique avancé par le Gouvernement belge dans l'affaire *Las*²³.

En réalité, il n'est pas jusqu'aux libertés de circulation elles-mêmes qui n'entretiennent des liens très proches avec les droits fondamentaux. Il importe de rappeler à cet égard que le droit à la libre circulation et le principe de non-discrimination sont inscrits dans la Charte. On évoquera aussi les innombrables affaires dans lesquelles la libre circulation fait cause commune avec la liberté d'expression (pensons aux affaires concernant la libre diffusion des médias²⁴), avec le droit à la vie privée et familiale (songeons au contentieux relatif au droit de résidence des proches parents des citoyens européens²⁵) ou avec le droit à la santé (pensons à la jurisprudence relative aux pratiques de « tourisme sanitaire »²⁶).

Cette prolifération *ad infinitum* des droits fondamentaux explique sans doute l'impossibilité, pour la Cour de traiter *réellement* ces derniers comme une catégorie juridique à part. Si elle venait à le faire, elle se trouverait immanquablement (sauf hiérarchisation ou restriction de la liste des droits fondamentaux – piste que nous avons explorée ailleurs²⁷) confrontée à des conflits de droits fondamentaux, voire même à des batailles rangées opposant plusieurs droits de l'homme, sans autre boussole pour la guider que son sens de l'équité et du raisonnable.

Ce constat ne signifie toutefois pas que la catégorie des droits fondamentaux se réduise à du vent dans la jurisprudence relative aux libertés de circulation. Au contraire, elle constitue une pièce centrale de l'arsenal rhétorique (au sens noble du mot) que juges et avocats généraux n'hésitent pas à utiliser pour convaincre leur auditoire de la justesse de la solution qu'ils adoptent.

À titre d'exemple, on évoquera l'Avocat général Bot qui, dans l'affaire *Josemans*, invoque le nécessaire respect des droits fondamentaux (et du droit

²² Conclusions présentées le 2 décembre 2009 par l'Avocat général Mengozzi dans l'affaire *Commission c/ Portugal*, aff. C-171/08, ECLI:EU:C:2009:743, pts 36, 42 et 77.

²³ Conclusions présentées le 12 juillet 2012 par l'Avocat général Jääskinen dans l'affaire *Anton Las*, aff. C-202/11, ECLI:EU:C:2012:456, pts 56-58.

²⁴ Voy. par ex. CJCE, 26 juin 1997, *Familiapress*, aff. C-368/95, ECLI:EU:C:1997:325 ; CJCE, 18 juin 1991, *ERT*, aff. C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254.

²⁵ Voy. par ex. CJCE, 11 juillet 2002, *Carpenier*, aff. C-60/00, ECLI:EU:C:2002:434 ; CJUE, gde ch., 15 novembre 2011, *Dereci*, aff. C-256/11, ECLI:EU:C:2011:734, pt 72.

²⁶ Voy. par ex. les conclusions présentées le 14 avril 2011 par l'Avocat général Trstenjak dans l'affaire *Commission c/ Portugal*, aff. C-255/09, *Rec.*, p. I-10547, pt 1.

²⁷ Voy. A. BAILLEUX, *Les interactions... op. cit.*, spéc. pp. 602-622 ; A. BAILLEUX, « Entrave et droits fondamentaux », in L. AZOULAI (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 225-258.

à la santé en particulier) pour dénier au cannabis le bénéfice de la libre circulation des marchandises²⁸. Mais on pourrait aussi citer l'avocat général Cruz Villalon qui a jugé exceptionnellement graves des législations réservant aux nationaux l'accès à la profession de notaire, dès lors que ces législations portaient non seulement atteinte à la liberté d'établissement²⁹, mais aussi au droit fondamental à l'égalité et à la non-discrimination³⁰. La Cour elle-même ne se fait pas faute de souligner, comme pour justifier sa jurisprudence audacieuse dans ce domaine, que la libre circulation des personnes constitue à la fois une des libertés fondamentales du marché intérieur et un droit fondamental reconnu dans la Charte³¹.

II. La taille

Le jardin n'est toutefois pas condamné à la friche. Agissant sur la base des articles 114 et suivants du TFUE, le législateur européen s'efforce d'en ordonner les différents éléments de manière systématique et équilibrée. Ce sera tantôt le jardin à la française, avec des mesures d'harmonisation exhaustive, qui découpent les parterres au cordeau et entendent substituer un plan d'ensemble à la juxtaposition des parcelles réglementaires nationales. Ce sera tantôt le jardin à l'anglaise qui, à l'aide du principe de reconnaissance mutuelle, se contente de tracer des allées entre des parcelles dont il s'interdit de contrôler à l'excès le développement spontané.

Qu'il suive l'un ou l'autre de ces modèles, le législateur de l'Union intervient pour ordonner, pacifier et « codifier » les rapports entre les exigences de la libre circulation et le respect des valeurs qui s'y opposent ou s'y rattachent. Dans ce périlleux exercice de mise en balance, les droits fondamentaux ne sont jamais loin. Pensons aux mesures d'harmonisation relatives au traitement des données à caractère personnel³² qui, aux fins d'assurer la libre circulation de ces données, entendent maintenir un équilibre entre le respect du droit à la vie privée et les exigences de la liberté d'expression.

²⁸ Conclusions présentées le 15 juillet 2010 dans l'affaire *Marc Josemans*, aff. C-137/09, ECLI:EU:C:2010:433, pts 26 et 105.

²⁹ Conclusions présentées le 14 septembre 2010 dans les affaires *Commission c/ Belgique* « a », aff. C-47/08, ECLI:EU:C:2011:334, pt 129.

³⁰ Voy. not. CJCE, gde ch., 25 juillet 2008, *Merock*, aff. C-127/08, ECLI:EU:C:2008:449, pts 82 et 59 ; CJUE, 5 mai 2011, *Mc Carthy*, aff. C-434/09, ECLI:EU:C:2011:277, pt 27 ; CJUE, 15 novembre 2011, *Dereci*, aff. C-256/11, préc. pt 50.

³¹ Cf. not. le règlement (UE) n° 2016/679 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (JO, 2016, L 119, pp. 1-88), qui abroge la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, (JO, L 281, p. 31).

Évoquons aussi la directive « Service de médias audiovisuels »³², qui entend protéger les droits de propriété des organismes de radiodiffusion télévisuelle (qui détiennent des droits exclusifs de transmission) sans hypothéquer le droit du public à l'information, et notamment celui de visionner des événements qui présentent un intérêt majeur pour la société.

Lorsque la validité d'une telle mesure est mise en cause en raison d'une atteinte à un droit fondamental, c'est bien souvent le compromis qu'elle opère entre valeurs concurrentes qui se trouve questionné. L'équilibre réajusté, au niveau législatif européen, entre la dynamique dérégulatoire du marché et la nécessaire protection d'intérêts non marchands se voit ainsi contesté devant le juge de Luxembourg.

Dans cette perspective, les droits fondamentaux sont parfois invoqués en soutien de ces valeurs non marchandes pour contrer l'excès d'une législation jugée trop encline à « laisser faire » et « laisser passer ». Ce fut le cas dans l'affaire *Pays-Bas c/ Parlement et Conseil*³³, portant sur la validité de la directive relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, dont le Gouvernement néerlandais considérait qu'elle privilégiait la propriété intellectuelle au détriment du droit à la dignité humaine.

Mais les droits de l'homme sont aussi régulièrement invoqués pour demander un surcroît de dérégulation. Émanations de la liberté individuelle, ils imposent aux autorités de l'Union une obligation d'abstention. Ont ainsi été mises en cause pour violation du droit à la propriété et au libre exercice de l'activité économique des mesures de rapprochement des législations en matière d'emballage des produits du tabac³⁴, de traitement des huiles usagées³⁵, d'allégations relatives à la teneur en sel ou en sodium des eaux minérales naturelles³⁶, de mise sur le marché des médicaments vétérinaires³⁷, de protection du droit d'auteur³⁸, de reconnaissance rapide de médicaments³⁹,

³² 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, *JOUE*, L 95, 2010, p. 1.

³³ CJUE, 9 octobre 2001, *Pays-Bas c/ Parlement et Conseil*, aff. C-377/98, ECLI:EU:C:2001:523.

³⁴ CJUE, 4 mai 2016, *Philip Morris e.a.*, C-547/14, EU:C:2016:325.

³⁵ CJCE, 7 février 1985, *Procureur de la République c/ Association de défense des brûleurs d'huiles usagées (ADBU)*, aff. C-240/83, ECLI:EU:C:1985:59.

³⁶ CJUE, 17 décembre 2015, *Neptuna Distribution*, C-157/14, ECLI:EU:C:2015:823.

³⁷ CJCE, 2 avril 1998, *Norbrook Laboratories*, aff. C-127/95, ECLI:EU:C:1998:151.

³⁸ CJCE, 28 avril 1998, *Meronome Musik GmbH c/ Music Point Holamp GmbH*, aff. C-200/96, ECLI:EU:C:1998:172.

³⁹ CJCE, 3 décembre 1998, *The Queen c/ The Licensing Authority, ex parte Generics*, aff. C-368/96, ECLI:EU:C:1998:583.

d'expérimentations animales dans le cadre de la fabrication de cosmétiques⁴⁰ ou encore de commercialisation des compléments alimentaires⁴¹.

Ces quelques exemples montrent une fois encore le caractère protéiforme des droits fondamentaux, qui volent tantôt à la rescousse des opérateurs économiques, tantôt au secours des valeurs non marchandes qui s'y opposent. Du reste, les apparences sont parfois trompeuses. Il n'est ainsi pas rare que les intérêts marchands trouvent des alliés inattendus dans des droits fondamentaux aussi peu suspects de « compromission » que la liberté d'expression ou le droit à la vie privée. En sens inverse, il arrive que derrière le droit au libre exercice de l'activité économique se cachent les intérêts des parties faibles, victimes du lobbying intensif de multinationales concurrentes.

À titre d'illustration du premier cas de figure, on évoquera l'affaire *RTL Television*⁴², qui portait sur la validité d'une directive limitant le nombre et la durée des pauses publicitaires au cours de la transmission d'une œuvre audiovisuelle. Cette directive fut attaquée au motif que de telles restrictions portaient indûment atteinte à la liberté d'expression – commerciale – des organismes de radiodiffusion télévisuelle.

Dans le même sens, on mentionnera l'affaire *Laserdisken*⁴³, qui portait sur la validité d'une disposition laissant au titulaire du droit d'auteur la possibilité de s'opposer à l'importation – et à la commercialisation – de son œuvre dans un État membre de la Communauté lorsqu'il avait seulement consenti à cette commercialisation en dehors du territoire communautaire. *Laserdisken*, une société consacrée à la vente de copies d'œuvres cinématographiques, mit en cause cette règle au motif qu'une telle restriction au libre échange « (...) a pour effet de priver les citoyens de l'Union de leur droit de recevoir des informations, en violation de l'article 10 de la [CEDH] » (pt 60).

À titre d'exemple du second scénario, on mentionnera l'affaire *Kokopelli*⁴⁴, qui concernait la validité de la directive 2002/55 relative aux légumes⁴⁵. Cette directive fut mise en cause au nom de la liberté d'entreprise et de la libre circulation des marchandises par une association œuvrant pour la

⁴⁰ CJCE, gde ch., 24 mai 2005, *France c/ Parlement et Conseil*, aff. C-244/03, ECLI:EU:C:2005:299.

⁴¹ CJCE, gde ch., 12 juillet 2005, *Alliance for Natural Health*, aff. C-154/04 et C-155/04, ECLI:EU:C:2005:449.

⁴² CJCE, 23 octobre 2003, *RTL Television*, aff. C-245/01, ECLI:EU:C:2003:580.

⁴³ CJCE, gde ch., 12 septembre 2006, *Laserdisken*, aff. C-479/04, ECLI:EU:C:2006:549.

⁴⁴ CJUE, 12 juillet 2012, *Association Kokopelli*, aff. C-59/11, ECLI:EU:C:2012:447.

⁴⁵ Directive 2002/55/CE du Conseil du 13 juin 2002 concernant la commercialisation des semences de légumes, *JOCE*, L 193, 2002, p. 33.

commercialisation d'anciennes variétés de plantes et de légumes, qui se voyaient interdire l'accès au marché européen en raison des conditions sanitaires très strictes posées par la directive – au plus grand bénéfice de l'industrie alimentaire conventionnelle. Le pot de terre se réclame ici de la liberté d'entreprise tandis que le pot de fer se drape dans le noble idéal de la santé publique.

Pas plus que dans le « terrain en friche » les droits fondamentaux n'ont droit à un traitement de faveur dans le jardin ordonné par le législateur européen.

Les juges du Kirchberg examinent les motifs tirés du respect des droits de l'homme avec une grande circonspection. Combattant un usage souvent rhétorique des droits fondamentaux, ils n'hésitent pas à mettre en doute l'existence même d'une atteinte à l'un de ceux-ci. Que la règle de l'épuisement du droit d'auteur soit de nature à restreindre la liberté de recevoir des informations⁴⁶ ou que le droit de propriété d'un acteur économique puisse être affecté par une modification des règles du marché⁴⁷, que la règle de définition des médicaments « par présentation » soit susceptible de limiter la liberté d'expression des tiers⁴⁸, ou que l'interdiction de commercialiser des compléments alimentaires porte atteinte à la vie privée des consommateurs de ces produits⁴⁹, voilà qui ne va pas nécessairement de soi pour la Cour de justice⁵⁰.

Le scepticisme de la Cour ne s'arrête cependant pas là. Les motifs tirés d'une violation des droits fondamentaux qui surmontent ce premier obstacle se brisent en effet bien souvent sur l'écueil de la proportionnalité. La Cour n'a jamais cessé de rappeler que loin de constituer des prérogatives absolues, les droits fondamentaux « (...) doivent être pris en considération par rapport à leur fonction dans la société » et doivent, dès lors, pouvoir être limitées au nom d'objectifs d'intérêt général. Des restrictions peuvent donc leur être apportées pourvu qu'elles « (...) répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis et ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même des droits ainsi garantis »⁵¹.

⁴⁶ CJCE, gde ch., 12 septembre 2006, *Lasertischen*, aff. C-479/04, préc., pt 64.

⁴⁷ CJCE, gde ch., 14 décembre 2004, *Swedish Match*, aff. C-210/03, ECLI:EU:C:2004:802, pt 73.

⁴⁸ CJCE, 28 octobre 1992, *Procédure pénale c/ Ter Voort*, aff. C-219/91, ECLI:EU:C:1992:414, pt 37.

⁴⁹ CJCE, 12 juillet 2005, *Alliance for Natural Health*, aff. C-154/04 et C-155/04, ECLI:EU:C:2005:449, pt 124.

⁵⁰ CJCE, 7 décembre 2006, *SGAE c/ Rafael Hoteles*, aff. C-306/05, ECLI:EU:C:2006:764, pt 53.

⁵¹ Voy. not. l'arrêt *Swedish Match*, préc., pt 72.

Cette opération de « relativisation » des droits de l'homme a conduit la Cour à reconnaître au législateur européen une marge d'appréciation considérable, la Cour se limitant à vérifier l'absence de *disproportion manifeste* entre l'objectif poursuivi par l'acte mis en cause et l'atteinte qu'il porte à un droit fondamental.

En d'autres termes, il importe peu que le motif d'annulation avancé par les requérants soit présenté ou reconnu expressément par la Cour comme un droit de l'homme. La protection de valeurs aussi disparates que la liberté d'expression, l'environnement ou la liberté de circulation semble soumise à un test de proportionnalité uniformément limité par la marge d'appréciation considérable dont jouit le législateur de l'Union. S'enquiert-on de l'atteinte causée à un droit fondamental par une mesure de rapprochement des législations nationales, il ne manque jamais de candidat pour incarner une valeur opposée et justifier ainsi le « compromis » réalisé par la réglementation mise en cause⁵².

Relativisés à l'extrême, les droits fondamentaux se voient ainsi abaissés au statut de « simples » intérêts, marchands ou non marchands, lesquels peuvent tous se réclamer plus ou moins directement de l'idéologie des droits de l'homme. La catégorie des droits apparaît alors non pas comme *susceptible* d'un usage rhétorique mais comme une figure rhétorique en elle-même, comme un artefact du langage juridique, comme la simple traduction dans le champ juridictionnel de valeurs éthiques ou politiques. Si cette approche privilégiée par la Cour de justice prétend renouer avec une vision essentialiste, ce n'est pas seulement pour déconstruire les effets de manche déployés *hic et nunc* par d'émphatiques plaideurs, mais bien plus fondamentalement pour répudier la plus-value normative conférée aux intérêts habillés – arbitrairement – en droits.

La jurisprudence récente conduit néanmoins à relativiser cette conclusion, s'agissant d'un droit fondamental spécifique, à savoir le droit à la protection des données à caractère personnel. A plusieurs reprises, la Cour a invalidé un acte de droit dérivé adopté dans le cadre du marché intérieur au motif qu'il emportait une restriction disproportionnée à l'article 8 de la Charte⁵³. Sans rentrer dans le détail de ces affaires, observons que la Cour y

⁵² A titre d'exemple, voy. CJUE, 6 septembre 2012, *Deutsches Weintor*, aff. C-544/10, ECLI:EU:C:2012:526, pts 44-59.

⁵³ CJUE, gde ch., 9 novembre 2010, *Volker e.a.*, C-92/09 et C-93/09, ECLI:EU:C:2010:662 ; CJUE, gde ch., 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*, C-293/12 et C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238 ; CJUE, gde ch., 6 octobre 2015, *Maximilian Schrems*, C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650.

considère qu'en égard à l'importance de la protection des données à caractère personnel dans la garantie du droit fondamental à la vie privée, les autorités de l'Union – exécutive comme législative – voient leur pouvoir d'appréciation « réduit »⁵⁴, soumis à « un contrôle strict »⁵⁵, qui n'admet des restrictions à ce droit que dans les limites du « strict nécessaire »⁵⁶. Reste à voir si cette jurisprudence s'étendra au-delà du droit à la protection des données à caractère personnel.

III. La vie

Mais pas plus que la nature, les droits fondamentaux ne se laissent enfermer dans des parterres tracés une fois pour toutes. Nous voici arrivés au troisième stade du développement du jardin. Celui de la vie, qui se redéveloppe après le passage de la bêche du jardinier. Les fleurs poussent, obscurcissent le chemin, entrent en compétition avec d'autres plantes. Des champs en friche se développent, qui avaient été ignorés – volontairement ou non – par le législateur de l'Union. Les questions préjudicielles en interprétation du droit dérivé pleuvent sur Luxembourg, et le jardinier interrompt ses bottes. Cette fois-ci, cependant, il n'est plus question pour le juge de l'Union de sarcler à tort et à travers, mais tout au mieux de tailler avec prudence, à la marge. Le sécateur vient remplacer la tronçonneuse.

Cette prudence trouve à s'exprimer dans les nombreuses affaires qui voient la Cour esquisser la question et « botter en touche ». Refusant de trancher le conflit de valeurs qui lui est présenté et qui surgit d'une mesure de droit dérivé, la Cour se décharge de sa responsabilité sur les États membres.

Prudente, l'attitude de la Cour l'est sans doute moins par déférence pour l'autonomie des États membres que par intérêt stratégique bien compris. En renvoyant la question aux autorités nationales, la Cour ne leur signe pas un chèque en blanc. Pas même ne leur confère-t-elle une marge d'appréciation accrue dans la pondération des intérêts en jeu. Tel un sphinx, elle prétend leur donner les clés de l'énigme sans leur offrir la réponse.

En résultat pour elle un double bénéfice. D'une part, elle ne prend pas le risque d'écorner son autorité en hasardant elle-même une solution à ces *hard cases*. D'autre part, elle conserve la possibilité de contrôler *a posteriori*

la solution dégagée par les autorités nationales, signalant ainsi que la protection des droits fondamentaux dans la mise en œuvre de la législation relative au marché intérieur continue de relever du droit de l'Union⁵⁷.

L'affaire *Lindqvist* offre une bonne illustration de cette attitude⁵⁸. Forcée de communiquer dans une paroisse suédoise, Mme Lindqvist avait créé des pages Internet contenant des informations personnelles sur les collègues de sa paroisse sans le consentement de ces derniers. Poursuivie pénalement pour violation de la loi suédoise transposant la directive 95/46 relative à la protection des données à caractère personnel, Mme Lindqvist estima que la directive en question portait atteinte à sa liberté d'expression. Saisie sur question préjudicielle, la Cour a estimé que si elle permettait de mettre en balance des droits et intérêts divergents, la directive relative au traitement des données à caractère personnel contenait des dispositions « (...) relatives générales vu qu'elle doit s'appliquer à un grand nombre de situations très diverses ». Dès lors, « [c]'est (...) plutôt au stade de la mise en œuvre sur le plan national de la réglementation transposant la directive 95/46 dans des cas d'espèce particuliers que doit être trouvé un juste équilibre des droits et intérêts visés ». Et de conclure à l'obligation pour les autorités et les juridictions nationales « non seulement d'interpréter leur droit national d'une manière conforme à la directive 95/46, mais également de veiller à ne pas se fonder sur une interprétation de cette dernière qui entrerait en conflit avec les droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire ou avec les autres principes généraux du droit communautaire, tels que le principe de proportionnalité ».

On ne peut qu'admirer l'habileté de la Cour, qui retourne contre les États membres et met au service de l'intégration européenne l'argument tiré des droits fondamentaux. Invoquée pour remettre en cause la validité de la directive 95/46, la liberté d'expression est finalement utilisée par la Cour pour prolonger et compléter le rapprochement des mesures nationales effectué par la législation européenne. Cette approche très « fédérale » n'est en rien remise en cause par le fait que la situation en jeu ne présente en réalité aucun lien avec le marché intérieur⁵⁹.

⁵⁷ Pour un exemple d'un tel contrôle voy. CJUE, 24 novembre 2011, *ASNEF*, aff. C-468/10 et C-469/10, ECLI:EU:C:2011:771.

⁵⁸ CJCE, 6 novembre 2003, *Lindqvist*, aff. C-101/01, ECLI:EU:C:2003:596.

⁵⁹ Dans son arrêt *Lindqvist* préc., la Cour a ainsi considéré que faire dépendre l'applicabilité de la directive de l'existence d'un lien suffisant avec la liberté de circulation « (...) risquerait de rendre les limites du domaine d'application de ladite directive particulièrement incertaines et aléatoires, ce qui serait contraire à l'objectif essentiel de celle-ci, qui est de rapprocher les dispositions (...) des États membres afin d'éliminer les obstacles au fonctionnement du marché intérieur (...) » (pt 41).

⁵⁴ Arrêt *Digital Rights* préc., pt 48 ; arrêt *Schrems* préc., pt 78.

⁵⁵ Arrêt *Digital Rights* préc., pt 48 ; arrêt *Schrems* préc., pt 78.

⁵⁶ Arrêt *Digital Rights* préc., pt 52 ; arrêt *Schrems* préc., pt 92.

On mesure le fossé qui sépare cette attitude de celle prônée par certains avocats généraux. Dans ses conclusions dans l'affaire *Satakunnan*, l'Avocat général Kokott estime à cet égard qu'« [a]u vu du champ d'application de la directive [95/46], qui va même presque au-delà de la réalisation du marché intérieur, il convient (...) de conclure que, lors de la mise en balance des droits fondamentaux en conflit dans le cadre de la directive, la Cour devrait accorder aux États membres et à leurs juridictions une large marge de manœuvre, dans le cadre de laquelle leurs propres traditions et valeurs peuvent être mises en avant »⁶⁰.

Dans un sens plus radical encore, l'Avocat général Jääskinen déclare qu'« [i]l est vrai que le droit dérivé doit être interprété conformément au traité. Toutefois, cela ne signifie pas que ce principe et le principe de proportionnalité impliqueraient que les États membres ne pourraient bénéficier de la latitude de transposition que leur accorde le législateur communautaire à moins que la directive elle-même, en laissant une telle latitude, ne soit incompatible avec le traité. Selon moi, une conclusion différente serait contraire à la nature même de la directive. Il existe souvent de nombreuses façons différentes de transposer une directive en droit national. Dans de tels cas, des arguments selon lesquels ces différentes façons ne sont pas équivalentes à l'aune des principes consacrés par les traités seraient contraires au choix exprimé du législateur de l'Union de permettre plus d'une façon de transposer la directive. Cela remettrait également en cause les principes constitutionnels régissant l'exercice des compétences du législateur européen et le partage des compétences entre ce dernier et les États membres »⁶¹.

L'affaire *Promusicae* offre une seconde illustration, à peine plus ambiguë, de l'approche intégratrice privilégiée par la Cour. Cette affaire portait sur la question de savoir si le droit de l'Union oblige les États membres à contraindre les fournisseurs d'accès Internet à communiquer à des tiers des données à caractère personnel d'internautes suspectés de s'échanger illégalement de la musique ou des films. Après avoir rappelé la nécessité de concilier le droit fondamental à la propriété intellectuelle des auteurs et le droit à la vie privée des internautes, la Cour répond par la négative à la question – pas d'obligation de divulgation. Mais elle s'empresse d'ajouter ce mystérieux caveat : « Toutefois, le droit communautaire exige [des] États que, lors de la transposition [des directives pertinentes], ils veillent à se fonder sur

⁶⁰ Conclusions présentées le 8 mai 2008 dans l'affaire *Satakunnan Markkinapörssi*, aff. C-73/07, ECLI:EU:C:2008:266, pt 53.

⁶¹ Conclusions présentées le 10 mars 2011 par l'Avocat général Jääskinen dans l'affaire *Stichting de Thuisloop*, aff. C-462/09, ECLI:EU:C:2011:133, pts 32-33.

une interprétation de celles-ci qui permette d'assurer un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux (...). Ensuite, lors de la mise en œuvre des mesures de transposition desdites directives, il incombe aux autorités et aux juridictions des États membres (...) de ne pas se fonder sur une interprétation de [ces directives] qui entrerait en conflit avec lesdits droits fondamentaux ou avec les autres principes généraux du droit communautaire, tels que le principe de proportionnalité »⁶².

Il faut toutefois être de bon compte. La Cour fait souvent preuve de courage et saisit l'occasion qui lui est tendue pour poursuivre l'œuvre du législateur de l'Union en fournissant aux dispositions soumises à sa sagesse une réponse dépourvue d'ambiguïté. Dans l'arrêt *Brüstle*, elle adopte, au nom de la dignité humaine, une conception large de la notion d'embryon humain qui lui vaut d'exclure la brevetabilité de « tout ovule humain dès le stade de la fécondation, tout ovule humain non fécondé dans lequel le noyau d'une cellule humaine mature a été implanté et tout ovule humain non fécondé qui, par voie de parthénogenèse, a été induit à se diviser et à se développer »⁶³. Dans les arrêts *SABAM*⁶⁴ et *Scarlet Extended*⁶⁵, elle fait défense aux juges nationaux d'imposer aux hébergeurs de site Internet un système préventif et général de filtrage des informations stockées sur leurs serveurs par les internautes⁶⁶.

Mais il y a plus. Poussant le courage aux frontières de la témérité, certains avocats généraux rompent une lance en faveur d'une approche différenciée dans la pondération des droits fondamentaux en présence. Il convient d'évoquer à cet égard l'Avocat général Jääskinen qui, dans l'affaire *Novo Nordisk*, considère qu'en ce qu'il est nécessaire pour garantir le droit à la vie, le droit à la santé prime sur la liberté d'expression en matière commerciale⁶⁷. Mais l'on songe surtout à l'avocat général Bot qui, dans l'affaire *Sky Österreich*, déclare que « la pondération qu'il y a lieu d'effectuer entre les différents droits fondamentaux en jeu n'appelle pas nécessairement la

⁶² CJCE, gde ch., 29 janvier 2008, *Promusicae*, aff. C-275/06, ECLI:EU:C:2008:54, pts 68-70. Et, selon l'arrêt *Mc Fadden*, « lorsque plusieurs droits fondamentaux protégés par le droit de l'Union sont en concurrence, il incombe aux autorités ou à la juridiction nationale concernée de veiller à assurer un juste équilibre entre ces droits » : CJUE, 15 septembre 2016, *Mc Fadden*, C-484/14, ECLI:EU:C:2016:689, pt 83, renvoyant aux pts 68 et 70 de l'arrêt *Promusicae*.

⁶³ CJUE, gde ch., 18 octobre 2011, *Brüstle*, aff. C-34/10, ECLI:EU:C:2011:669, pt 38.

⁶⁴ CJUE, 16 février 2012, *SABAM*, aff. C-360/10, ECLI:EU:C:2012:85.

⁶⁵ CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended*, aff. C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771.

⁶⁶ Pour un autre exemple de réponse dépourvue d'ambiguïté, voy. CJUE, 18 juillet 2013, *Sky Italia*, aff. C-234/12, ECLI:EU:C:2013:496.

⁶⁷ Conclusions du 19 octobre 2010 dans l'affaire *Novo-Nordisk*, aff. C-249/09, ECLI:EU:C:2010:616, pts 49-50.

même réponse selon qu'elle est effectuée dans le cadre national ou au niveau de l'Union »⁶⁸. L'avocat général considère ainsi que la liberté d'expression et le droit des citoyens européens de recevoir des informations en provenance de toute l'Europe doit primer sur les droits à la propriété intellectuelle des organes de radiodiffusion.

Qu'elle fasse preuve de prudence ou d'audace, la Cour de justice ne semble en toute hypothèse guère encline à octroyer aux États membres une large marge d'appréciation pour assurer le respect des droits fondamentaux dans le cadre de la mise en œuvre du droit du marché intérieur. On objectera peut-être que cette attitude n'est guère conforme à l'article 53 de la Charte, qui semble garantir aux États la liberté d'assurer aux droits fondamentaux une protection supérieure à celle qui leur est garantie par le droit de l'Union. C'est oublier que la Cour de justice a, dans son arrêt *Melloni*⁶⁹, donné de cette disposition une lecture restrictive. Selon la Cour « l'article 53 de la Charte confirme que, lorsqu'un acte du droit de l'Union appelle des mesures nationales de mise en œuvre, il reste loisible aux autorités et aux juridictions nationales d'appliquer des standards nationaux de protection des droits fondamentaux, pourvu que cette application ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte, telle qu'interprétée par la Cour, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union » (pt 60). Pour confuses qu'elles puissent paraître, on pressent que les réserves relatives à la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union risquent de réduire à néant l'autonomie normative des États membres dans des domaines qui, tel le marché intérieur, sont tout entiers axés vers la suppression des disparités nationales.

Ces arrêts et conclusions sont intéressants pour ce qu'ils révèlent de la place des droits fondamentaux dans la construction du marché intérieur. Nous avons dit précédemment notre scepticisme à l'égard de l'efficacité de l'invocation des droits fondamentaux – hormis le droit à la protection des données à caractère personnel – devant les juges européens dans le domaine du marché intérieur. Ce ne sont certes pas ces atouts dont nous parle Dwor-kin, qui assurent de remporter la mise à celui qui les a dans son jeu⁷⁰. Mais ce sont en revanche autant d'outils tendus au juge européen pour poursuivre l'intégration jusque dans le pré carré des États, pour leur dicter, au nom du

⁶⁸ Conclusions rendues le 12 juin 2012 dans l'affaire *Sky Österreich*, aff. C-283/11, ECLI:EU:C:2012:341.

⁶⁹ CJUE, gde ch., 26 février 2013, *Melloni*, aff. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107. Pour un commentaire, voy. A. BAILLEUX, « Entre droits fondamentaux et intégration européenne, la Charte face à son destin », À propos des arrêts *Stefano Melloni* et *Åkerberg Fransson* de la Cour de justice », *RTDH*, 2013.

⁷⁰ R. DWOR-KIN, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, 1995, pp. 279-304.

marché intérieur et de la libre circulation, la façon dont ils doivent régler tel ou tel conflit entre valeurs fondamentales. Les États membres s'offusquent du reste parfois de cette façon qu'ont les jardiniers européens d'empiéter sur leurs plates-bandes⁷¹.

Conclusion

Arrivés au terme de notre déambulation dans les jardins du marché intérieur, une double conclusion s'impose.

La première consiste à dénier aux droits fondamentaux une place fixe ou monolithique dans le marché intérieur. D'une part, ces droits ne sauraient être conçus ni comme des opposants ni comme des alliés de quelque projet libéral. Pour le dire autrement, les droits fondamentaux n'ont guère de pertinence sur l'axe gauche-droite que l'on est si prompt à plaquer sur toute analyse du projet européen. D'autre part, en dépit de la rhétorique qui les nimbe, ces droits ne constituent pas une catégorie juridique exceptionnelle et sacrée que juges et législateurs hésiteraient à bousculer. Il ressort de la présente contribution que, dans la jurisprudence relative au marché intérieur, les droits fondamentaux ne sont guère plus importants ou dignes de protection, *in concreto*, que les intérêts concurrents qui leur sont opposés par les autorités des États membres ou de l'Union.

En revanche – seconde conclusion –, ces droits paraissent extrêmement féconds pour saisir la tension entre unité et diversité qui forme l'épine dorsale du marché intérieur. Analysés sous ce prisme-là, les droits fondamentaux apparaissent comme de formidables vecteurs d'intégration. Chaque fois qu'est brandie la menace de leur violation, ces droits donnent au législateur ou au juge européen une occasion de retourner dans son jardin pour en parfaire la silhouette et en élargir les contours. Les droits fondamentaux sont donc des alliés objectifs du marché intérieur en ce qu'ils favorisent le rapprochement des législations. Et même lorsque les États se voient reconnaître une marge d'appréciation dans ce domaine, c'est toujours dans un cadre européen limité – au sein d'un parterre clairement circonscrit par les jardiniers, intermédiaires et officiels, de l'Union européenne.

⁷¹ Voy. par ex. CJUE, gde ch., 9 mars 2010, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-518/07, ECLI:EU:C:2010:125, pts 47-48 et 53-54.

À Voreppe, petite commune rurale lovée entre la Chartreuse et le Vercors, existe un « jardin des droits de l'homme ». Un orme y est dédié à la liberté d'expression ; un savonnier y figure la liberté d'association ; un figuier y est planté pour le droit au repos et aux loisirs, etc. La particularité de ce jardin, c'est qu'il ne constitue pas un espace vert homogène, circonscrit en quelque endroit déterminé de la ville. Composé de quelques arbres plantés de-ci de-là au détour des rues de la commune, il est une construction abstraite, une projection de l'esprit humain qui embrasse et marque de son empreinte la ville tout entière. Il y a, dans cette fusion du jardin et de la ville, une puissante allégorie des rapports entre droits fondamentaux et marché intérieur – un marché fécondé plutôt que limité par le terreau des droits de l'homme, qui ne peut espérer croître et embellir qu'en reconnaissant à chaque instant les valeurs que ces droits représentent.

LE PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION EN FONCTION DE L'ÂGE AU REGARD DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

Par

Sean VAN RAEPENBUSCH

Président du Tribunal de la Fonction Publique de l'Union européenne
Professeur à l'Institut d'Études européennes, Université Libre de Bruxelles
sean.van_raepenbusch@curia.europa.eu

Résumé : L'arrêt *Mangold* du 22 novembre 2005, qui constitue le premier arrêt de principe concernant la portée de la directive 2000/78, en rapport spécialement avec le principe de non-discrimination en fonction de l'âge, et la jurisprudence qu'il a inaugurée illustrent assez bien l'éternelle jeunesse du principe de l'égalité de traitement, ses multiples facettes et son emprise sur le quotidien des gens. La présente étude rappelle l'enjeu de l'affaire et la portée de l'arrêt *Mangold* avant de tracer les grandes lignes de la jurisprudence subséquente sur le principe de non-discrimination en fonction de l'âge. Ce survol permet de mesurer l'étendue du contrôle juridictionnel à propos d'un motif de différence de traitement relativement courant dans le domaine de l'emploi et du travail, ainsi que de la sécurité sociale, et ce, compte tenu du large pouvoir d'appréciation des autorités nationales en la matière.

Mots-clés : Égalité devant la loi ; Non-discrimination ; Principe de non-discrimination en fonction de l'âge ; Charte des Droits Fondamentaux de l'Union européenne ; Droit dérivé ; Contrôle juridictionnel ; Politique sociale et de l'emploi ; Jurisprudence de la Cour de justice ; Arrêt *Mangold* ; Fonction publique ; Marge d'appréciation des autorités nationales.

Abstract : The *Mangold* judgment, which is the first milestone decision concerning the full implications of directive 2000/78, in keeping with the principle of non-discrimination on grounds of age, and the ensuing case law