

Pour un renouvellement du principe de confiance mutuelle dans un contexte d'une crise des valeurs : du *postulat* à la *méthode*

Cecilia Rizcallah¹

Timidement apparu dans les années 70' en droit de marché intérieur, le principe de confiance mutuelle fait désormais partie des principes constitutionnels fondamentaux qui structurent l'ordre juridique de l'Union². Ce principe, mis en œuvre tant en droit du marché intérieur que dans celui de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, constitue un instrument d'intégration séduisant : parce que les États membres doivent se faire confiance en raison de leur appartenance commune à l'Union européenne, ils doivent pouvoir coopérer de manière approfondie malgré les disparités substantielles et procédurales de leurs systèmes juridiques. De ce fait, le principe de confiance mutuelle participe, pour reprendre les termes de la Cour de justice, à la « raison d'être » de l'Union : la constitution d'un espace sans frontières³ et ce, sans requérir l'uniformisation des systèmes juridiques des États membres. Le principe de confiance mutuelle apparaît ainsi constituer une traduction juridique l'« *in varietate concordia* »⁴, cher au projet européen, dans l'aménagement des relations interétatiques au sein de l'Union européenne.

Cette « admissibilité réciproque » de la façon dont les États membres administrent le droit de l'Union ainsi que leur droit national se justifie – à tout le moins selon le discours juridique européen – par le socle de valeurs communes, énoncées à l'article 2 du TUE, qu'ils sont supposés partager. Étant donné que les États membres adhèrent aux mêmes valeurs, il y a lieu de « croire » en l'adéquation des solutions se dégageant dans leurs ordres juridiques respectifs.

Pourtant, l'Union européenne est désormais en proie à une *crise des valeurs*. Cette crise se manifeste par des remises en cause de plus en plus fréquentes, par les gouvernements de certains États membres, des valeurs sur lesquelles la construction européenne est fondée, en particulier celles tenant à l'État de droit et à la protection des droits fondamentaux⁵. Certains États font en

¹ Professeure invitée à l'Université Saint-Louis – Bruxelles et à l'Université libre de Bruxelles, chercheuse post-doctorale à la KU Leuven et au Fonds national de la recherche scientifique belge. Cette publication est financée par le programme Horizon 2020 de l'Union européenne (contrat n°851621).

² CJUE, avis 2/13 du 18 décembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2454, point 191. La valeur « constitutionnelle » du principe de confiance mutuelle a également été reconnue par d'autres auteurs, voy., notamment, K. LENAERTS, « La vie après l'avis: Exploring the principle of mutual (yet not blind) trust », *Common market law review*, 2017, p. 806, S. PRECHAL, « Mutual Trust Before the Court of Justice of the European Union », *European Papers*, 2017, p. 78 et J.P. JACQUÉ, « Pride and/or prejudice ? Les lectures possibles de l'avis 2/13 de la Cour de justice », *Cahiers de droit européen*, 2015, p. 34.

³ CJUE, avis 2/13 du 18 décembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2454, point 192.

⁴ Il s'agit de la devise de l'Union européenne, que l'on peut traduire par la locution « unis dans la diversité ». Initialement insérée dans le texte du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe (article I-8), elle est désormais évoquée dans la déclaration n°52 incorporée au traité de Lisbonne et adoptée par seize des vingt-sept États membres.

⁵ Selon l'article 2 du TUE, « l'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes ».

effet face à ce qui peut être qualifié de « *constitutional backsliding* »⁶. Ce phénomène est attesté par l'objectif affiché des gouvernements en place qui consiste à établir, dans ces États, des autocraties électoralistes⁷. En cherchant à fragiliser, de manière systémique, les limites encadrant le pouvoir exécutif et à asseoir à long terme le pouvoir du parti politique actuellement dominant, ces gouvernements se comportent ouvertement comme de véritables ennemis de la démocratie libérale. Hors les cas extrêmes de ces États membres, la crise des valeurs trouve également des manifestations, à moindre échelle, dans l'ensemble de l'Union européenne.

Comment continuer de justifier le principe de confiance mutuelle dans un contexte où son fondement est en crise ? Mal encadré, ce principe peut en effet être la source de la propagation des violations des valeurs fondatrices de l'Union. En décloisonnant les ordres juridiques, il est en effet susceptible d'entraîner une contagion du délitement des valeurs fondatrices à travers l'ensemble de l'espace européen. Un acte contraire aux droits fondamentaux adopté par un État membre pourra en effet voir ses effets se répandre dans d'autres États membres par le biais du principe de confiance mutuelle.

Telle sera la question au cœur de cette contribution. Après avoir brièvement défini le principe de confiance mutuelle et les conséquences qu'il implique (1), nous défendrons la thèse selon laquelle il s'agit d'un principe essentiel de l'intégration européenne (2), mais dont le mode de fonctionnement devrait être révisé (3). Ce principe se situe, en effet, à la croisée des impératifs cruciaux de l'intégration européenne : l'unité, la diversité et l'égalité des États membres. Néanmoins il nous semble indispensable de faire passer changer son fonctionnement de manière à limiter les risques qu'il fait peser sur la communauté de valeurs qui le fonde.

I. Le principe de confiance mutuelle : une présomption de compatibilité de solutions juridiques nationales

L'étude des manifestations du principe de confiance mutuelle permet d'avancer l'hypothèse selon laquelle le principe de confiance mutuelle se définit par l'obligation qu'il impose aux États membres de présumer – dans leurs relations horizontales et dans une certaine mesure – la compatibilité de différentes « solutions juridiques » nationales. En effet, le principe de confiance mutuelle impose, lorsqu'il est d'application, à un État membre de « faire confiance » à des actes juridiques émis par d'autres États membres, ou à des pratiques ou situations juridiques qui y sont conduites ou tolérées.

Cette obligation de confiance se traduit par l'existence d'une présomption. En effet, elle implique l'inférence d'un fait inconnu – le fait présumé, l'admissibilité des « solutions juridiques » nationales – d'un fait de base, en principe connu – le fondement de la confiance

⁶ Cette expression est empruntée à J.-W. MÜLLER, « Should the EU Protect Democracy and the Rule of Law inside Member States? », *European Law Journal*, 2015, pp. 141-160.

⁷ Voy., sur ce processus, notamment, L. BURGORGUE-LARSEN, « Populisme et droits de l'homme. Du désenchantement à la riposte démocratique » in E. DUBOUT et S. TOUZE, *Refonder les droits de l'homme. Des critiques aux pratiques*, Paris, Pedone, 2019, pp. 199-261; P. BLOKKER, « Populism as a constitutional project », *International Journal of Constitutional Law*, 2019, pp. 536-553 et R. COMAN, « La défense de l'État de droit dans l'Union européenne. Un long processus de mise à l'agenda ou comment éviter l'activation de l'Article 7 », in E. BRIBOSIA *et al.* (dir.), *L'Europe au kaléidoscope - Liber amicorum Marianne Dony*, Bruxelles, Editions de Université libre de Bruxelles, 2019, pp. 131-151.

mutuelle. Selon la jurisprudence de la Cour de justice, c'est sur la « prémisses fondamentale selon laquelle chaque État membre partage avec tous les autres États membres et reconnaît que ceux-ci partagent avec lui, une série de valeurs communes sur lesquelles l'Union est fondée comme il est précisé à l'article 2 TUE »⁸ que le principe de confiance mutuelle est fondé. Parce que les États membres partagent les mêmes valeurs (*fondement – fait connu de base*), ils sont tenus de présumer l'équivalence de leurs ordres juridiques nationaux et ce, sans se contrôler mutuellement (*présomption – fait inconnu présumé*). La présomption induite par le principe de confiance mutuelle couvre notamment – et surtout – le respect des droits fondamentaux. Le principe de confiance mutuelle impose, en effet, aux États membres « de considérer, sauf dans des circonstances exceptionnelles, que tous les autres États membres respectent le droit de l'Union et, tout particulièrement, les droits fondamentaux reconnus par ce droit »⁹.

Le principe de confiance mutuelle impose donc ainsi aux États membres, dans le cadre de leurs relations horizontales directes, de présumer la compatibilité de diverses règles, pratiques ou situations juridiques émises ou tolérées par les ordres juridiques de leurs pairs – en ce compris pour ce qui concerne le respect des droits fondamentaux. Il ne lie toutefois pas les institutions de l'Union qui, elles, ne sont pas tenues de présumer le respect du droit de l'Union par les États membres. Rien n'empêche, par ailleurs, un État membre d'initier un recours en manquement à l'encontre de l'un de ses pairs en raison d'une violation alléguée du droit de l'Union¹⁰. La présomption de compatibilité peut donc être, *indirectement*, remise en cause par un État membre.

Le devoir de confiance mutuelle est d'abord apparu en droit du marché intérieur, dans le domaine de la reconnaissance mutuelle des diplômes¹¹. Bien que le contenu des formations soit différent dans chaque État membre, les diplômes qu'ils émettent doivent, en principe, être considérés comme étant dignes de confiance, de manière à ce que leurs titulaires puissent exercer leur profession dans les autres pays de l'Union. Il sous-tend également l'ensemble des libertés de circulation, en justifiant la suppression des obstacles découlant de l'existence de systèmes normatifs nationaux divergents.

Le principe de confiance mutuelle a, ensuite, été exporté en droit de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. D'abord, en matière de coopération judiciaire civile, où il s'oppose, en principe, à la révision d'un jugement émis par un autre État membre dont la reconnaissance est sollicitée. Il sous-tend, dans ce cadre, plusieurs instruments qui consacrent la reconnaissance

⁸ CJUE, avis 2/13, du 18 décembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2454, point 168.

⁹ *Ibid.*, point 191.

¹⁰ Sur la base de l'article 259 TFUE. Les États membres peuvent également avertir la Commission d'un éventuel manquement du droit de l'Union qu'ils auraient constaté afin que celle-ci se charge elle-même du recours sur la base de l'article 258 TFUE.

¹¹ Directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 septembre 2005, relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, *JO*, 2005, L 255 du 30 septembre 2005, pp. 22-142 (qui remplace les directives 89/48/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans, *JO*, L 019 du 24 janvier 1989, pp.16-23 et 92/51/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, relative à un deuxième système général de reconnaissance des formations professionnelles qui complète la directive 89/48/CEE, *JO*, L 209 du 24 juillet 1992, pp. 1-15).

mutuelle des jugements en matière civile et commerciale¹², matrimoniale et de responsabilité parentale¹³ et d'insolvabilité¹⁴. Un jugement prononçant le divorce d'un couple franco-allemand rendu à Berlin pourra ainsi sortir ses effets quasiment sans formalités à Paris, en dépit des singularités qui distinguent les droits allemand et français de la famille. Les jugements émis par les États membres doivent, en effet, être présumés « équivalents » et conformes aux exigences découlant du droit de l'Union, notamment en termes de droits fondamentaux.

La coopération entre les États membres en matière pénale est, elle aussi, sous-tendue par le principe de confiance mutuelle. Le mandat d'arrêt européen est certainement l'un des mécanismes les plus illustratifs dans ce domaine¹⁵. Alors que les systèmes pénaux des États membres ne sont pas unifiés au niveau européen, ce mécanisme impose néanmoins la remise quasiment automatique entre États membres de toute personne recherchée au sein de l'Union et ce, sans que ces derniers ne puissent se contrôler mutuellement, notamment pour ce qui concerne le respect des droits fondamentaux. Les motifs justifiant un refus d'exécution d'un mandat d'arrêt européen ont, pour ce faire, été considérablement réduits par rapport aux accords d'extradition classiques¹⁶.

En matière d'asile, le système dit de « Dublin »¹⁷ qui organise la répartition des demandeurs d'asile entre les États membres de l'Union repose également – du moins prétendument – sur la confiance mutuelle¹⁸. Bien qu'il n'existe pas de centralisation des systèmes nationaux en charge de l'asile, ceux-ci peuvent coopérer de manière quasiment automatique parce que les systèmes nationaux d'asile sont présumés équivaloir. C'est sur cette base que les transferts de demandeurs d'asile entre États membres, sans double contrôle notamment des conditions de réception de ceux-ci dans l'État dit « responsable », sont justifiés.

II. Le principe de confiance mutuelle : un principe essentiel du droit de l'Union européenne

La construction juridique sur laquelle repose l'Union européenne est affectée par une « double contrainte ». En effet, l'un des objectifs majeurs qu'elle poursuit est la constitution d'un espace

¹² Règlement 1215/2012/UE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2012, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JO*, L 351 du 20 décembre 2012, pp. 1-32.

¹³ Règlement 2201/2003/CE du Conseil, du 27 novembre 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs, *JO*, L 338 du 23 décembre 2003, pp. 1-29.

¹⁴ Règlement 2015/848/UE du Parlement européen et du Conseil, du 20 mai 2015, relatif aux procédures d'insolvabilité, *JO*, L 141 du 5 juin 2015, pp. 19-72.

¹⁵ Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil, du 13 juin 2002, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, *JO*, L 190 du 18 juillet 2002, pp. 1-20.

¹⁶ *Ibid.*, art. 3 et 4.

¹⁷ Règlement 604/2013/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, *JO*, L 180 du 29 juin 2013, pp. 31-59.

¹⁸ CJUE, arrêt du 21 décembre 2010, *N.S.*, aff. jointes C-411/10 et C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865, point 78.

sans frontières intérieures tant dans le domaine du *marché*¹⁹ que dans les domaines de la *liberté*, de la *sécurité* et de la *justice*²⁰. En parallèle à cette ambition unificatrice, le maintien de l'autonomie et de l'égalité des États membres constitue l'un des autres impératifs majeurs qu'elle se doit de respecter. La conjugaison de ces deux logiques antagonistes est un trait caractéristique de l'Union européenne et l'apparente à une « construction juridique transnationale »²¹. La structure sur laquelle elle repose permet le maintien, en son sein, des composantes étatiques, qui se trouvent sur un pied d'égalité, tout en assurant une certaine cohérence. Cette unité dans la diversité est rendue possible par la mise en place d'une série de dispositifs politiques et normatifs, qui régissent une gouvernance partagée dans l'Union européenne²².

Dans ce cadre, le principe de confiance mutuelle nous apparaît précisément constituer un principe de gouvernance essentiel de l'espace européen. Il permet en effet d'allier trois impératifs fondamentaux de la construction européenne : l'unité, le respect de la diversité et l'égalité entre les États membres. Le principe de confiance mutuelle rend, en effet, possible le décloisonnement des ordres juridiques nationaux, qui coexistent sur un pied d'égalité, en dépit de leur diversité. Le seul moyen de parvenir à l'unité en laissant subsister les structures nationales est, en effet, de reconnaître une certaine fongibilité des solutions juridiques domestiques, de manière à ce qu'elles puissent être exportées à travers l'espace européen. Malgré la sauvegarde des diversités substantielles et procédurales nationales, les frontières qui séparent les États membres doivent pouvoir être fictivement estompées afin que – à gros traits – la solution juridique de l'État A ne rencontre pas d'obstacle pour pénétrer celui de l'État B. Une telle fongibilité des solutions juridiques nationales est, par ailleurs, reconnue tant au profit des particuliers, lorsqu'ils font eux-mêmes usage des libertés de circulation, qu'à la puissance publique, lorsqu'elle prétend régir des éléments qui se trouvent en dehors de son territoire.

En effet, les particuliers peuvent profiter de la présomption de compatibilité de certaines solutions juridiques nationales imposée le principe de confiance mutuelle. Ainsi, un individu qui exerce une profession réglementée peut se déplacer dans l'espace européen tout en continuant à exercer son métier parce que son diplôme devra, en principe, être reconnu dans un autre État membre. Il peut également importer un bien qu'il a produit dans son État d'origine dans un autre État membre sans, en principe, rencontrer d'obstacles tel que l'imposition de nouvelles normes techniques. S'il a par ailleurs déjà été jugé pénalement pour une infraction, il peut se déplacer dans l'Union européenne sans craindre de se faire juger une seconde fois pour les mêmes faits, le premier jugement devant être considéré comme valide dans l'État membre où il se déplace.

¹⁹ Art. 3, paragraphe 3, du TUE.

²⁰ Art. 3, paragraphe 2, du TUE.

²¹ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Université Saint-Louis - Bruxelles, Bruxelles, 2002, p. 65.

²² Voy., sur cette notion, C. MOLLERS, « European governance: Meaning and value of a concept », *Common Market Law Review*, 2006, pp. 313-336.

Cette mobilité est également reconnue au profit des autorités publiques. La possibilité d'exporter certains actes de puissance publique constitue en effet un corollaire nécessaire des libertés de circulation dont jouissent les individus : il est indispensable que les États membres soient aptes à appréhender certaines situations qui se déroulent en tout ou en partie en dehors de leurs frontières dans la mesure où le principe de confiance mutuelle facilite la mobilité de ces situations (que ce soit par la mobilité d'un individu, d'un bien, d'un service, ...). Pour prendre un exemple, le mécanisme du mandat d'arrêt européen qui permet à un État membre de requérir l'arrestation et la remise d'un individu dans un autre État membre est une mesure d'accompagnement nécessaire à la libre circulation des personnes dans l'espace européen. Sans celui-ci, tout individu ayant commis une infraction dans un État membre pourrait se déplacer dans un autre État membre, sans difficulté, de manière à fuir la justice de l'État dans lequel il a commis ladite infraction, amplifiant par-là le risque d'impunité. De manière analogue, un jugement rendu en matière civile par un État membre pourra voir ses conséquences étendues à d'autres États de l'espace européen si c'est nécessaire à son effectivité.

La porosité des ordres juridiques s'impose donc dans les deux sens : que ce soit au profit des particuliers ou au profit de la puissance publique qui prétend régir l'ordre social. Si une telle réciprocité n'était pas consacrée, les particuliers pourraient librement se déplacer dans un autre État de l'espace européen afin d'échapper à l'application du régime juridique auquel ils sont soumis.

Le principe de confiance mutuelle constitue également une expression du principe d'égalité entre les États membres, consacré à l'article 4, paragraphe 2, TUE. En effet, sur le plan de leurs relations horizontales, un État membre ne pourrait, sous peine de contrevenir à ce principe d'égalité, s'arroger le droit de juger l'un de ses pairs pour ce qui concerne, notamment, le respect du droit de l'Union²³. Il lui revient, le cas échéant, d'utiliser les voies de recours prévues par le droit de l'Union pour remettre en cause ce respect par un autre État membre. L'existence d'un système supranational efficace d'adjudication des violations alléguées du droit de l'Union constitue en ce sens un soutien de la confiance mutuelle²⁴, qui participe lui-même à l'autonomie de l'ordre juridique communautaire.

On le voit, le principe de confiance mutuelle se trouve ainsi à la croisée de trois impératifs de la construction européenne : l'unité, la diversité et l'égalité.

III. Le principe de confiance mutuelle : du *postulat* à la *méthode*

Bien que le principe de confiance mutuelle constitue un principe essentiel de l'ordre juridique de l'Union européenne, il comporte en germes une série de risques. En effet, il s'oppose à ce que les États membres soient en mesure de faire obstacle au déplacement des solutions juridiques nationales élaborées ou acceptées par leurs pairs. La mise en place de limites à cette

²³ K. LENAERTS, « La vie après l'avis: Exploring the principle of mutual (yet not blind) trust », *op. cit.*, p. 809.

²⁴ P. CRAMÉR, « Reflections on the Roles of Mutual Trust in EU Law », in M. DOUGAN et S. CURRIE (dir.), *50 years of the European treaties: looking back and thinking forward*, Oxford, Hart Publishing, 2009, p. 54.

libre circulation s'apparenterait, en effet, à une frontière immatérielle qui mettrait à mal l'objectif de constitution d'un espace sans frontières.

Ce gain en fluidité, résultant du principe de confiance mutuelle, a néanmoins un prix : le risque qu'il génère en raison de l'absence de *contrôle mutuel* des solutions juridiques présumées comme étant compatibles. Le principe de confiance mutuelle repose en fait sur le pari que les actes, pratiques et situations juridiques nationales d'un État A sont compatibles avec celle d'un État B. Sur la base d'une extrapolation de l'information disponible – le fondement du principe de confiance mutuelle – cette admissibilité réciproque est présumée, soit parce qu'« anticipée », soit parce que « supposée ».

Elle est « anticipée » lorsqu'elle porte sur une solution juridique future, et qu'elle ne s'assimile pas à une prédiction dont l'occurrence est confirmée de manière exacte en termes de probabilités²⁵. Si la compatibilité de la solution future était certaine, la confiance ne serait en effet pas nécessaire²⁶. Elle est « supposée » lorsqu'elle porte sur une solution juridique passée dont la compatibilité n'est pas contrôlée *a posteriori*, en raison de la confiance qui lui est témoignée. La confiance mutuelle agit ainsi comme un « mécanisme de réduction de la complexité »²⁷ qui permet la coopération rapide et efficace entre les États membres dans l'espace européen sans frontières intérieures.

En s'opposant ainsi au contrôle par un État membre de la compatibilité, avec son ordre juridique, d'une solution juridique nationale d'un autre État membre avant que celle-ci ne puisse sortir ses effets sur son propre territoire, le principe de confiance mutuelle permet la mobilité de celle-ci en l'absence de certitude quant à sa conformité. L'application du principe de confiance mutuelle induit ainsi le risque qu'une violation éventuelle du droit de l'Union ne se propage au sein de l'espace européen.

Ce risque, s'il se réalise, peut entraîner la contagion de solutions incompatibles à travers l'espace européen. En effet, le jugement émis par l'Etat A, qui pourrait avoir été rendu en violation du droit à un procès équitable, pourrait, par le biais du principe de confiance mutuelle, sortir ses effets dans l'Etat B.

Le risque est par ailleurs intensifié en raison de la crise des valeurs que traverse l'Union : des solutions juridiques nationales incompatibles avec celles-ci peuvent, effectivement, sous le couvert de la confiance mutuelle, pénétrer sans difficulté les ordres juridiques des autres États membres.

Comme nous l'avons déjà souligné, le principe de confiance mutuelle est fondé sur la « prémisses fondamentale selon laquelle chaque État membre partage avec tous les autres États

²⁵ N. LUHMANN, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, Economica, Paris, 2002, p. 104.

²⁶ *Ibid.*, p. 104.

²⁷ N. LUHMANN, *La confiance, op. cit.*, p. 23

membres et reconnaît que ceux-ci partagent avec lui, une série de valeurs communes sur lesquelles l'Union est fondée comme il est précisé à l'article 2 TUE »²⁸.

Pourtant – nous l'avons souligné dans notre introduction – l'existence de violations croissantes de ces valeurs au sein des États membres, que ce soit en matière de conditions de détention²⁹, d'accueil des demandeurs d'asile³⁰ ou encore d'indépendance de la justice³¹ – domaines de prédilection du principe de confiance mutuelle, ne peut être ignorée.

Le maintien d'une confiance mutuelle « postulée » expose donc directement les valeurs fondatrices de l'Union. Le respect des valeurs communes par les États membres ne peut, assurément, être considéré comme un acquis définitif dans l'Union européenne. Il est dès lors possible qu'une solution juridique nationale incompatible avec ces valeurs – outre le problème que cela pose en soi dans l'ordre juridique qui l'a émise – soit en mesure de sortir ses effets dans un ordre juridique d'un autre État membre. En décloisonnant les ordres juridiques nationaux, le principe de confiance mutuelle est ainsi susceptible de provoquer un effet de contagion des mises à mal des valeurs fondatrices à travers l'ensemble de l'espace européen. Un acte contraire à l'État de droit ou aux droits fondamentaux adopté par un État membre pourra, par exemple, voir ses effets se répandre dans d'autres États membres par le biais du principe de confiance mutuelle.

Des exceptions au principe de confiance mutuelle ont certes été reconnues dans le but, précisément, de protéger, notamment, les valeurs fondatrices qui le sous-tendent. Certaines exceptions ont d'abord été consacrées textuellement directement dans les instruments de mise en œuvre du principe³², avant que d'autres ne soient ajoutées par la Cour, en présence de « circonstances exceptionnelles »³³ mettant en péril les valeurs fondatrices de l'Union.

Néanmoins, force est d'observer que le système de limitations en place souffre d'importantes difficultés et lacunes. Des difficultés pratiques, d'abord, en raison de la complexité de la mise en œuvre de ces exceptions. Il n'est, en effet, pas aisé pour des autorités nationales d'évaluer l'existence ou non d'une violation ou d'un risque de violation des droits fondamentaux qui justifierait d'écarter le principe de confiance mutuelle selon les conditions déterminées

²⁸ CJUE, avis 2/13, du 18 décembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2454, point 168. Voy., dans le même sens, notamment, CJUE, arrêt du 6 décembre 2018, *IK*, aff. C-551/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:991, point 34 ; CJUE, arrêt du 25 juillet 2018, *LM*, aff. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, point 35 ; CJUE, arrêt du 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, aff. C-64/16, ECLI:EU:2018:117, point 30 ainsi que la Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, 11 mars 2014, « un nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'état de droit », COM(2014) 158 final.

²⁹ Voy., à propos de la Belgique, O., NEDERLANDT et L. DESCAMPS, « L'absence de service minimum garanti dans les prisons belges en temps de grève des agents pénitentiaires constitue un traitement dégradant, entraîne l'ineffectivité des recours et menace la confiance mutuelle dans l'Union européenne », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2020, pp. 187-213.

³⁰ Cour eur. D. H., arrêt du 21 janvier 2011, *M. S. S. c. Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09.

³¹ L. PECH, et K.L. SCHEPPELE « Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2017, pp. 347.

³² La décision-cadre 2002/584/JAI sur le mandat d'arrêt européen contient, par exemple, un certain nombre d'exceptions en ses articles 3 et 4.

³³ CJUE, avis 2/13 du 18 décembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2454, point 191.

notamment par la jurisprudence de la Cour de justice. Des lacunes, ensuite, étant donné que ces limitations ne permettent pas d'écarter toute violation des valeurs fondatrices. Le principe de confiance mutuelle peut ainsi participer à l'érosion de ses propres fondements, en particulier vu l'existence d'une crise des valeurs dans l'Union.

Aussi essentiel soit-il pour l'intégration européenne, le principe de confiance mutuelle devrait, à notre estime, être davantage encadré. En effet, comme le souligne l'avocate générale Sharpston, « le principe est celui de la confiance mutuelle mais non celui de la confiance mutuelle aveugle quoi qu'il advienne »³⁴.

C'est dans cette perspective que nous proposons une nouvelle méthode d'application du principe de confiance mutuelle, fondée sur une analyse des risques. En lieu et place de prendre le respect des valeurs communes par les États membres, et la confiance qui en découle, pour un postulat, nous pensons qu'il y a lieu de repenser la confiance mutuelle comme étant une méthode, qui doit être encadrée.

La méthode que nous proposons a pour ambition de donner certaines clefs aux « acteurs de la confiance mutuelle », c'est-à-dire aux différentes autorités publiques européennes et nationales le mettant en œuvre, qui permettent de l'appliquer de manière plus raisonnée et, à tout le moins, plus transparente. La proposition qui est faite ci-après ne prétend bien sûr pas régler de manière parfaite et éternelle l'ensemble des difficultés et des défis que soulève le principe de confiance mutuelle. Il s'agit donc plus modestement de proposer quelques pistes que pourront emprunter et adapter les différents acteurs en fonction des risques qu'ils rencontrent, sans prétendre proposer l'unique *bonne* méthode d'application du principe étudié. Cette méthode s'articule d'abord par la caractérisation du risque (§1) et ensuite par la prise de décision face au risque (§2).

§1. La caractérisation du risque

Dans le cadre d'une analyse de risque, la première étape à laquelle devraient s'atteler les acteurs de la confiance mutuelle est la caractérisation de celui-ci. Cette étape repose sur un rassemblement de l'information disponible et une description objective et avec précision de la cause du risque et des éventuelles conséquences de sa réalisation. C'est sur la base de celle-ci que l'appréciation du risque pourra être réalisée.

D'un point de vue qualitatif, l'évaluation d'un risque implique logiquement d'examiner la ressource qui y est exposée. Les ressources sont des éléments « plus ou moins estimées ou désirées » par le groupe de sujets concernés³⁵. Il s'agit ici donc d'opérer un « jugement de valeur »³⁶. Notons que la valeur attribuée à la ressource est subjective et dépend de l'agent ou du groupe concerné par le risque. C'est pour cela que, dans la plupart des cas, l'évaluation d'un

³⁴ Conclusions de l'avocate générale Sharpston présentées le 22 septembre 2016 dans l'affaire *Liberation Tigers of Tamil Eelam*, aff. C-599/14 P, ECLI:EU:C:2016 723, point 62.

³⁵ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit., p. 1183.

³⁶ Sur cette notion, voy., P. EDWARDS, *The logic of moral discourse*, New York, Free Press, 1955, p. 141.

risque est intimement liée à des questions éthiques³⁷. Dans le cadre de politiques publiques, les procédés d'évaluation des risques dépendent des « principes de justice »³⁸ qui sont partagés par la communauté politique concernée. Les analyses de risques réalisées par les institutions publiques doivent donc être intimement liées aux valeurs reconnues par leur communauté politique comme devant guider les prises de décision³⁹.

Dans notre contexte, la caractérisation du risque nous semble devoir reposer, dans un premier temps, sur une analyse du type de ressource exposée au risque, la gravité de l'exposition ainsi que de l'éventuelle vulnérabilité de la ressource.

Le type de ressource exposée. Selon l'instrument mis en œuvre, la ressource qui est exposée à un risque découlant de la confiance mutuelle varie. En raison de la transversalité du champ d'application du principe de confiance mutuelle, il peut ainsi exposer au risque, notamment, la santé publique, la protection des consommateurs, la sécurité publique, les systèmes nationaux de sécurité sociale, la qualité de la formation des personnes exerçant une profession réglementée, la sécurité routière ou encore les droits fondamentaux.

Nous proposons que les ressources exposées soient rangées en deux grandes catégories selon qu'elles relèvent, ou non, des valeurs fondatrices de l'Union. Pour rappel, ces dernières comprennent, selon l'article 2 du TUE, la dignité humaine, la liberté, la démocratie, l'égalité, l'Etat de droit et le respect des droits fondamentaux, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Appartiennent ainsi aux valeurs fondatrices l'ensemble des droits fondamentaux repris dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne tels que, par exemple, l'interdiction de traitements inhumains et dégradants⁴⁰, le droit à un recours effectif et à être jugé par un tribunal indépendant et impartial⁴¹, le droit à la liberté et à la sûreté⁴², mais aussi le droit à la protection de l'environnement⁴³. Étant donné qu'elles sont élevées au rang de valeurs fondatrices, leur exposition à un risque par le principe de confiance mutuelle devrait, à notre estime, être considérée comme plus grave que celle menaçant des ressources auxquelles une valeur plus secondaire est reconnue.

Devraient, en revanche, être classées dans la catégorie des valeurs secondaires des impératifs tels que la protection du bien-être animal, la loyauté des transactions commerciales, la lutte contre la fraude sociale, etc.

³⁷ S.O. HANSSON, « How to Perform an Ethical Risk Analysis (eRA): Ethical Risk Analysis », *Risk Analysis*, 2018, p. 1.

³⁸ Les principes de justice renvoient dans ce cadre à ce qu'une société considère comme « juste, conforme aux exigences de l'équité et de la raison », la justice est en ce sens « tout à la fois un sentiment, une vertu, un idéal, un bienfait, une valeur », voy., G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, à « justice ».

³⁹ Sur la relation entre les théories de prises de décisions et les valeurs voy., S.O. HANSSON, « The modes of value », *Philosophical Studies*, 2001, pp. 33-46.

⁴⁰ Art. 4 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

⁴¹ Art. 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

⁴² Art. 6 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

⁴³ Art. 37 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

La gravité de l'exposition. Une fois la ressource identifiée, il nous semble utile de déterminer – si suffisamment d'informations sont disponibles – si celle-ci est exposée de manière « marginale » ou « essentielle ». Il s'agit, en d'autres mots, d'identifier la nature et la gravité du préjudice qui pourrait éventuellement être subi si le risque se réalise : après avoir identifié que la valeur est exposée au risque, l'acteur devrait examiner « à quel point » celle-ci est exposée : est-ce un élément accessoire de cette valeur ou un élément essentiel de celle-ci qui est en danger ?

Si la ressource exposée au risque concerne la valeur tenant aux droits fondamentaux, deux autres outils conceptuels peuvent être, dans ce cadre, sollicités : la catégorie des droits fondamentaux absolus et le concept d'« essence », ou de « contenu essentiel » des droits fondamentaux⁴⁴. Ces catégories désignent, d'une part, les droits fondamentaux ne pouvant souffrir d'aucune limitation et, d'autre part, le noyau intangible des autres droits fondamentaux.

L'éventuelle vulnérabilité de la ressource. L'éventuelle vulnérabilité de la ressource devrait, à notre sens, également être prise en compte dans le cadre de la caractérisation du risque. En effet, les ressources peuvent, selon les circonstances, se trouver dans une situation plus ou moins « robuste », au sens où le préjudice sera plus ou moins aisément surmonté par elles. Si la ressource concernée se trouve dans une situation de vulnérabilité, la sévérité du préjudice serait renforcée si celui-ci venait à se réaliser.

De manière générale, il existe de nombreuses études juridiques qui se penchent sur la question de la vulnérabilité, notamment en lien avec la protection des droits fondamentaux⁴⁵. Cette qualité est couramment reconnue à certaines personnes en raison de l'appartenance à un groupe qui présente certaines faiblesses⁴⁶. La reconnaissance de la vulnérabilité repose ainsi sur l'existence de caractéristiques communes aux membres qui les distinguent de la population générale et les désavantagent davantage. C'est notamment sur cette base que des instruments mettant en place des mécanismes visant à protéger certains groupes de la société tels que par exemple les enfants⁴⁷, les femmes⁴⁸ ou encore les personnes atteintes d'un handicap⁴⁹ ont été adoptés. La vulnérabilité est également reconnue sur la base de critères socio-économiques ou

⁴⁴ Voy., pour une analyse approfondie de cette notion, la special issue paru en septembre 2019 dans le *German Law Journal* intitulé « the Essence of Fundamental Rights ». Ce numéro spécial comprend une dizaine de contributions ayant pour objectif de contribuer à la conceptualisation de la notion.

⁴⁵ Voy., entre autres, L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Éditions Pedone, 2014 ; M. BAUMGÄRTEL, *Demanding rights: Europe's supranational courts and the dilemma of migrant vulnerability*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019 et C. BOITEUX-PICHERAL, *La vulnérabilité en droit européen des droits de l'homme. Conception(s) et fonction(s)*, Louvain-La-Neuve, Anthemis, 2019.

⁴⁶ S. DA LOMBA, « Vulnerability, Irregular Migrants' Health-Related Rights and the European Court of Human Rights », *European Journal of Health Law*, 2014, pp. 339-364. Cette approche est critiquée par une certaine doctrine selon laquelle la vulnérabilité devrait être davantage vue comme une condition universelle qui menace potentiellement l'ensemble des êtres humains. Sur la question, voy., M.-A. FINEMAN, « The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition », *Yale Journal of Law and Feminism*, 2008, pp. 1-23.

⁴⁷ Voy., par exemple, la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989.

⁴⁸ Voy., par exemple, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979.

⁴⁹ Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées du 13 décembre 2006.

relatifs à l'état de santé et au statut migratoire. Ainsi, les migrants⁵⁰, les prisonniers⁵¹ ou encore les personnes atteintes d'une maladie⁵² ont été reconnus comme se trouvant dans une situation de fragilité justifiant un renforcement de leur protection⁵³.

Dans la caractérisation du risque que génère le principe de confiance mutuelle, il importe donc de tenir compte du caractère éventuellement vulnérable des ressources qui y sont exposées. Tant la probabilité de réalisation du risque que la gravité de l'éventuel dommage qui résulterait de sa réalisation peuvent, en effet, être accrus.

§2. La décision face au risque

Une fois le risque caractérisé, les acteurs de la confiance mutuelle doivent prendre une décision face au risque. Il nous semble à cet égard nécessaire de maintenir une marge de manœuvre au profit des acteurs qui mettent en œuvre la confiance mutuelle lorsqu'il existe des risques pour la violation des valeurs (1). Ensuite, la charge de la preuve doit à notre estime être aménagée en présence de tels risques (2)

1. Prévoir une marge de manœuvre pour les acteurs mettant en œuvre la confiance mutuelle lorsque les valeurs fondatrices sont menacées

Il nous semble tout d'abord nécessaire de prévoir un système « ouvert » de limitation au principe de confiance mutuelle dans les instruments qui le mettent en œuvre et qui peuvent exposer les valeurs fondatrices de l'Union. Cela signifie que les exceptions à la confiance ne doivent pas être limitativement déterminées, mais une marge de manœuvre doit être réservée à l'instance nationale – juge ou administration – à qui il est demandé de « faire confiance ». Il nous semble en effet problématique qu'un arbitrage abstrait ne laissant pas de pouvoir d'appréciation à l'acteur le mettant concrètement en œuvre dans des cas individuels, alors que des éléments essentiels des valeurs fondatrices de l'Union peuvent être exposés à un risque.

Entrent dans cette catégorie les instruments concrétisant la confiance mutuelle qui sont susceptibles de causer des violations graves des droits fondamentaux, du principe de l'État de droit, de la dignité humaine, etc. Une très grande partie des instruments sous-tendus par le principe de confiance mutuelle sont concernés : que ce soit en droit du marché intérieur ou en droit de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, il est fréquent que la mise en œuvre du principe de confiance mutuelle puisse potentiellement porter atteinte à une de ces valeurs. À titre d'exemple, les instruments consacrant la reconnaissance mutuelle de jugements dont la reconnaissance pourrait entraîner une violation importante des droits fondamentaux doivent, notre sens, prévoir des possibilités pour les autorités judiciaires dont la reconnaissance est

⁵⁰ M. BAUMGÄRTEL, *Demanding rights*, *op. cit.*

⁵¹ B. PASTRE-BELDA, « La protection des droits fondamentaux de la personne privée de liberté : quelles évolutions dans la jurisprudence européenne ? », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2019, pp. 599-619.

⁵² Cour eur. D.H., arrêt du 26 novembre 2015, *Dimcho Dimov c. Bulgarie* (n°2), req. n°77248/12, points 60-61.

⁵³ S. DA LOMBA, « Vulnerability, Irregular Migrants' Health-Related Rights and the European Court of Human Rights », *op. cit.*, p. 342.

requis de contrôler le respect des valeurs fondatrices par ce jugement si des doutes sont émis à cet égard. Si la violation de la valeur fondatrice est telle qu'elle n'est pas compensée par l'avantage retiré par la reconnaissance mutuelle du jugement en cause, celle-ci doit pouvoir être écartée.

Un tel pouvoir d'appréciation est, *de lege lata*, d'ores et déjà consacré dans certains instruments qui consacrent un système de limitation « ouvert », ceux au sein desquels toutes les exceptions au principe de confiance mutuelle ne sont pas strictement définies au préalable. De nombreux instruments exposant des valeurs fondatrices fonctionnent néanmoins encore à système de restriction « fermé »⁵⁴. Il nous semble donc souhaitable de les modifier afin qu'une marge de manœuvre soit concédée aux acteurs qui les mettent en œuvre leur permettant d'écarter la confiance en présence d'un risque trop important.

2. La répartition de la charge de la preuve

Dans le cadre de l'examen des risques induits par la confiance mutuelle, il nous semble également nécessaire de prévoir un aménagement de la charge de la preuve afin de protéger davantage les valeurs fondatrices de l'Union. Comme le souligne Julianne Kokott, il existe une relation intime entre la protection effective des droits fondamentaux et les règles qui régissent le droit de la preuve⁵⁵. Dans ce cadre, il est important de distinguer la question de la charge et de l'administration de la preuve : alors que la seconde implique un devoir de collaboration active dans l'établissement du fait dont la preuve est requise, la première détermine quelle partie devra succomber si un doute subsiste quant à la véracité dudit fait⁵⁶.

De manière générale, « l'administration de la preuve dans le droit de l'Union européenne est partagée entre les justiciables et le juge, chacun contribuant à l'établissement des éléments nécessaires à l'application du droit de l'Union »⁵⁷. Il existe au demeurant, tant en droit de l'Union que dans les droits nationaux des États membres, une obligation des parties de collaborer à la preuve⁵⁸. Cette obligation trouve un ancrage, pour ce qui concerne les États membres, dans le devoir de coopération loyale consacré à l'article 4, paragraphe 3, du TUE⁵⁹. Quant à la question de la charge de la preuve, elle ne se pose qu'en cas de doute dans la mesure où elle vise à déterminer la partie qui en souffrira⁶⁰. La question de la charge de la preuve n'est pas tranchée de manière absolue en droit de l'Union, qui se contente d'affirmer qu'elle doit être réglée « dans le respect des principes généraux du [droit de l'Union] et des objectifs poursuivis »⁶¹. En général néanmoins, c'est le principe *actori incumbit probatio*, en vertu

⁵⁴ C'est le cas par exemple du système du mandat d'arrêt européen.

⁵⁵ J. KOKOTT, *The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law*, La Haye, Kluwer Law International, 1998, p. 1. Voy., dans le même sens, M. FARTUNOVA, *La preuve dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 34.

⁵⁶ M. FARTUNOVA, *ibid.*, p. 561.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 483.

⁵⁸ Voy., pour une démonstration, *ibid.* p. 483.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 539.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 561.

⁶¹ CJUE, arrêt du 4 juin 2009, *Balbiino* aff. C-56/07, ECLI :EU:C:2009:341, point 63.

duquel il appartient à celui qui invoque un droit d'en apporter la preuve, qui est en pratique appliqué⁶². La méthode d'application du principe de confiance mutuelle que nous proposons préconise néanmoins un aménagement, dans certaines circonstances, de cette règle.

L'attitude qui est ensuite être adoptée devrait, à notre sens, varier selon que soit exposée au risque une valeur non fondatrice ou un élément non-essentiel d'une valeur fondatrice ou, à l'inverse, un élément essentiel d'une valeur fondatrice.

La démarche à suivre en cas d'exposition d'une valeur secondaire ou d'un élément non-essentiel d'une valeur fondatrice. Si la ressource exposée en raison de l'application du principe de confiance mutuelle concerne une valeur non fondatrice ou bien uniquement marginalement l'une de celles-ci, il ne nous semble pas indispensable qu'une marge de manœuvre soit réservée à l'acteur qui applique concrètement le principe de confiance mutuelle – nous l'avons souligné plus haut. Les arbitrages peuvent à cet égard être réalisés abstraitement, au niveau de l'acte général qui met en œuvre le principe de confiance mutuelle. Bien évidemment, une marge de manœuvre peut néanmoins – et c'est d'ailleurs parfois le cas – être conférée, par les instruments généraux, aux acteurs qui appliquent le principe de confiance mutuelle. C'est notamment le cas en droit général du marché intérieur : les libertés de circulation – qui imposent dans certains cas une présomption de compatibilité de solutions juridiques étrangères – peuvent, sauf indication contraire, faire l'objet de limitations proportionnées pour des motifs étrangers aux valeurs fondatrices, tel que la protection de la santé des animaux et la préservation des végétaux⁶³, la sécurité routière⁶⁴ ou encore la lutte contre la fraude fiscale⁶⁵. Dans l'hypothèse où une telle marge de manœuvre est concédée, la méthode que l'on préconise fait néanmoins reposer la charge de la preuve sur la personne ou l'autorité qui veut s'opposer à ce qu'une confiance soit accordée à la solution juridique étrangère concernée. En d'autres termes, la confiance mutuelle est présumée et ne peut être écartée que si la preuve de l'existence d'un risque réel pour la ressource exposée est rapportée. Si une telle preuve n'est pas rapportée ou bien qu'un doute subsiste quant à la réalité du risque invoqué, c'est donc le devoir de confiance qui doit l'emporter. En revanche, si l'existence d'un tel risque est démontrée, l'agent doit alors apprécier ce risque au regard de l'avantage retiré de la confiance. *Necessitas probandi incumbit ei qui agit*, donc, lorsqu'un élément essentiel d'une valeur fondatrice n'est pas gravement mise en péril. La méthode ainsi proposée est précisément celle à l'œuvre actuellement pour ce qui concerne les libertés de circulation ci-avant visées : c'est en effet à celui qui veut limiter celles-ci et, donc, le principe de confiance mutuelle qui les sous-tend, qu'il revient de démontrer l'existence d'une atteinte disproportionnée d'un intérêt légitime résultant de leur mise en œuvre. « Selon une jurisprudence constante », une exception ne peut en effet être sollicitée par un État pour entraver une liberté de circulation « que si les

⁶² M. FARTUNOVA, *La preuve dans le droit de l'Union européenne*, op. cit., p. 562. En droit belge, il trouve une consécration à l'article 1315, paragraphe 1^{er}, du Code civil en vertu duquel « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ».

⁶³ Art. 36 TFUE.

⁶⁴ CJUE, arrêt du 15 mars 2007, *Commission c. Finlande*, aff. C-54/05, ECLI:EU:C:2007:168, point 36.

⁶⁵ CJUE, arrêt du 9 octobre 2008, *Carciati*, aff. C-823/79, ECLI:EU:C:1980:230, point 9.

autorités nationales démontrent que ladite exception est nécessaire pour réaliser un ou plusieurs objectifs [légitimes] et qu'elle est conforme au principe de proportionnalité »⁶⁶.

La démarche à suivre en cas d'exposition d'un élément essentiel d'une valeur fondatrice.

Lorsque des éléments essentiels des valeurs fondatrices pourraient être exposés à un risque, il nous semble souhaitable qu'une marge de manœuvre soit réservée aux acteurs qui mettent en œuvre au cas par cas le principe de confiance mutuelle afin qu'ils puissent, si nécessaire, écarter son application. Pour garantir une protection satisfaisante de ces valeurs et, en particulier, des droits fondamentaux, l'application du principe de confiance mutuelle doit en effet pouvoir être soumise à un arbitrage concret, apte à prendre en considération les circonstances particulières de chaque espèce. Certains instruments confèrent d'ores et déjà une telle marge de manœuvre aux acteurs appliquant concrètement le principe de confiance mutuelle : il s'agit des instruments comprenant un système de limitation « ouvert », c'est-à-dire ceux qui ne définissent pas précisément et exhaustivement les circonstances dans lesquelles la confiance mutuelle peut être limitée. Ce n'est néanmoins pas le cas de tous les mécanismes exposant des valeurs fondatrices, plusieurs d'entre eux renfermant un système de limitation « fermé ». La décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen⁶⁷ en est une illustration : rappelons-le, cet instrument avait pour ambition d'unifier de manière précise et exhaustive les motifs de non-exécution de ce type de mandat, avant que la Cour de justice ne soit venue assouplir le système par l'introduction d'une exception tenant à l'existence de « circonstances exceptionnelles ».

Quoi qu'il en soit, lorsque cette marge de manœuvre est concédée conformément à la méthode que l'on propose, il y a également lieu de développer la marche à suivre par l'acteur qui, dans un cas concret d'application du principe de confiance mutuelle, rencontre des indices de l'existence d'un risque menaçant une valeur fondatrice. Dans ce cas, il nous semble souhaitable qu'un aménagement de la charge de la preuve soit prévu. Nous l'avons souligné, le principe *actori incumbit probatio* est généralement d'application : il impliquerait donc à la personne ou à l'État qui souhaite s'opposer à l'application du principe de confiance mutuelle de démontrer l'existence du risque que celle-ci comporte. L'application de cette règle peut néanmoins constituer un obstacle important, en particulier lorsqu'il existe des difficultés matérielles pour prouver l'existence de ce risque ou que la personne concernée se trouve dans une situation de vulnérabilité limitant sa capacité à apporter une telle preuve. C'est la raison pour laquelle un aménagement de la charge de la preuve nous semble souhaitable en présence de risques exposant des éléments essentiels des valeurs fondatrices, assouplissant ainsi les exigences découlant du principe *actori incumbit probatio*.

À cet égard, les règles probatoires mises en place par le droit européen de la non-discrimination nous semblent pouvoir utilement inspirer la méthode proposée. L'ensemble des directives adoptées en droit de l'Union concrétisant le principe de non-discrimination établissent, en effet, des règles spécifiques d'aménagement de la charge de la preuve visant à renforcer l'effectivité

⁶⁶ CJUE, arrêt du 8 mai 2013, *Atral SA*, aff. C-14/02, ECLI:EU:C:2003:265, point 67.

⁶⁷ Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, *JO*, L 190 du 18 juillet 2002, p. 1

de la lutte contre les discriminations⁶⁸. Sans aller jusqu'à un véritable renversement de celle-ci, ces directives ne mettent à la charge de celui qui invoque une discrimination que le fardeau d'établir l'existence de faits de nature à pouvoir laisser supposer l'existence d'une discrimination⁶⁹. S'il présente ainsi des indices pouvant attester de l'existence d'une possible discrimination, c'est ensuite à la partie défenderesse qu'il revient de démontrer qu'il n'y a pas eu de violation du principe de non-discrimination. La charge de la preuve reposant sur la victime potentielle d'une discrimination est donc allégée : l'apport d'éléments qui « *prima facie* » laissent entrevoir la possible existence d'une discrimination suffit à établir une présomption de discrimination, qu'il revient à celui qui s'en défend de démentir⁷⁰.

Cette technique pourrait, à notre sens, être reprise dans le cadre de la mise en œuvre du principe de confiance mutuelle. Ainsi, l'apport, dans un cas concret, par une partie prenante (que ce soit une autorité publique ou une personne privée), d'éléments qui, *prima facie*, attestent l'existence potentielle d'un risque menaçant un élément essentiel d'une valeur fondatrice devrait avoir pour conséquence de renverser la charge de la preuve de sorte qu'il appartiendrait à l'acteur qui veut tirer profit du principe de confiance mutuelle de démontrer l'inexistence de ce risque.

Pour ce qui concerne l'appréciation de la force probante, elle « dépend de la crédibilité des informations que le moyen de preuve contient [et du] cadre factuel de chaque espèce »⁷¹. Soulignons par ailleurs que les autorités dont la confiance est demandée devraient se voir reconnaître un droit d'instruction, qui pourrait s'exercer notamment par le biais de mécanismes d'échange d'information.

Si l'acteur qui tire profit de l'application de la confiance parvient à démontrer de manière suffisamment convaincante que la valeur fondatrice exposée ne court pas de risque réel et avéré, l'action commandée par la confiance devrait alors être exécutée. En revanche, dans l'hypothèse où ce dernier n'y parviendrait pas, le risque devrait être considéré comme réel et avéré par le juge ou l'autorité appelée à statuer sur le cas d'espèce.

Dans une situation où l'acteur qui tire profit de l'application de la confiance n'est pas parvenu à démontrer l'absence de risques de manière suffisamment convaincante, le doute qui subsiste devrait, à notre estime, profiter à la valeur fondatrice. Il s'agirait en d'autres termes de se conformer à un « principe de précaution » et de vérifier si le risque est ou non fondé. Un

⁶⁸ Voy., l'art. 8 de la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *JO*, L 180 du 19 juillet 2000, p. 25, l'art. 10 de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *JO*, L 303 du 2 décembre 2000, p. 20, l'article 9 de la directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès des biens et services et la fourniture de biens et services, *JO*, L 373 du 21 décembre 2004, p. 41 et l'art. 19 de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), *JO*, L 204 du 26 juillet 2006, p. 31.

⁶⁹ A. DANIS-FATÔME, « Le dispositif propre à la charge de la preuve, frein ou outil de lutte contre les discriminations ? », *Revue des droits de l'homme*, 2016, p. 2.

⁷⁰ Z. POPOSKA, « Shift in the Burden of Proof - Mechanism to Ensure Enforcement of Anti-Discrimination Legislation », *Balkan Social Science Review*, 2013, p. 135.

⁷¹ M. FARTUNOVA, *La preuve dans le droit de l'Union européenne*, op. cit., p. 596.

contrôle devrait dès lors être entrepris par l'autorité dont la confiance est requise, afin de vérifier si la solution juridique en cause est, ou non, digne de confiance.

Concrètement, ce contrôle pourrait, dans un premier temps, se cantonner à un contrôle procédural. Il s'agit donc ici de contrôler la manière dont la décision a été prise, et les garanties qui ont entouré cette prise de décision. Le statut de l'autorité qui en est la source ainsi que les éventuelles voies de recours à l'encontre de celle-ci constituent certains des éléments qui doivent ainsi être pris en compte. Dans l'hypothèse où le processus qui a mené à la solution juridique en cause satisfait, d'un point de vue systémique et dans le cas concret, les garanties procédurales minimales, notamment en termes de protection juridictionnelle, la confiance pourrait être accordée à celle-ci. Cette confiance se traduirait par un second renversement de la charge de la preuve : il reviendrait alors à la personne qui se prétend victime d'une violation d'une valeur fondatrice d'étayer de manière précise et concrète l'existence de celle-ci. Dans l'hypothèse où la preuve irréfutable d'une violation serait rapportée, l'action commandée par la confiance devrait alors être écartée.

En revanche, dans l'hypothèse où l'acteur dont la confiance est demandée constate que la solution juridique étrangère n'a pas bénéficié de ces garanties, le doute devrait continuer à profiter à la personne qui allègue la violation de la valeur fondatrice. L'acteur de la confiance doit alors opérer un contrôle substantiel – donc écarter totalement la confiance. S'il constate une violation d'un élément essentiel d'une valeur fondatrice, il doit alors écarter l'action commandée par la confiance. En revanche, s'il n'y a pas de violation, il procède à l'action initialement commandée par la confiance.

Afin d'illustrer notre propos, l'on peut prendre un exemple fictif de mise en œuvre du mécanisme du mandat d'arrêt européen. La situation pourrait être la suivante : une autorité judiciaire d'un État A émet un mandat d'arrêt à des fins d'exécution d'une peine prononcée par un jugement définitif, à l'intention des autorités d'un État B où se trouverait la personne condamnée. Au moment de se statuer sur l'exécution du mandat d'arrêt, l'individu concerné présenterait des indices démontrant une possible violation grave de son droit à la vie privée dans le jugement en cause parce qu'il aurait été rendu sur la base d'écoutes téléphoniques non-conformes aux exigences découlant de la Charte des droits fondamentaux. Si les autorités de l'État membre A ne démontrent pas suffisamment l'inexistence d'un tel risque, l'autorité judiciaire d'exécution devrait passer à l'étape du contrôle.

Selon la méthode que l'on préconise, l'autorité judiciaire de l'État membre B devrait dans un premier temps opérer un contrôle procédural, et donc analyser si la condamnation ainsi qu'à l'édition du mandat d'arrêt européen respecte les garanties minimales en termes de protection juridictionnelle. Devraient ainsi être contrôlées notamment l'indépendance et l'impartialité du système judiciaire en cause et la qualité du système de voie de recours qu'offre celui-ci.

Dans l'hypothèse où le système judiciaire ou la procédure qui a mené à l'édition du mandat d'arrêt européen présenterait de déficiences systémiques, le risque devra être présumé comme réel et le doute devrait alors profiter à l'individu concerné. L'agent devrait alors opérer un

contrôle substantiel du mandat d'arrêt européen, et donc ne plus lui témoigner une confiance. Si l'autorité judiciaire constate qu'un doute subsiste quant à l'éventuelle violation des valeurs fondatrices, il devra apprécier la gravité de celle-ci et, éventuellement, refuser l'exécution du mandat d'arrêt européen.

En revanche, si le contrôle procédural ne révèle pas de défaillances systémiques, les différents jugements concernés pourraient être présumés dignes de confiance. Ce n'est que si celui qui s'oppose à leur exécution démontre l'existence d'une violation des valeurs fondatrices d'un point de vue substantiel que celle-ci devra être prise en compte par l'autorité judiciaire d'exécution de l'État membre B. Dans un tel cas, celle-ci procédera, alors, à une appréciation de la violation du droit à la vie privée au regard de l'avantage retiré par l'exécution du mandat d'arrêt européen avant d'éventuellement exécuter celui-ci.

Dans l'hypothèse où l'opération concerne une « solution juridique future » – par exemple, le traitement d'un demandeur d'asile une fois transféré vers l'État responsable – une méthode analogue peut-être préconisée. L'autorité dont la confiance est requise devrait s'interroger sur les protections procédurales dont bénéficiera, à l'avenir, la personne qui pourrait être exposée au risque. Si celles-ci satisfont les exigences de protection juridictionnelle, la confiance peut en règle être présumée. Cette présomption peut néanmoins être renversée par l'agent qui s'oppose au principe de confiance mutuelle s'il démontre de manière étayée que la protection juridictionnelle ainsi garantie ne permettrait pas de pallier les désavantages qui résulteraient de la survenance du risque.

Si le contrôle procédural ne révèle pas des résultats satisfaisants, l'action commandée par la confiance mutuelle ne devrait en principe pas être réalisée. Ce n'est que si l'agent qui profite de la confiance parvient à démontrer de manière irréfutable que la valeur fondatrice concernée ne court aucun risque réel dans l'État auquel la confiance devrait être témoignée que le principe de confiance mutuelle pourrait être appliqué.

Conclusion

L'objet de l'ouvrage collectif au sein duquel s'inscrit cette contribution était notamment de réfléchir aux outils dont peut disposer l'Union européenne face aux crises qu'elle rencontre. Nous nous sommes dans ce cadre penchés sur le cas particulier du principe de confiance mutuelle entre les États membres face à la crise des valeurs. Que faire de ce principe essentiel en droit de l'Union européenne alors que son fondement, le partage d'un socle de valeurs communes par les États membres, est en péril ?

Pour répondre à cette question, nous nous sommes dirigés vers la discipline de l'analyse du risque qui recèle de nombreux outils visant à réagir face aux crises. Sur cette base, nous avons développé une proposition de nouvelle méthode d'application du principe de confiance mutuelle. Si cette proposition ne prétend pas résoudre l'ensemble des difficultés suscitées par le principe de confiance mutuelle, elle nous semble néanmoins utile pour réfléchir sur sa mise en œuvre, en particulier dans un contexte de crise des valeurs.