

CHAPITRE 3. LES DROITS DE LA DÉFENSE ET LES (AUTRES) DROITS FONDAMENTAUX DEVANT LES JURIDICTIONS DE L'UNION EUROPÉENNE

Antoine BAILLEUX¹⁰⁵

Introduction

Présumant une connaissance générale du régime de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, la présente étude vise à présenter et à analyser, à la lumière des développements récents dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après, la « CJUE »), une série de questions touchant tantôt au statut des droits fondamentaux en général (I), tantôt à la protection des droits de la défense en particulier (II).

I. – Le régime des droits fondamentaux après Lisbonne

L'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la faveur du traité de Lisbonne a amené dans son sillage une série de questions difficiles. Deux de ces questions nous paraissent pouvoir faire l'objet d'une analyse circonstanciée à la lumière des arrêts rendus, depuis le 1^{er} décembre 2009, par les juridictions de l'Union¹⁰⁶. La première a trait à l'opposabilité de la Charte aux États membres et aux particuliers (A). La seconde concerne la persistance et le statut des *autres* sources de droits fondamentaux,

¹⁰⁵ L'auteur est professeur à l'Université Saint-Louis – Bruxelles et avocat au barreau de Bruxelles. Il peut être contacté à l'adresse bailleux@fusl.ac.be. Cette recherche a été réalisée dans le cadre du Pôle d'Attraction Interuniversitaire (P.A.I.) « The global challenge of human rights integration : Towards a users' perspective » (<<http://www.hrintegration.be>>).

¹⁰⁶ C'est donc volontairement que nous laissons de côté l'épineuse question de la distinction entre droits et principes, sur laquelle les juridictions de l'Union ne se sont pas encore penchées, à la différence de certains avocats généraux. Voy. p. ex. les conclusions présentées le 8 septembre 2011 par l'avocat général Trstenjak dans l'affaire *Dominguez*, C-282/10, non encore publiée au *Rec.*, points 75-79 ; les conclusions de l'avocat général Cruz Villalón présentées le 18 juillet 2013 dans l'affaire *Association de médiation sociale*, C-176/12, non encore publiée au *Rec.*, points 50 à 56.

telles que la Convention européenne des droits de l'Homme (ci-après, la « CEDH »), les principes généraux du droit de l'Union et les constitutions nationales (B).

A. *L'opposabilité de la Charte aux États membres et aux particuliers*

1. *L'opposabilité de la Charte aux États membres*

L'article 51 de la Charte règle le problème du champ d'application de la Charte en affirmant que celle-ci lie les institutions, organes et organismes de l'Union, ainsi que les États membres « uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ».

Au premier abord, cette formulation peut surprendre¹⁰⁷. Le critère qu'elle institue (la « mise en œuvre du droit de l'Union ») semble en effet plus restrictif que celui qui fut classiquement utilisé par la Cour de justice pour déterminer le champ d'application des droits fondamentaux reconnus en tant que principes généraux, et en vertu duquel les États membres sont tenus au respect de ces droits dès lors qu'ils agissent « dans le champ d'application du droit de l'Union ».

Certains ont déduit de la formulation de l'article 51 qu'elle enjoint la Cour à faire marche arrière et à limiter son contrôle aux seuls actes nationaux qui exécutent ou transposent une mesure de droit dérivé¹⁰⁸. La plupart des auteurs, cependant, s'accordent à dire que cette formulation sciemment ambiguë

¹⁰⁷ Voy. à ce sujet, en particulier, l'excellent article de P. EECKHOUT, « The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question », *C.M.L.R.*, 2002, vol. 39, pp. 945-994. Voy. en outre, *ex multissimis*, L.F.M. Besselink, « The Member States, the National Constitutions and the Scope of the Charter », *M.J.*, 2001, pp. 68-101 ; A. ARNULL, « Protecting Fundamental Rights in Europe's New Constitutional Order », in T. TRIDIMAS et P. NEBBIA (eds.), *European Union Law for the Twenty-First Century*, Oxford, Hart, 2004, pp. 95-112, spéc. pp. 99-102 ; P. CAROZZA, « The Member States », in S. PEERS, A. WARD (eds.), *The European Union Charter of Fundamental Rights*, Oxford and Portland OR, Hart Publishing, 2004, pp. 35-58, spéc. pp. 43-45 ; R. DAVIS, « A Brake ? The Union's New « Bill of Rights » », *E.H.R.L.R.*, 2005, pp. 449-460, spéc. pp. 455-456 ; O. DE SCHUTTER, « La garantie des droits et principes sociaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in J.-Y. CARLIER et O. DE SCHUTTER (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 117-147, spéc. pp. 124-125 ; P. GOLDSMITH, « A Charter of Rights, Freedoms and Principles », in W. HEUSEL (ed.), *The Charter of Fundamental Rights and Constitutional Development in the EU*, 2002, Schriftenreihe der Europäischen Rechtsakademie Trier, Bundesanzeiger, pp. 35-42, spéc. pp. 37-38 ; S. KOUKOULIS-SPILIOPOULOS, « Incorporating the Charter into the Constitutional Treaty : What Future for Fundamental Rights ? », in C.G. RODRIGUEZ IGLESIAS *et al.*, *Problèmes d'interprétation - À la mémoire de Constantinos N. Kakouris*, Athènes-Bruxelles, Sakkoulas-Bruylant, 2004, pp. 223-258, spéc. pp. 248-252.

¹⁰⁸ Voy. e.a. F. PICOD, « Article II-111 », in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, t. 2, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 651.

n'entend pas revenir sur les acquis jurisprudentiels et autorise la Cour à contrôler toute action des États membres qui se situe dans le champ d'application du droit de l'Union¹⁰⁹.

La Cour de justice conforte cette seconde thèse en filigrane lorsque, pour constater que le prescrit de l'article 51, § 1^{er}, de la Charte n'est pas satisfait, elle affirme qu'« il ne résulte pas de la décision de renvoi [préjudiciel] que la réglementation nationale constitue une mesure de mise en œuvre du droit de l'Union ou présente d'autres éléments de rattachement à ce droit »¹¹⁰. Dans son arrêt *Dereci*, la Cour laisse du reste entendre que le critère applicable est bien celui du « champ d'application du droit de l'Union »¹¹¹. Les explications *ad* article 51 semblent également confirmer cette seconde thèse dès lors que, références jurisprudentielles à l'appui, elles exposent que « l'obligation de respecter les droits fondamentaux définis dans le cadre de l'Union ne s'impose aux États membres que lorsqu'ils agissent dans le champ d'application du droit de l'Union » (nous soulignons).

Les difficultés ne se dissipent toutefois pas lorsque l'on s'est mis d'accord sur le critère déterminant l'applicabilité de la Charte à l'égard des États membres. C'est que toute la difficulté réside bien sûr dans la capacité à délimiter ce « champ d'application du droit de l'Union ». À cet égard, force est d'observer que la Cour continue de louvoyer entre interprétations frileuses¹¹² et généreuses¹¹³ de ce champ d'application, optant parfois pour un silence qui semble quelque peu embarrassé, peut-être voué à dissimuler des dissensions

¹⁰⁹ En ce sens, voy. e.a. E. BRIBOSIA et O. DE SCHUTTER, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *J.T.*, 2001, spéc. pp. 283-284 ; L. AZOULAI, « Article II-113 », in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE et F. PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, t. 2, pp. 701-703. *Adde*, P. CRAIG, *The Lisbon Treaty. Law, Politics and Treaty Reform*, Oxford, University Press, 2010, pp. 210-213.

¹¹⁰ C.J., 7 juin 2012, *Vinkov*, C-27/11, non encore publié au *Rec.*, point 59 (nous soulignons). Dans le même sens, voy. e.a. C.J., 12 novembre 2010, *Aspahurov Estov*, C-339/10, *Rec.*, p. I-11465, point 14, et C.J., 23 mai 2011, *Rossius*, C-267/10 et C-268/10, *Rec.*, p. 81, point 19.

¹¹¹ C.J., 15 novembre 2011, *Murat Dereci*, C-256/11, non encore publié au *Rec.*, point 72.

¹¹² Voy. p. ex. C.J., 27 novembre 2012, *Pringle*, C-370/12, non encore publié au *Rec.*, points 178 à 182, C.J., 17 janvier 2013, *Mohamad Zakaria*, C-23/12, non encore publié au *Rec.*, points 40 et 41, et C.J., 19 septembre 2013, *Montull*, C-5/12, non encore publié au *Rec.*, points 71 à 73. Voy. aussi les arrêts rendus par la Cour (avec le même juge rapporteur) dans les affaires *Iida* (8 novembre 2012, C-40/11, non encore publié au *Rec.*, points 79 à 80) et *Ymeraga* (8 mai 2013, C-87/12, non encore publié au *Rec.*, points 41 et 42) qui, reprenant une solution dégagée dans un ancien arrêt, disposent que pour déterminer l'applicabilité de la Charte, « il y a lieu de vérifier, parmi d'autres éléments, si la réglementation nationale en cause a pour but de mettre en œuvre une disposition du droit de l'Union, le caractère de cette réglementation et si celle-ci poursuit des objectifs autres que ceux couverts par le droit de l'Union, même si elle est susceptible d'affecter indirectement ce dernier, ainsi que s'il existe une réglementation du droit de l'Union spécifique en la matière ou susceptible de l'affecter » (nous soulignons). Dans ces deux arrêts, la Cour en déduit que l'invocation d'une disposition visant à mettre en œuvre le droit de l'Union ne suffit pas nécessairement à déclencher l'applicabilité de la Charte.

¹¹³ Voy. les exemples mentionnés ci-dessous.

internes¹¹⁴. Ces atermoiements n'ont pas manqué de trouver écho dans les conclusions des avocats généraux, qui de longue date s'emploient à introduire un peu de sécurité juridique dans la casuistique de la Cour sur cette question¹¹⁵.

Sans prétendre faire le tour d'une question éminemment complexe, il semble possible de distinguer les actes des États membres qui rentrent *certainement* (i) dans le cadre du droit de l'Union, et ceux qui en relèvent *vraisemblablement* (ii).

(i) La Cour est indubitablement compétente pour contrôler le respect des droits fondamentaux à l'égard de :

- Une mesure nationale d'exécution d'un règlement ou d'une décision émanant de l'Union européenne¹¹⁶. Dans cette hypothèse, les autorités nationales agissent comme de simples agents chargés d'appliquer et de faire respecter les prescrits du droit de l'Union sans disposer de quelque pouvoir discrétionnaire que ce soit.
- Un acte administratif ou juridictionnel posé par un État membre dans un domaine couvert par une directive¹¹⁷, un règlement¹¹⁸ ou une décision-cadre¹¹⁹.
- Une mesure nationale de transposition d'une directive européenne après écoulement du délai de transposition. Le pouvoir discrétionnaire dont

¹¹⁴ C.J., 5 juin 2012, *Bonda*, C-489/10, non encore publié au *Rec.*, arrêt dans lequel la Cour élude la question de l'applicabilité de la Charte alors même que cette question avait fait l'objet de développements substantiels dans les conclusions de l'avocat général Kokott.

¹¹⁵ Voy. e.a. les conclusions de l'avocat général Jacobs présentées le 9 décembre 1992 dans l'affaire *Konstantinidis*, C-168/91 (*Rec.*, 1992, p. I-6577), et celles présentées le 30 mai 2005 dans l'affaire *Niebuil*, C-96/04 (*Rec.*, 2006, p. I-3561), les conclusions de l'avocat général Poiares Maduro présentées le 12 septembre 2007 dans l'affaire *Centro Europa 7*, C-380/05 (*Rec.*, 2008, p. I-349), et les conclusions de l'avocat général Sharpston dans l'affaire *Ruiz Zambrano*, C-34/09 (*Rec.*, 2011, p. I-1177). Sur ces trois propositions, voy. A. BAILLEUX et E. BRIBOSIA, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in S. VAN DROOGHENBROECK et P. WAUTELET (dir.), *Droits fondamentaux en mouvement. Questions choisies d'actualité*, Bruxelles, Anthémis, 2012, pp. 73-151, spéc. pp. 114-116. Voy. encore les conclusions de l'avocat général Cruz Villalón présentées le 12 juin 2012 dans l'affaire *ÅkerbergFransson*, C-617/10, non encore publiée au *Rec.*

¹¹⁶ Voy. p. ex. C.J., 13 juillet 1989, *Wachauf*, C-5/88, *Rec.*, p. 2609.

¹¹⁷ Voy. p. ex. C.J., 28 octobre 1975, *Roland Rutili*, C-36/75, *Rec.*, p. 1219, et C.J., 29 avril 2004, *Orfanopoulos et Oliveri*, C-482/01 et C-493/01, *Rec.*, p. I-5257. Pour le cas d'un État qui se prévaut d'un droit qui lui est offert par le droit de l'Union, voy. C.J., 22 octobre 2013, *Sabou*, C-276/12, non encore publié au *Rec.*, points 26 et 27.

¹¹⁸ C.J., 21 décembre 2011, *N.S.*, C-411/10 et C-493/10, non encore publié au *Rec.*

¹¹⁹ Voy. C.J., 16 juin 2005, *Pupino*, C-105/03, *Rec.*, p. I-5285, et C.J., 9 octobre 2008, *Katz*, C-404/07, *Rec.*, p. I-7607. Dans le même sens, E. SPAVENTA, « Remembrance of Principles Lost... », *op. cit.*, spéc. pp. 170-172 ; A. EGGER, « EU-Fundamental Rights in the National Legal Order : The Obligations of Member States Revisited », *Y.E.L.*, 2006, spéc. p. 528.

dispose l'État membre dans ce cadre ne l'exonère pas du respect des droits fondamentaux consacrés dans l'ordre juridique de l'Union¹²⁰.

- Une mesure nationale portant *prima facie* atteinte à une liberté économique de circulation¹²¹. L'hypothèse est ici celle d'un acte – ou d'une omission d'agir – qui gêne l'exercice d'une des libertés de circulation consacrées dans le traité. La simple existence de cette gêne fait rentrer l'acte ou l'omission en question dans le champ d'application du droit de l'Union, et le ou la soumet donc au respect des droits fondamentaux de l'Union.

(ii) Au vu de la jurisprudence et des commentaires doctrinaux qui s'y rapportent, il semble vraisemblable de considérer que sont également soumis au respect des droits fondamentaux reconnus dans l'ordre juridique de l'Union :

- Une mesure de *transposition* d'une directive d'harmonisation *minimale* qui va plus loin que les prescrits de celle-ci¹²². En d'autres termes, la liberté laissée aux États d'instaurer un régime plus restrictif ou protecteur que celui établi par la directive ne soustrait pas ces États au devoir de respecter les droits fondamentaux reconnus dans l'Union européenne¹²³.
- Une mesure nationale qui *renvoie* au contenu d'une norme de droit dérivé dans un domaine étranger au droit de l'Union¹²⁴.

¹²⁰ Voy. p. ex. C.J., 19 septembre 2006, *Wilson*, C-506/04, *Rec.*, p. I-8613, C.J., 17 décembre 1998, *Borsana*, C-2/97, *Rec.*, p. I-8597, point 48, C.J., 10 juillet 2003, *Booker Aquaculture*, C-20/00 et C-64/00, *Rec.*, p. I-7411, point 88, et C.J., 3 mai 2005, *Berlusconi*, C-387, 391 et 403/02, *Rec.*, p. I-3565.

¹²¹ C.J., 26 avril 1988, *Bond van Adverteerders*, C-352/85, *Rec.*, p. 2085, C.J., 18 juin 1991, *ERT*, C-260/89, *Rec.*, p. I-2925, C.J., 26 juin 1997, *Vereinigte Familiapress*, C-368/95, *Rec.*, p. I-3689, C.J., 11 juillet 2002, *Carpenter*, C-60/00, *Rec.*, p. I-6279, et C.J., 13 décembre 2007, *United Pan-Europe*, C-250/06, *Rec.*, p. I-11135. Depuis ses origines, cette jurisprudence a fait l'objet de certaines contestations en doctrine : voy. e.a. J. COPPEL et A. O'NEILL, « The European Court of Justice : Taking Rights Seriously ? », *C.M.L.Rev.*, 1992, vol. 29, pp. 669-692 ; F. JACOBS, « Human Rights in the European Union : the Role of the Court of Justice », *E.L.R.*, 2001, pp. 331-341. Elle a du reste été abandonnée par la Cour le temps d'un arrêt : C.J., 11 juillet 1985, *Cinéthèque*, C-60/84, *Rec.*, p. 2605.

¹²² Voy. les conclusions présentées le 6 décembre 2011 par l'avocat général Trstenjak dans l'affaire *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság*, C-472/10, non encore publiée au *Rec.*, point 54. Dans le même sens F. De CECCO, « Room to Move ? Minimum Harmonization and Fundamental Rights », *C.M.L.Rev.*, 2006, vol. 43, pp. 9-30. *Contra*, E. SPAVENTA, « Remembrance of Principles Lost... », *op. cit.*, spéc. pp. 173-174.

¹²³ Voy. cependant, à propos d'une décision-cadre, C.J., 15 septembre 2011, *Gueye*, C-483/09 et C-1/10, *Rec.*, p. I-8263, points 66 à 69.

¹²⁴ Voy. e.a. C.J., 11 janvier 2001, *Kofisa Italia*, C-1/99, *Rec.*, p. I-207, et C.J., 2 mars 2010, *Salahadin Abdulla e.a.*, C-175/08 e.a., *Rec.*, p. I-1493. Comp. C.J., 7 novembre 2013, *Romeo*, C-313/12, non encore publié au *Rec.* Pour être précis, il convient d'observer que ce type de situation ne relève pas du champ d'application du droit de l'Union, mais que la Cour se considère néanmoins autorisée à contrôler le respect des droits fondamentaux en vue d'éviter le développement d'interprétations divergentes du droit de l'Union.

- Un acte individuel qui *touche* une question réglée par une mesure de droit dérivé dans un contexte *étranger* au droit de l'Union¹²⁵.
- Une mesure nationale qui *rend impossible* l'exercice de la libre circulation des *citoyens* consacré à l'article 21 TFUE. Dans son arrêt *Ruiz Zambrano* du 8 mars 2011, la Cour n'hésite pas à déclarer contraire au statut de citoyen européen contenu à l'article 20 TFUE toute mesure nationale « ayant pour effet de priver les citoyens de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union »¹²⁶. Il ressort d'arrêts ultérieurs qu'une atteinte aux droits fondamentaux du citoyen de l'Union n'entraîne pas nécessairement une privation de la jouissance effective de l'essentiel de leurs droits¹²⁷. En revanche, il semble que si une mesure aboutissait à rendre impossible l'exercice de la libre circulation des citoyens, cette mesure tomberait dans le champ d'application du droit de l'Union et serait également soumise au contrôle de sa conformité au regard des droits fondamentaux¹²⁸.
- Une mesure qui, en vertu de la jurisprudence *Keck et Mithouard*¹²⁹, tombe en dehors du champ d'application de la libre circulation des marchandises¹³⁰.

2. L'opposabilité de la Charte aux particuliers

À en croire l'article 51, § 1^{er}, de la Charte, les autorités de l'Union européenne et les États membres sont les seuls débiteurs des droits et principes qui

¹²⁵ C.J., 6 novembre 2003, *Lindqvist*, C-101/01, *Rec.*, p. I-12971, et C.J., 20 mai 2003, *Rechnungshof*, C-465/00, C-138/01, C-139/01, *Rec.*, p. I-4989. Voy. aussi, *mutatis mutandis*, C.J., 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, non encore publié au *Rec.*

¹²⁶ C.J., 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, *Rec.*, p. I-1177, point 42.

¹²⁷ Voy. spéc. C.J., 5 mai 2011, *McCarthy*, C-434/09, *Rec.*, p. I-3355, points 49 et 50, C.J., 15 novembre 2011, *Murat Dereci*, C-256/11, non encore publié au *Rec.*, points 68 et 72, C.J., 6 décembre 2012, *O. et S.*, C-356/11 et C-357/11, non encore publié au *Rec.*, point 52, C.J., 8 mai 2013, *Ymeraga*, C-87/12, non encore publié au *Rec.*, point 38, et C.J., 10 octobre 2013, *AdzoDomenyoAloka*, C-86/12, non encore publié au *Rec.*, point 32. À ce sujet, voy. A. Von BOGDANDY *et al.*, « Reverse Solange – Protecting the Essence of Fundamental Rights Against EU Member States », *C.M.L.Rev.*, 2012, vol. 49, pp. 489-520, qui proposent de considérer que l'essentiel des droits d'un citoyen sont affectés lorsqu'il est démontré qu'un État membre ne protège plus l'« essence » des droits fondamentaux consacrés à l'article 2 TUE. Cette démonstration suffirait à attirer la situation en cause dans l'orbite du droit de l'Union et, dès lors, à fonder la compétence de la Cour de justice. Pour une réaction et un point de vue plus descriptif, voy. I. CANOR, « *My Brother's Keeper? Horizontal Solange: "An Ever Closer Distrust Among the Peoples of Europe"* », *C.M.L.Rev.*, vol. 50, 2013, pp. 383-422.

¹²⁸ Voy. en particulier C.J., 15 novembre 2011, *Murat Dereci*, C-256/11, non encore publié au *Rec.*, points 70 à 74.

¹²⁹ C.J., 24 novembre 1993, *Keck & Mithouard*, C-267 et 268/91, *Rec.*, p. I-6097.

¹³⁰ C.J., 25 mars 2004, *Karner*, C-71/02, *Rec.*, p. I-3025.

y sont consacrés. Les dispositions de la Charte ne semblent donc pas pouvoir être invoquées à l'encontre de *particuliers*¹³¹.

Comme l'observe très justement l'avocat général Trstenjak, cette conclusion est confirmée par le fait « que les particuliers ne peuvent pas non plus respecter la réserve légale prévue à l'article 52, paragraphe 1, de la charte ("Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi") [; c]ette condition, propre à un État de droit, et à laquelle sont subordonnées les atteintes aux droits fondamentaux, ne peut, par nature, s'adresser qu'à l'Union et à ses États membres en tant que représentants de la puissance publique »¹³².

Ce constat appelle toutefois plusieurs tempéraments.

Premièrement, il n'est pas contestable que certaines libertés de *circulation* jouissent, au moins dans une certaine mesure, de ce que l'on appelle traditionnellement l'effet direct horizontal. La Cour a ainsi jugé que des dispositions du traité sur la liberté d'établissement¹³³, la libre circulation des travailleurs¹³⁴ et la libre prestation des services¹³⁵ pouvaient être invoquées à l'encontre d'organismes privés¹³⁶. Or, ces libertés sont reprises à l'article 15, § 2, de la Charte. Dans le même sens, on rappellera que la Cour a de longue date conclu à l'applicabilité horizontale du principe d'égalité de rémunération entre hommes et femmes, consacré aux articles 157 TFUE et 23 de la Charte¹³⁷. Il en résulte qu'au moins une poignée des droits consacrés par la Charte jouissent d'un certain degré d'applicabilité directe horizontale. Par ailleurs, on ne peut totalement exclure que, dans le souci d'éviter le développement d'une « Charte à deux vitesses », la Cour étende aux autres droits qui y sont consacrés la portée horizontale qu'elle reconnaît aux libertés de circulation. Du reste, les critiques récurrentes relatives à la prévalence de l'« Europe du marché » sur celle des droits de l'homme ne peuvent qu'inciter la Cour à œuvrer dans cette direction.

¹³¹ *Contra*, voy. les conclusions de l'avocat général Cruz Villalón présentées le 18 juillet 2013 dans l'affaire *Association de médiation sociale*, C-176/12, non encore publiée au *Rec.*, points 28 à 31.

¹³² Conclusions présentées le 8 septembre 2011 dans l'affaire *Dominguez*, C-282/10, non encore publiée au *Rec.*, point 83.

¹³³ C.J., 19 février 2002, *Wouters*, C-309/99, *Rec.*, p. I-1577, point 120, et C.J., 11 décembre 2007, *Viking*, C-438/05, *Rec.*, p. I-10779, point 33.

¹³⁴ C.J., 12 décembre 1974, *Walrave et Koch*, C-36/74, *Rec.*, p. 1405, point 17, C.J., 15 décembre 1995, *Bosman*, C-415/93, *Rec.*, p. I-4921, point 82, et C.J., 6 juin 2000, *Angonese*, C-281/98, *Rec.*, p. I-4139, point 31.

¹³⁵ C.J., 12 décembre 1974, *Walrave et Koch*, C-36/74, *Rec.*, p. 1405, C.J., 11 avril 2000, *Deliège*, C-51/96 et C-191/97, *Rec.*, p. I-2549, point 47, et C.J., 18 décembre 2007, *Laval*, C-341/05, *Rec.*, p. I-11767, point 98.

¹³⁶ Pour une timide ouverture à l'invocabilité directe horizontale de la libre circulation des marchandises, voy. C.J., 12 juillet 2012, *Fra.bo*, C-171/11, non encore publié au *Rec.*

¹³⁷ Voy. C.J., 8 avril 1976, *Defrenne II*, C-43/35, *Rec.*, p. 455, point 39.

Ensuite, on observera que la Cour reconnaît *déjà* aux droits fondamentaux un effet direct horizontal dans les litiges qui les mettent aux prises aux libertés de circulation susmentionnées. La Cour admet en effet qu'un groupement de particuliers ou qu'un organisme privé puisse se prévaloir de l'exercice de ses droits fondamentaux pour justifier une atteinte à une liberté de circulation invoquée par un autre particulier¹³⁸. Dans de telles circonstances, il est vrai, le droit fondamental fait simplement office de *bouclier*, de justification destinée à montrer que le droit de l'Union européenne n'a pas été violé.

Enfin, on notera l'applicabilité directe horizontale conférée par la Cour de justice au principe de non-discrimination en fonction de l'âge, consacré à l'article 21 de la Charte et concrétisé par la Directive 2000/78 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. D'une part, la Cour a estimé que ce principe s'imposait aux partenaires sociaux lorsqu'ils concluent des conventions collectives¹³⁹. D'autre part, dans ses arrêts *Mangold*¹⁴⁰ et *Kücükdeveci*¹⁴¹, la Cour a reconnu aux particuliers le droit de se prévaloir dudit principe pour faire obstacle, dans un litige entre personnes privées, à l'application d'une mesure nationale qui y porterait atteinte¹⁴². Il est à ce stade difficile de cerner les contours exacts de cette jurisprudence, dont il n'est pas certain qu'elle puisse bénéficier à l'ensemble des droits fondamentaux ayant fait l'objet d'une mise en œuvre par le biais d'une directive¹⁴³. À cet égard, on observera que cette « invocabilité d'éviction » a été implicitement rejetée par la Cour dans son arrêt *Dominguez* relatif au droit au congé annuel payé¹⁴⁴. Il est difficile de réconcilier ces solutions divergentes,

¹³⁸ Voy. C.J., 11 décembre 2007, *Viking*, C-438/05, *Rec.*, p. I-10779, point 77, et C.J., 18 décembre 2007, *Laval*, C-341/05, *Rec.*, p. I-11767, point 103. Voy. aussi, *mutatis mutandis*, C.J., 15 juillet 2010, *Commission/Allemagne*, C-271/08, *Rec.*, p. I-7091, points 36 à 50. Dans le même sens, voy. les conclusions présentées le 28 mars 2012 par l'avocat général Trstenjak dans l'affaire *Fra.bo*, C-171/11, non encore publiée au *Rec.*, point 56.

¹³⁹ Voy. C.J., 8 septembre 2011, *Hennigs*, C-297 et C-298/10, *Rec.*, p. I-2965, points 67 et 68.

¹⁴⁰ C.J., 22 novembre 2005, *Mangold*, C-144/04, *Rec.*, p. I-9981.

¹⁴¹ C.J., 19 janvier 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, *Rec.*, p. I-365.

¹⁴² La Cour a jugé que ces cas de figure rentraient dans le champ d'application du droit de l'Union dès lors que la législation nationale visait à transposer la Directive 2000/78 sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (*Mangold*) ou que cette législation concernait une matière visée par cette directive (*Kücükdeveci*). En revanche, ne rentre pas dans le champ d'application du droit de l'Union une violation commise avant l'expiration du délai de transposition de la Directive 2000/78 : C.J., 23 septembre 2008, *Bartsch*, C-427/06, *Rec.*, p. I-7245, point 24, et C.J., 10 mai 2011, *Römer*, C-147/08, *Rec.*, p. I-3591, points 60 à 64.

¹⁴³ En ce sens, voy. G. THÜSING et S. HORLER, *Case C-555/07, Seda Küçükdeveci v. Sweden*, *C.M.L.Rev.*, 2010, pp. 1161-1172. Sur cet arrêt, voy. également E. DUBOUT, « L'invocabilité d'éviction des directives dans les litiges horizontaux. Le bateau ivre a-t-il sombré ? », *R.T.D.E.*, 2010, pp. 277-291 ; E. BRIBOSIA et T. BOMBOIS, « Interdiction de la discrimination en raison de l'âge : du principe, de ses exceptions et de quelques hésitations... », *R.T.D.E.*, 2011, pp. 41-84.

¹⁴⁴ C.J., 24 janvier 2012, *Dominguez*, C-282/10, non encore publié au *Rec.* Voy. en revanche les conclusions de l'avocat général Cruz Villalón présentées le 18 juillet 2013 dans l'affaire C-176/12 *Association de médiation*

qui ne paraissent pas pouvoir s'expliquer par des différences dans le degré d'impérativité des droits en cause¹⁴⁵, et qui laissent planer le spectre de la hiérarchisation tant redoutée entre droits fondamentaux de la première (principe de non-discrimination et d'égalité de traitement) et de la seconde (droit au congé annuel payé) génération. Il est dès lors impératif que la Cour dissipe toute ambiguïté sur ces questions, qui sont grosses de conséquences concrètes.

B. *Les rapports entre la Charte et les sources concurrentes des droits fondamentaux*

1. *Les principes généraux du droit*

Aux termes de l'article 6, § 3, TUE, « [l]es droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la [CEDH] et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ». On connaît l'origine historique de cette disposition, qui entérine l'élaboration d'un catalogue prétorien des droits fondamentaux par la Cour de justice.

Il convient toutefois de s'interroger sur l'*utilité* de cette référence aux principes généraux du droit dès lors que la Charte est désormais censée offrir un « recueil de droits fondamentaux faisant autorité et confirmant les principes généraux inhérents à l'état de droit et communs aux traditions constitutionnelles des États membres »¹⁴⁶.

L'article 6, § 3, TUE ne semble pourtant pas dépourvu d'intérêt. On observera à cet égard que l'entrée en vigueur de la Charte le 1^{er} décembre 2009 n'a pas totalement empêché les juridictions de l'Union de continuer, dans certains

sociale, non encore publiée au *Rec.*, qui plaide pour l'invocabilité d'éviction du droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise. Voy. également C.J., 10 mai 2011, *Römer*, C-147/08, points 60 à 64, qui ouvre la possibilité d'une application par analogie de la jurisprudence *Mangold – Küçükdeveci* à l'interdiction de discrimination en raison de l'orientation sexuelle.

¹⁴⁵ Comp. les conclusions de l'avocat général Trstenjak dans l'affaire *Dominguez*, points 160 à 163 et l'arrêt de la Cour dans cette même affaire, points 34 à 35.

¹⁴⁶ Conclusions présentées par l'avocat général Sharpston le 18 octobre 2012 dans l'affaire *Radu*, C-396/11, non encore publiée au *Rec.*, point 48. Dans cette optique, il est assez logique que l'entrée en vigueur de Charte ne constitue pas un fait nouveau susceptible de justifier l'introduction d'un moyen nouveau au stade du pourvoi : C.J., 3 mai 2012, *Legris/Commission*, C-289/11 P, non encore publié au *Rec.*, point 36. Pour une utilisation distincte de la Charte et des principes généraux du droit, voy. les conclusions présentées le 8 septembre 2010 par l'avocat général Trstenjak dans l'affaire *Dominguez*, C-282/10, non encore publiée au *Rec.*, points 69 et s. *Contra*, voy. les conclusions présentées le 19 mai 2011 par l'avocat général Cruz Villalón dans l'affaire *Prigge*, C-447/09, non encore publiée au *Rec.*, point 26, et les conclusions présentées par ce même avocat général dans l'affaire *Scarlet Extended*, C-70/10, *Rec.*, p. I-11959, points 29 à 34.

arrêts, à se référer aux seuls principes généraux du droit de l'Union pour établir l'existence d'un droit fondamental dans l'ordre juridique européen¹⁴⁷.

À y réfléchir, il semblerait que la voie des principes généraux puisse s'avérer utile dans deux cas différents. D'une part, elle permet d'assurer le développement d'un *bill of rights* européen au-delà des droits explicitement mentionnés dans la Charte. Pensons par exemple au principe d'individualité des peines, qui ne jouit pas d'une assise textuelle immédiate dans la Charte, mais qui a été érigé au rang de « principe » par le Tribunal¹⁴⁸. Songeons également au principe *nulla poena sine culpa*, « droit fondamental commun aux traditions constitutionnelles des États membres » qui, s'il n'est pas sans lien avec les articles 48 de la Charte et 6 de la CEDH, n'y est cependant pas explicitement mentionné¹⁴⁹.

D'autre part, on se rappellera que, dans l'arrêt *Kadi I*, la Cour a considéré que la protection des droits fondamentaux fait partie des « principes qui relèvent des fondements mêmes de l'ordre juridique communautaire »¹⁵⁰ et qu'à ce titre, elle fait échec à l'article 351 TFUE, selon lequel les États membres sont autorisés à déroger au droit de l'Union afin de satisfaire des obligations internationales antérieures à leur adhésion à l'Union. Ce raisonnement, qui permet à la Cour de contrôler la conformité, aux standards *européens* de droits fondamentaux, d'un règlement pris en exécution d'une résolution du Conseil de sécurité des Nations unies, aboutit à conférer aux droits fondamentaux un statut que l'on pourrait qualifier de « supra-constitutionnel » – des droits à l'application desquels rien ne fait obstacle : ni une résolution du Conseil de sécurité des Nations unies, ni des engagements contractés par les États membres avant la constitution de l'Union, ni même une règle de droit primaire proclamant la primauté de tels engagements.

Si cette interprétation est correcte, force est d'en conclure que la catégorie des principes généraux du droit permet à la Cour de faire avec les droits

¹⁴⁷ Voy. p. ex. C.J., 29 septembre 2011, *Elf Aquitaine/Commission*, C-521/09 P, *Rec.*, p. I-8947, point 59, Trib., 20 septembre 2011, *Couture/OHMI*, T-232/10, *Rec.*, p. II-6469, point 68, Trib., 24 mars 2011, *Freistaat Sachsen et Land Sachsen-Anhalt e.a./Commission*, T-443 et T-455/08, *Rec.*, p. II-1311, point 55, et Trib., 12 avril 2013, *CISAC/Commission*, T-442/08, non encore publié au *Rec.*, point 93. Pour une situation dans laquelle la Charte est simplement utilisée en vue d'établir l'existence d'un principe général de droit, voy. les conclusions présentées le 15 juillet 2010 par l'avocat général Jääskinen dans l'affaire *Römer*, C-147/08, *Rec.*, 2011, p. I-3591, points 130 et 131.

¹⁴⁸ Voy. not. Trib., 3 mars 2011, *Siemens AG Österreich/Commission*, T-122/07 à T-124/07, *Rec.*, p. II-793, point 122.

¹⁴⁹ Voy. les conclusions présentées le 28 février 2013 par l'avocat général Kokott dans l'affaire *Schenker*, C-681/11, non encore publiée au *Rec.*, point 41.

¹⁵⁰ C.J., 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation / Conseil et Commission*, C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec.*, p. I-6351, point 304.

fondamentaux ce que la Charte lui interdit¹⁵¹ : les élever à un statut supérieur à celui des autres normes du droit primaire¹⁵².

2. *La Convention européenne des droits de l'homme*

La CEDH a longtemps revêtu une « une signification particulière »¹⁵³ dans l'identification des droits fondamentaux faisant partie des principes généraux du droit de l'Union. Cette jurisprudence a été en quelque sorte formalisée par l'article 6, § 3, TUE, qui dispose que les droits garantis par la CEDH font partie du droit de l'Union au titre des principes généraux. La Cour de justice est-elle pour autant tenue, dans le cadre de sa jurisprudence relative aux principes généraux, par le texte de la CEDH et par l'interprétation qu'en donne la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après la « Cour eur. D.H. ») ? Certainement pas sur le plan du droit international général dès lors que l'Union n'a pas encore adhéré à la CEDH. Sur le plan du droit de l'Union, en revanche, la réponse semble devoir être affirmative¹⁵⁴. Certes, comme a pu l'affirmer la Cour, la CEDH « ne constitue pas, tant que l'Union n'y a pas adhéré, un instrument juridique formellement intégré à l'ordre juridique de l'Union »¹⁵⁵. De même, « la référence que fait l'article 6, paragraphe 3, TUE à la CEDH n'impose pas au juge national, en cas de conflit entre une règle de droit national et la CEDH, d'appliquer directement les dispositions de ladite convention, en écartant l'application de la règle de droit national incompatible avec celle-ci »¹⁵⁶. L'article 6 TUE fait toutefois de la CEDH une source, « matérielle » sans doute, mais néanmoins directe et obligatoire, des « principes généraux du

¹⁵¹ Rappelons que l'article 6, § 1^{er}, TUE confère à la Charte la *même* valeur juridique que les traités.

¹⁵² On notera à cet égard les références aux principes généraux du droit dans l'arrêt de la C.J., 16 novembre 2011, *Bank Mellî Iran c. Conseil*, C-548/09 P, *Rec.*, p. I-11381, point 105, et C.J., 23 décembre 2009, *Spector Photo Group*, C-45/08, *Rec.*, p. I-12073, points 40 et 41.

¹⁵³ La CEDH fut citée pour la première fois par la Cour de justice dans un arrêt du 28 octobre 1975, *Roland Rutili*, C-36/75 (*Rec.*, p. 1219) avant de se voir reconnaître une « signification particulière » (voy. e.a. C.J., 21 septembre 1989, *Hoechst/Commission*, C-46/87, *Rec.*, p. 2859, point 13, C.J., 6 mars 2001, *Connolly/Commission*, C-274/99 P, *Rec.*, p. I-1611, point 37, C.J., 22 octobre 2002, *Roquette Frères*, C-94/00, *Rec.*, p. I-9011, point 23, et C.J., 12 juin 2003, *Schmidberger*, C-112/00, *Rec.*, p. I-5659, point 71). Depuis avril 2009 (juillet 2011 pour le Tribunal), la Cour semble avoir renoncé à ce vocable. La perspective de l'entrée en vigueur de la Charte n'y a sûrement pas été pour rien...

¹⁵⁴ En ce sens, voy. B. DE WITTE, « The Use of the ECHR and Convention Case Law by the European Court of Justice », in P. POPELIÉRET *al.* (dir.), *Human rights protection in the European legal order : The interaction between the European and the national courts*, Cambridge – Anvers – Portland, Intersentia, 2011, pp. 17-34.

¹⁵⁵ C.J., 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, non encore publié au *Rec.*, point 44, et C.J., 24 octobre 2013, *Kone/Commission*, C-510/11 P, point 21.

¹⁵⁶ C.J., 24 avril 2012, C-571/10, *Servet Kamberaj*, non encore publié au *Rec.*, point. 63. Dans le même sens, voy. C.J., 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, non encore publié au *Rec.*, point 44.

droit de l'Union ». La Cour elle-même semble reconnaître cet état de fait dans certains de ses arrêts¹⁵⁷.

Par ailleurs, la Charte des droits fondamentaux rend la CEDH encore un peu plus incontournable – sans pour autant la rendre indépassable – pour la CJUE. L'article 52, §§ 3 et 4, de la Charte dispose que dans la mesure où les droits contenus dans la Charte correspondent à des droits reconnus dans la CEDH, ils doivent être interprétés conformément à celle-ci. L'article 52, § 3, de la Charte ajoute que cette obligation d'interprétation harmonieuse « ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue ». Quant à l'article 53, il prévoit qu'« [a]ucune disposition de la présente charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union (...), la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (...), ainsi que par les constitutions des États membres ».

La première consigne susmentionnée – l'obligation d'interprétation harmonieuse – s'inscrit dans le prolongement de la jurisprudence de la Cour, qui a toujours pris en compte la CEDH dans le développement de son catalogue prétorien de droits fondamentaux. Les explications identifient du reste elles-mêmes les articles de la Charte dont le sens et la portée sont les mêmes que les articles correspondants de la CEDH ainsi que les articles dont le sens est le même, mais la portée plus étendue que les articles correspondants de la CEDH.

Si sa jurisprudence reflète le souci de la Cour de s'inscrire dans le sillage de son homologue strasbourgeoise¹⁵⁸, on ne peut cependant s'empêcher d'observer quelques velléités d'indépendance. La meilleure illustration en est fournie par l'arrêt *Åkerberg-Fransson*, dans lequel la Cour – semblant suivre la position très audacieuse de son avocat général – paraît développer une conception autonome du principe *ne bis in idem* inscrit à l'article 50 de la Charte alors même qu'à lire les explications, cette disposition est le miroir de l'article 4 du Protocole n° 7 à la CEDH¹⁵⁹. Cette attitude semble peu compatible avec l'affirmation du vice-président de la Cour selon laquelle « [i]t would be very difficult for the

¹⁵⁷ Voy. e.a. C.J., 17 février 2009, *Elgafaji*, C-465/07, *Rec.*, p. I-921, point 28 : « la CEDH fait partie des principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect » ; C.J., 6 décembre 2011, *Alexandre Achughabian*, C-329/11, non encore publié au *Rec.*, point 49. Voy. aussi les conclusions présentées par l'avocat général Sharpston le 18 octobre 2012 dans l'affaire *Radu*, C-396/11, non encore publiée au *Rec.*, point 52 : « Les droits fondamentaux garantis par la convention [...] constituent des principes généraux du droit de l'Union ».

¹⁵⁸ Voy. p. ex. C.J., 5 octobre 2010, *J. McB.*, C-400/10 PPU, *Rec.*, p. I-8965, C.J., 22 décembre 2010, *DEB*, C-279/09, *Rec.*, p. I-13849, et C.J., 21 décembre 2011, *N.S.*, C-411 et C-493/10, non encore publié au *Rec.*

¹⁵⁹ C.J., 26 février 2013, *Åkerberg-Fransson*, C-617/10, non encore publié au *Rec.* Sur ceci, 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 », *R.T.D.H.*, 2014 (à paraître). Voy. déjà aussi,

ECJ to interpret the provisions of the Charter in a way conflicting with those Explanations [; o]therwise, the ECJ would be engaging in judicial activism »¹⁶⁰.

La possibilité d'accorder une protection plus généreuse n'est quant à elle pas controversée, étant entendu que « la CEDH ne garantit qu'un niveau minimal de protection des droits fondamentaux, tandis que le droit de l'Union peut à tout moment accorder une protection plus étendue »¹⁶¹. La Cour n'a cependant jusqu'à présent pas explicitement eu recours à cette faculté de dépassement de la CEDH, malgré les encouragements de certains avocats généraux¹⁶².

Quant à l'article 53 de la Charte, il semble exclure un abaissement du niveau de protection des droits fondamentaux sous le « plancher » de la CEDH. À cet égard, on notera que la Cour de justice ne s'est jamais explicitement distanciée de son homologue strasbourgeoise. Force est toutefois d'observer que certains arrêts trahissent un « biais communautaire » peu compatible avec les standards posés par la Cour eur. D.H.¹⁶³.

Cette jurisprudence potentiellement discordante pose évidemment la question de l'adhésion de l'Union à la CEDH, qui aurait pour effet de placer l'Europe des Vingt-Huit sous la juridiction de la Cour eur. D.H. On le sait, cette

à propos du même principe *ne bis in idem*, C.J., 14 février 2012, *Toshiba/Commission*, C-17/10, non encore publié au *Rec.*

¹⁶⁰ K. LENAERTS, « Exploring the limits of the EU Charter of Fundamental Rights », *European Constitutional Law Review* vol. 8, 2012, p. 402. Comp. l'autorité très relative accordée aux explications par l'avocat général Cruz Villalón dans ses conclusions dans l'affaire *Åkerberg Fransson* précitée : celui-ci s'interroge sur leur valeur juridique (« pour ce qu'elles valent ») et les traite comme le reflet d'une opinion ni plus éclairée, ni plus autorisée que les autres (« Je pense [que les explications] sont exactes à quelques nuances près ») (point 25).

¹⁶¹ Conclusions de l'avocat général Kokott présentées le 29 avril 2010 dans l'affaire *Akzo Nobel Chemicals/Commission*, C-550/07 P, *Rec.*, p. I-8301, point 143.

¹⁶² Voy. les conclusions de l'avocat général Sharpston présentées le 18 octobre 2012 dans l'affaire *Radu*, C-396/11, non encore publiée au *Rec.*, points 79-86. Pour un exemple de refus de recours à cette clause, voy. les conclusions de l'avocat général Kokott présentées le 14 avril 2011 dans l'affaire *Solvay/Commission*, C-110/10, P, *Rec.*, 2011, p. I-10439, point 101.

¹⁶³ Le contraste est particulièrement frappant dans le domaine du droit de la concurrence, que les juridictions de l'Union rechignent à assimiler à du droit pénal pour l'application des garanties du procès équitable (voy. p. ex. Trib., 1^{er} juillet 2008, *Compagnie Maritime Belge/Commission*, T-276/04, *Rec.*, p. II-1277, point 66, C.J., 18 septembre 2003, *Volkswagen/Commission*, C-338/00 P, *Rec.*, p. I-9189, point 97), adoptant notamment une conception plutôt restrictive du principe *ne bis in idem* (14 février 2012, *Toshiba/Commission*, C-17/10, non encore publié au *Rec.*), du principe de l'impartialité objective (11 juillet 2013, *Ziegler/Commission*, C-439/11 P, non encore publié au *Rec.*) et du principe de l'égalité des armes (6 novembre 2012, *Otis*, C-199/11, non encore publié au *Rec.*). Sur cette question, voy. A. BAILLEUX, « The fiftieth shade of grey – Competition law, criminative law and fairly fair trial », in A. WEYEMBERGHET F. GALLI, *Do labels still matter ? Blurring boundaries between criminal and administrative law. The influence of the EU*, Bruxelles, Publications de l'Université Libre de Bruxelles, à paraître en 2014 ; A. BAILLEUX, « Le salut dans l'adhésion ? Entre Luxembourg et Strasbourg, actualités du respect des droits fondamentaux dans la mise en œuvre du droit de la concurrence », *R.T.D.E.*, 2010, pp. 31-54 ; Pour une discussion plus générale (quoiqu'un peu datée) des divergences de jurisprudence entre la CJUE et la Cour eur. D.H., voy. D. SPIELMANN, « Human Rights Case Law in the Strasbourg and Luxembourg Courts : Conflicts, Inconsistencies, and Complementarities », in P. ALSTON, J. WEILER (eds), *The EU and Human Rights*, Oxford, OUP, 1999, pp. 757-780.

adhésion a été rendue possible – voire obligatoire – par l'article 6, § 2, TUE, en vertu duquel « [l']Union adhère à la [CEDH] »¹⁶⁴ et par l'entrée en vigueur du Protocole n° 14 à la CEDH, dont l'article 17 dispose que « [l']Union européenne peut adhérer à la présente Convention »¹⁶⁵. Les négociations d'adhésion ont débouché, fin 2011, sur la soumission par le Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) du projet d'accord d'adhésion au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe¹⁶⁶. Ce projet fut ensuite retravaillé et peaufiné au sein d'un groupe *ad hoc* « 47 + 1 », qui a rendu son rapport final au CDDH le 5 avril 2013¹⁶⁷.

Sans rentrer dans le détail de ce projet final, on observera qu'il porte sur l'adhésion de l'Union non seulement à la CEDH, mais aussi au Protocole additionnel (protection de la propriété, droit à l'instruction et droit à des élections libres) et au Protocole n° 6 à la CEDH (abolition de la peine de mort)¹⁶⁸. On notera par ailleurs que ce texte s'efforce de prendre en compte le souci de préservation de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne tel qu'exprimé notamment à l'article 6, § 2, TUE, et à l'article 3 du Protocole n° 8 annexé au traité de Lisbonne¹⁶⁹. Cette préoccupation se traduit notamment par l'instauration d'un mécanisme de codéfendeur, qui permet à l'Union de devenir partie à une affaire qui, quoique dirigée contre un État membre de l'Union, met indirectement en cause la compatibilité d'une disposition du droit de l'Union avec la CEDH¹⁷⁰. Inversement, ce mécanisme permet aux États membres de l'Union d'apparaître

¹⁶⁴ La procédure à suivre, particulièrement exigeante, est quant à elle décrite à l'article 218, § 8, TFUE.

¹⁶⁵ Voy. aujourd'hui l'article 59 de la CEDH.

¹⁶⁶ Voy. Rapport du CDDH au Comité des Ministres sur l'élaboration d'instruments juridiques pour l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH (disponible à l'adresse : http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Meeting_reports/CDDH_2011_009_fr.pdf) (dernière consultation le 5 novembre 2013).

¹⁶⁷ Voy. le Rapport final au CDDH disponible à l'adresse : [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Meeting_reports/47_1\(2013\)008rev2_FR.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Meeting_reports/47_1(2013)008rev2_FR.pdf)) (dernière consultation le 5 novembre 2013).

¹⁶⁸ Les autres Protocoles « substantiels » (*i.e.*, ajoutant des droits à ceux reconnus par la Convention) demeurent en dehors du projet d'accord en raison du fait que tous les États membres ne les ont pas ratifiés. Il en est ainsi du Protocole n° 4 (interdiction de l'emprisonnement pour dette, libre circulation, non-expulsion des nationaux, et interdiction des expulsions collectives d'étrangers), auquel ni le Royaume Uni ni la Grèce n'ont adhéré, du Protocole n° 7 (garanties procédurales en cas d'expulsion d'étrangers, droit à un double degré de juridiction en matière pénale, droit d'indemnisation en cas d'erreur judiciaire, droit à ne pas être jugé ou puni deux fois et égalité entre époux), qui n'a été ratifié ni par l'Allemagne, ni par les Pays Bas, ni par le Royaume Uni, du Protocole n° 12 (interdiction générale de la discrimination), ratifié par seulement 8 États membres, et du Protocole n° 13 (interdiction de la peine de mort en toutes circonstances), auquel la Pologne n'a pas adhéré.

¹⁶⁹ Aux termes de ces dispositions, l'adhésion « ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités » et « n'affecte ni les compétences de l'Union ni les attributions de ses institutions ».

¹⁷⁰ Voy. article 3, § 2, du projet révisé d'accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

dans une procédure dirigée contre l'Union lorsque la source de la violation alléguée réside dans le droit primaire de cette organisation¹⁷¹.

L'intégrité de l'ordre juridique européen est également assurée par un système d'adaptation de la condition d'épuisement des voies de recours internes lorsqu'est en cause le droit de l'Union et que l'Union européenne apparaît en qualité de co-défenderesse devant la Cour eur. D.H. Ce dernier système a pour objectif de permettre l'implication de la Cour de justice préalablement à l'examen d'une question de violation de la CEDH par le droit de l'Union¹⁷². Cela devrait permettre à la Cour de justice de préserver autant que faire se peut son monopole d'interprétation et d'appréciation de la validité des actes de l'Union et de corriger, le cas échéant, en interne d'éventuelles violations de la CEDH, avant que la Cour eur. D.H. ne les examine¹⁷³.

Ce projet ne deviendra pas du *hard law* à brève échéance. D'abord, il soulève une série de questions relatives à l'organisation interne de l'Union, qui doivent être réglées en son sein. Ensuite, il ne fait aucun doute qu'une fois jugé suffisamment « mûr », ce projet sera soumis au contrôle de la Cour de justice qui, dans le cadre de sa compétence d'avis, sera amenée à se prononcer sur sa compatibilité avec le droit primaire. Enfin, une fois surmontés ces obstacles « techniques », l'accord n'entrera en vigueur que pour autant qu'il soit approuvé par le Conseil de l'Union à l'unanimité et après avoir été ratifié (ou signé sans réserve de ratification) par l'ensemble des États parties au Conseil de l'Europe (et, par hypothèse, à l'Union européenne).

On aurait toutefois tort de conclure que, dans l'attente de l'adhésion formelle de l'Union à la CEDH, les actes adoptés dans le cadre du droit de l'Union échappent complètement à la compétence de la Cour eur. D.H. Les organes de Strasbourg ont en effet très tôt considéré que le transfert des compétences d'un État à une organisation internationale n'exonérerait pas cet État de sa responsabilité envers la CEDH dans l'exercice de ces compétences¹⁷⁴. Les limites

¹⁷¹ Voy. article 3, § 3, du projet révisé précité.

¹⁷² Voy. article 3, § 6, du projet révisé précité.

¹⁷³ Pour une première analyse des mécanismes prévus dans le projet d'accord d'adhésion, voy. notamment X. GROUSSOT, T. LOCK et L. PECH, « Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : analyse juridique du projet d'accord d'adhésion du 14 octobre 2011 », *Questions d'Europe*, n° 218, 7 novembre 2011, disponible en ligne sur le site de la Fondation Robert Schuman (<www.robert-schuman.eu>) ; C. LADENBURGER, « Vers l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », *R.T.D.E.*, 2011, vol. 47, n° 1, pp. 20 et s. ; F. BENOÎT-ROHMER, « L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme », *J.D.E.*, 2011, pp. 285-293 ; J.-P. JACQUÉ, « The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms », *C.M.L.Rev.*, 2011, vol. 48, pp. 995-1023 ; T. LOCK, « Walking on a Tightrope : The Draft ECHR Accession Agreement and the Autonomy of the EU Legal Order », *C.M.L.Rev.*, vol. 48, 2011, pp. 1025-1054.

¹⁷⁴ Ce principe fut établi explicitement pour la première fois dans la décision de la Com. eur. D.H., req. n° 13258/87, *M.&Co. c. RFA*, du 9 février 1990. Il ne constitue toutefois que l'application aux traités constitutifs

de cette contribution ne nous permettent pas d'entrer dans les détails de cette jurisprudence. Nous nous limiterons donc à présenter, de manière quasi schématique, l'étendue du contrôle de conventionalité du droit de l'Union à travers trois cas de figure.

(i) La *première situation*, qui concerne les normes de droit *primaire* et leur mise en œuvre au niveau national, fut examinée par la Cour eur. D.H. dans l'affaire *Matthews c. Royaume-Uni*¹⁷⁵. La Cour eur. D.H. y a jugé que les États parties sont responsables des violations de la CEDH qui découlent d'un *accord conclu entre eux* dans le cadre de la Communauté ou de l'Union européenne. La jurisprudence *Matthews* semble ainsi rendre possible une requête dirigée contre l'ensemble des États membres suite à la conclusion d'un traité jugé contraire à la CEDH. Cette conclusion paraît cependant remise en cause par une décision du 9 décembre 2008¹⁷⁶, dans laquelle la Cour eur. D.H. s'est déclarée incompétente *ratione personae* pour connaître d'une requête dirigée contre l'ensemble des États membres de l'Union européenne au motif que l'étroitesse du *locus standi* individuel dans le cadre d'un recours en annulation (ancien article 230, quatrième alinéa, CE) violait les articles 6 et 13 de la CEDH. La Cour eur. D.H. justifia sa position en considérant que « les violations alléguées de la Convention ne sauraient être imputées à l'un ou l'autre des 15 États membres mis en cause par les sociétés requérantes puisqu'aucun d'entre eux n'est intervenu, directement ou indirectement, dans ce litige ». Ce retour à une forme d'immunité juridictionnelle du droit primaire est conforté par la décision *Kokkelvisserij c. Pays-Bas* du 20 janvier 2009¹⁷⁷, qui vit la Cour eur. D.H. déclarer irrecevable un recours visant à faire constater qu'en participant à un dialogue préjudiciel avec la Cour de justice, le Conseil d'État néerlandais avait violé l'article 6 de la CEDH dès lors que la requérante s'était vu refuser la possibilité de répondre aux conclusions rendues par l'avocat général dans le cadre de la procédure préjudicielle. Reconnaisant que, contrairement à l'affaire *Biret*, les Pays-Bas étaient impliqués dans ce litige par le biais d'une

d'organisations internationales d'une règle de droit international public plus générale affirmée de longue date par la Com. eur. D.H. [voy. e.a. les décisions des 10 juin 1958 (req. n° 235/56, *X et Y c. FRG*), 11 janvier 1961 (req. n° 788/60, *Autriche c. Italie*) et 9 décembre 1987 (req. n° 11123/84, *Etienne Tête c. France*)].

¹⁷⁵ C.E.D.H., arrêt du 18 février 1999, *Rec.* 1999-I (req. n° 24833/94). Pour une analyse de cet arrêt, voy. e.a. I. Canor, « *Primus inter pares*. Who is the Ultimate Guardian of Fundamental Rights in Europe ? », *E.L.R.*, 2000, pp. 3-21 ; G. COHEN-JONATHAN et J-F. FLAUS, « À propos de l'arrêt *Matthews c. Royaume-Uni* », *R.T.D.E.*, 1999, vol. 35, n° 4, p. 637-657 ; O. DE SCHUTTER et O. L'HOEST, « La Cour européenne des droits de l'homme juge du droit communautaire : Gibraltar, l'Union européenne, et la Convention européenne des droits de l'homme », *C.D.E.*, 2000, pp. 141-210.

¹⁷⁶ CEDH, 5^e sect., décision *Établissements Biret et Cie et la société Biret International c. Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grèce, Irlande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni et Suède* du 9 décembre 2008 (req. n° 13762/04).

¹⁷⁷ CEDH, 3^e sect., décision *Kokkelvisserij c. Pays-Bas* du 20 janvier 2009, req. n° 3645/05.

de leurs juridictions, la Cour eur. D.H. estima néanmoins que l'État défendeur pouvait se prévaloir de la « présomption de protection équivalente » reconnue à l'Union européenne par la Cour eur. D.H. dans la fameuse affaire *Bosphorus*¹⁷⁸. Forte de ce constat, la Cour eur. D.H. conclut que « l'association requérante n'a pas démontré que le fait qu'elle n'ait pas pu répondre aux conclusions de l'avocate générale ait "entaché d'une insuffisance manifeste" la protection dont elle a bénéficié et n'a donc pas renversé la présomption selon laquelle la procédure menée devant la CJCE avait protégé ses droits de manière équivalente à ce que prévoit la Convention ».

(ii) La deuxième situation porte sur l'hypothèse dans laquelle un État membre se contente d'exécuter une injonction émanant de l'Union européenne. L'arrêt *Bosphorus Airways c. Irlande* du 30 juin 2005 a fourni à la Cour eur. D.H. l'occasion de se pencher sur ce cas de figure¹⁷⁹. Dans cette affaire mettant en cause le droit à la propriété privée consacré à l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la CEDH, la Cour estima d'abord que « le souci de respecter le droit communautaire constitue pour une Partie contractante un dessein légitime, conforme à l'intérêt général, au sens de l'article 1 du Protocole n° 1 » (§ 150). La Grande Chambre poursuit en déclarant qu'une mesure étatique adoptée en exécution d'une norme émanant d'une organisation internationale devait être réputée justifiée « (...) dès lors qu'il est constant que l'organisation en question accorde aux droits fondamentaux (cette notion recouvrant à la fois les garanties substantielles offertes et les mécanismes censés en contrôler le respect) une protection à tout le moins équivalente à celle assurée par la Convention » (§ 155). Précisant que par « équivalente », elle entendait « comparable » et non « identique », la Cour considéra – à la suite d'une analyse relativement détaillée du droit primaire et de la jurisprudence de la CJUE – que « la protection des droits fondamentaux offerte par le droit communautaire est, et était à l'époque des faits, "équivalente" (...) à celle assurée par le mécanisme de la Convention [;] par conséquent, on peut présumer que l'Irlande ne s'est pas écartée des obligations qui lui incombaient au titre de la Convention lorsqu'elle

¹⁷⁸ Sur cette affaire, voy. *infra*.

¹⁷⁹ Sur cette affaire, voy. e.a. F. BENOIT-ROHMER, « À propos de l'arrêt *Bosphorus Airlines* du 30 juin 2005 : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention », *R.T.D.H.*, 2005, vol. 64, pp. 827-853 ; J-P. JACQUÉ, « L'arrêt *Bosphorus*, une jurisprudence "*Solange II*" de la Cour européenne des droits de l'homme ? », *R.T.D.E.*, 2005, pp. 756-767 ; C. BANNER et A. THOMSON, « Human Rights Review of State Acts Performed in Compliance with EC Law – *Bosphorus Airways v. Ireland* », *E.H.R.L.R.*, 2005, pp. 649-659 ; F. Schorkopf, « The Judgment of the European Court of Human Rights in the Case of *Bosphorus Hava Turizm v. Ireland* », *G.L.J.*, 2005, vol. 6, n° 9, 7 pp., disponible sur <www.germanlawjournal.com> ; S. ADAM et F. KRENC, « La responsabilité des États membres de l'Union européenne devant la Cour européenne des droits de l'homme », *J.T.*, 11 février 2006, pp. 85-87 ; V. CONSTANTINESCO, « C'est comme si c'était fait ? Observations à propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme (grand chambre), *Bosphorus Airlines*, du 30 juin 2005 », *C.D.E.*, 2006, pp. 363-378.

a mis en œuvre celles qui résultaient de son appartenance à la Communauté européenne » (§ 165). Estimant que la requérante n'avait pas réussi à renverser cette présomption en démontrant la présence d'une « insuffisance manifeste » dans la protection de ses droits, la Cour conclut à la non-violation de la CEDH.

Inspiré de certaines propositions doctrinales¹⁸⁰, cet arrêt important a suscité une avalanche de commentaires, qu'il ne nous appartient pas de réécrire. L'on se contentera donc de formuler trois observations à l'égard de la présomption de protection équivalente qu'il instaure.

Premièrement, relevons que cette présomption ne couvre que le « droit communautaire au sens strict, à l'époque le "premier pilier" du droit de l'Union européenne »¹⁸¹. Si la suppression des piliers opérée par le traité de Lisbonne a considérablement obscurci le sens de cette affirmation, il faut sans doute à tout le moins en déduire que cette présomption ne couvre pas les actes adoptés par l'Union dans le cadre de la PESC qui demeurent soustraits au contrôle de la Cour de justice.

Cette supposition est confortée par notre deuxième observation, relative à l'arrêt *Michaud c. France*, dans lequel la Cour eur. D.H. subordonne la présomption de protection équivalente au contrôle préalable de la Cour de justice. En l'espèce, la Cour eur. D.H. a considéré que « du fait de la décision du Conseil d'État de ne pas procéder à un renvoi préjudiciel alors que la Cour de justice n'avait pas déjà examiné la question relative aux droits protégés par la Convention dont il était saisi, celui-ci a statué sans que le mécanisme international pertinent de contrôle du respect des droits fondamentaux, en principe équivalent à celui de la Convention, ait pu déployer l'intégralité de ses potentialités [; a]u regard de ce choix et de l'importance des enjeux en cause, la présomption de protection équivalente ne trouve pas à s'appliquer »¹⁸².

Enfin – troisième observation –, il ressort des décisions rendues dans les affaires *Biret*¹⁸³, *Kokkelvisserij*¹⁸⁴ et *Connolly*¹⁸⁵ que cette « présomption d'équivalence » est appliquée généreusement par la Cour eur. D.H. La décision

¹⁸⁰ Voy. ainsi J.-P. JACQUÉ, « La Cour de justice, la Cour européenne des droits de l'homme et la protection des droits fondamentaux. Quelques observations », in M. DONY et E. BRIBOSIA (dir.), *L'avenir du système judiciaire de l'Union européenne*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 2002, pp. 257-263.

¹⁸¹ CEDH, arrêt *MSS c. Belgique et Grèce* du 21 janvier 2011 (req. n° 30696/09), § 338, se référant au § 72 de l'arrêt *Bosphorus*.

¹⁸² CEDH, arrêt *Michaud c. France* du 6 décembre 2012 (req. n° 12323/11), § 115.

¹⁸³ *Op. cit.*

¹⁸⁴ *Op. cit.*

¹⁸⁵ CEDH, décision *Bernard Connolly c. Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grèce, Irlande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni et Suède* du 9 décembre 2008 (req. n° 73274/01).

Kokkelvisserij est particulièrement éloquente à cet égard, qui vit la Cour eur. D.H. s'écarter de sa propre jurisprudence¹⁸⁶ pour juger que l'absence d'un droit de réponse aux conclusions de l'avocat général devant la Cour de justice ne suffisait pas à emporter une « insuffisance manifeste » dans la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union¹⁸⁷.

(iii) Le troisième et dernier cas de figure concerne des requêtes dirigées contre l'ensemble des États membres pour des actes émanant directement des institutions de l'Union. Dans sa décision *Connolly* précitée, la Cour eur. D.H. a très clairement affirmé qu'elle n'était pas compétente pour contrôler des actes de droit dérivé à l'adoption desquels les États membres n'avaient pas participé. Cette jurisprudence pour le moins contestable¹⁸⁸ exclut ainsi, par exemple, toute compétence de la Cour eur. D.H. pour contrôler le respect de la CEDH par la Commission européenne dans l'exercice de ses missions de poursuites et de jugement des infractions aux règles de la concurrence. Elle met ainsi fin aux espoirs de ceux qui pensaient contourner l'absence d'adhésion de l'Union en assignant tous ses États membres en lieu et place de l'Union elle-même. On peut toutefois douter de l'applicabilité – ou en tout cas de la pertinence¹⁸⁹ – de cette jurisprudence à l'égard des actes de droit dérivé à l'élaboration desquels les États membres ont effectivement participé. Ainsi en est-il par exemple d'un règlement ou d'une directive dont l'adoption nécessiterait l'aval du Conseil.

3. Les constitutions nationales

Entérinant une jurisprudence fort ancienne, l'article 6, § 3, TUE fait des droits fondamentaux « résultant des traditions constitutionnelles communes aux États membres » des principes généraux du droit de l'Union, au même titre que ceux garantis par la CEDH. L'article 52, § 4, de la Charte dispose pour sa part que dans la mesure où les droits contenus dans celle-ci correspondent à des droits reconnus dans les traditions constitutionnelles communes aux États membres, ils doivent être interprétés conformément à celles-ci.

¹⁸⁶ Voy. l'arrêt *Vermeulen* du 20 février 1996 (GC, *Rec.* 1996-I), par rapport auquel la Cour de justice a pris ses distances (voy. CJ, 4 février 2000 (ord.), *Emesa Sugar*, C-17/98, *Rec.*, p. I-665).

¹⁸⁷ Pour un compte-rendu et un commentaire – un peu trop lénifiant à notre estime – de cette décision, voy. C. VANDE HEYNING, « P.O. *Kokkelvisserij v. The Netherlands* », *C.M.L.Rev.*, 2009, pp. 2117-2125.

¹⁸⁸ Sur les incohérences auxquelles est susceptible de donner lieu l'application du critère de l'« intervention étatique », voy. A. POTTEAU, « À propos d'un pis-aller : la responsabilité des États membres pour l'incompatibilité du droit de l'Union avec la Convention européenne des droits de l'homme », *R.T.D.E.*, 2009, vol. 45, pp. 697-716, spéc. pp. 702-704.

¹⁸⁹ Il n'est pas impossible d'interpréter la décision rendue dans l'affaire *Biret* précitée comme appliquant cette position très restrictive à des actes à portée générale adoptés par le Conseil, tels que des directives.

Ces renvois généraux au « substratum philosophique, politique et juridique commun aux États membres »¹⁹⁰ ne sauraient toutefois dissimuler la pauvreté de l'usage qu'en font les juridictions de l'Union depuis l'entrée en vigueur de la Charte. Si elles n'ont pas totalement disparu, les références aux traditions constitutionnelles communes semblent relever d'une forme d'atavisme jurisprudentiel, vestiges de l'ère « pré-Charte » qui n'ajoutent rien à la protection des droits fondamentaux assurée par cette dernière¹⁹¹.

Les avocats généraux se montrent pour leur part un peu plus audacieux, et n'hésitent pas à s'appuyer sur les traditions constitutionnelles des États membres tantôt pour confirmer¹⁹², tantôt pour contester¹⁹³ l'existence d'une garantie qui ne ressort clairement ni du texte de la Charte, ni de la jurisprudence des Cours de Luxembourg ou de Strasbourg.

Mais comme pour la CEDH, la Charte ne se contente pas d'établir un principe d'interprétation conforme avec les traditions constitutionnelles communes. L'article 53 de la Charte prévoit en outre que l'application de cette dernière ne peut conduire à une limitation des droits « reconnus, dans leur champ d'application respectif, (...) par les constitutions des États membres ». Cette disposition a fait couler beaucoup d'encre, certains n'hésitant pas à y voir une entaille dans le principe de primauté du droit de l'Union¹⁹⁴, la plupart estimant cependant qu'il ne fallait y voir guère plus qu'une clause de style ou qu'une invitation

¹⁹⁰ Conclusions de l'avocat général Duthéillet de Lamothe de 2 décembre 1970 dans l'affaire *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70, *Rec.*, 1970, p. 1149.

¹⁹¹ Voy. par exemple les références aux traditions constitutionnelles communes pour établir ou confirmer le droit à une protection juridictionnelle effective (C.J., 27 juin 2013, *Agroconsulting-04*, C-93/12, non encore publié au *Rec.*, point 59, Trib., 6 septembre 2013, *Bank Melli Iran/Conseil*, T-35/10 et T-7/11, non encore publié au *Rec.*, point 85), le principe de rétroactivité de la loi pénale la plus douce (C.J., 28 avril 2011, *El Dridi*, C-61/11 PPU, point 61) ou le principe de légalité des délits et des peines (Trib., 27 juin 2012, *Bolloré / Commission*, T-372/10, non encore publié au *Rec.*, point 33).

¹⁹² Voy. les conclusions présentées le 28 février 2013 par l'avocat général Kokott dans l'affaire *Schenker*, C-681/11, non encore publiée au *Rec.*, point 41, et dans l'affaire *Schindler/Commission*, C-501/11, non encore publiée au *Rec.*, point 114, à propos du principe *nullum crimen sine culpa*, les conclusions présentées le 1^{er} mars 2011 par l'avocat général Cruz Villalón dans l'affaire *Samba Diouf*, C-69/10, *Rec.*, p. I-7151, point 39, à propos d'une interprétation large du droit à un recours juridictionnel effectif. Dans un sens quelque peu différent, voy. l'affirmation de l'avocat général Cruz Villalón selon laquelle le plafonnement de l'impôt sur la fortune est conforme aux traditions constitutionnelles communes des États membres (conclusions présentées dans l'affaire *Heintz*, C-558/10, non encore publiée au *Rec.*, point 62).

¹⁹³ Voy. les conclusions présentées le 6 juin 2013 par l'avocat général Kokott dans l'affaire *Sabou*, C-276/12, non encore publiée au *Rec.*, point 54, à propos du droit d'être entendu dans le cadre d'une procédure administrative, et les conclusions présentées le 2 octobre 2012 par l'avocat général Bot dans l'affaire *Melloni*, C-399/11, non encore publiée au *Rec.*, point 84, à propos d'une interprétation plus généreuse des garanties du procès équitable.

¹⁹⁴ Voy. p. ex. G. BRAIBANT, « Conclusions », *R.U.D.H.*, 2000, p. 69 : « si une constitution nationale va plus loin que la Charte, c'est toujours la constitution nationale qui doit l'emporter, mais je reconnais que cette idée peut choquer » ; L.F.M. BESSELINK, « The Member States, the National Constitutions and the Scope of the Charter », *Maastricht Journal*, vol. 8, 2001, pp. 68-80.

faite à la Cour à ne pas se laisser « dépasser » par l'évolution des droits constitutionnels nationaux¹⁹⁵.

En réalité, derrière cette controverse sourd la question de la vocation de la Charte. Soit, dans une perspective « conventionnelle », on considère que celle-ci constitue un rempart ultime dans la garantie des droits fondamentaux, assurant un niveau « plancher » laissant libre chaque État de pousser plus loin le degré de protection de tel ou tel droit. Dans cette optique, l'article 53 de la Charte correspond *grosso modo* à l'article 53 de la CEDH, qui prévoit que cette dernière ne peut être interprétée comme limitant ou restreignant les droits reconnus par tout État contractant. Soit, suivant une approche « constitutionnelle », on estime que la Charte constitue la structure faîtière de l'ordre juridique européen et qu'à ce titre, elle assure une harmonisation exhaustive – et pas seulement minimale – du droit des droits de l'homme au sein de cet ordre juridique. Dans cette perspective, l'article 53 apparaît simplement comme une clause de répartition des compétences, qui confirme que la Charte n'a pas vocation à empiéter sur l'autonomie des États membres lorsqu'ils agissent en dehors du droit de l'Union.

Cette alternative est bien décrite par l'avocat général Bot dans ses conclusions dans l'affaire *Melloni*¹⁹⁶, qui opte résolument pour l'approche « constitutionnelle » dès lors qu'admettre l'autre lecture « reviendrait à méconnaître la jurisprudence constante de la Cour relative à la primauté du droit de l'Union » (point 99) et « porterait également atteinte à une application uniforme et efficace du droit de l'Union » (point 101). Poursuivant son raisonnement, l'avocat général estime à cet égard que « s'il est vrai que l'interprétation des droits protégés par la Charte doit tendre vers un niveau élevé de protection (...), il importe, cependant, de préciser qu'il doit s'agir d'un niveau de protection adapté au droit de l'Union » (point 106 – nous soulignons).

La Cour épousera le point de vue de son avocat général dans cette affaire, rappelant au passage sa conception absolue de la primauté du droit de l'Union sur les droits internes. Surgit ici, dans toute sa clarté, la différence entre la Charte et la CEDH. Alors que la seconde est un instrument largement « désincarné » flottant dans l'éther international des droits de l'homme, la première est arrimée à un *body politic* concret et actif, animé par un projet intégrateur fort. La filiation entre la Charte et les constitutions nationales apparaît évidente.

¹⁹⁵ Voy p. ex. L. AZOULAI, « Article II-113 », in L. BURGORGUE-LARSEN *et al.* (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Tome II, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 689-714 ; P. CAROZZA, « The Member States », in S. PEERSET A. WARD (eds.), *The European Union Charter of Fundamental Rights*, Oxford and Portland OR, Hart Publishing, 2004, pp. 35-58.

¹⁹⁶ C.J., 26 février 2013, *Melloni*, C-399/11, non encore publié au *Rec.*

Pour autant, l'Union européenne n'est pas un État, ni la Charte une constitution. La preuve en est que la Cour tempère quelque peu la rigueur de ses propos, interprétant l'article 53 comme autorisant les États membres à « 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 » (point 60 de l'arrêt).

S'efforçant de donner un effet utile à l'article 53, la solution est élégante, encore que floue¹⁹⁷. L'avenir nous dira si, dépassant le stade du simple slogan aux couleurs de la diversité, elle pourra offrir une nouvelle plateforme pour la tenue d'un dialogue traductif entre les États et l'Union.

II. – La protection des droits de la défense

Après avoir brossé à gros traits le régime de sauvegarde des droits fondamentaux dans l'Union européenne, il convient à présent de concentrer le regard sur la protection des droits de la défense par et devant les juridictions de l'Union, d'une catégorie spécifique de droits fondamentaux. Dans cette perspective, la seconde partie de cette contribution recense et examine un certain nombre de développements récents relatifs au champ d'application des droits de la défense (A), à la place de ces droits dans la procédure devant la CJUE (B), aux contours du droit d'être entendu et du droit à un tribunal impartial (C) avant de conclure sur les conséquences attachées à la violation des droits de la défense (D).

A. *Le champ d'application des droits de la défense*

Ratione personae, la jurisprudence récente a confirmé que les droits de la défense appartenaient à tous, en ce compris les institutions de l'Union¹⁹⁸ et les

¹⁹⁷ Pour une analyse critique, 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 », *R.T.D.H.*, 2014 (à paraître). Pour une tentative de clarification des cas d'application de cette « protection plus étendue », voy. N. DE BOER, « Addressing rights divergences under the Charter : *Melloni* », *C.M.L.Rev.*, 2013, vol. 50, pp. 1083-1104, spéc. p. 1096.

¹⁹⁸ C.J., 2 décembre 2009, *Commission/Irlande*, C-89/08 P, *Rec.*, p. I-11245, point 53 : « Le principe du contradictoire doit bénéficier à toute partie à un procès dont est saisi le juge communautaire, quelle que soit sa qualité juridique. Les institutions communautaires peuvent aussi, par conséquent, s'en prévaloir lorsqu'elles sont parties à un tel procès ». Dans le même sens, voy. C.J., 17 décembre 2009, *M/Agence européenne des médicaments*, C-197/09 RX-II, *Rec.*, p. I-12033, point 42.

États membres¹⁹⁹ ainsi que les entités publiques qui en dépendent²⁰⁰. Dans son fameux arrêt *DEB*, la Cour a du reste considéré que le droit à une protection juridictionnelle effective pouvait impliquer une obligation positive, à charge d'un État, de fournir une aide juridictionnelle à une personne *morale* en difficulté²⁰¹.

Ratione materiae, il convient de souligner l'irruption des droits de la défense dans le domaine de la politique étrangère et de sécurité commune, au bénéficiaire – notamment – de l'article 275, deuxième alinéa, TFUE, qui rend la CJUE compétente pour connaître de recours en annulation de « décisions prévoyant des mesures restrictives à l'encontre de personnes physiques ou morales adoptées par le Conseil ». Sans s'y attarder, on observera – tout en s'en réjouissant – qu'après un moment d'hésitation²⁰², les juridictions de l'Union ont décidé d'appliquer pleinement les standards de protection des droits de la défense dans ce domaine, même lorsque les mesures prises par l'Union découlent directement d'une résolution du Conseil de sécurité des Nations unies. La CJUE a ainsi pu constater une violation du droit à une protection juridictionnelle effective et des droits de la défense dans le refus du Conseil de divulguer au requérant²⁰³, voire même aux juridictions de l'Union²⁰⁴, des éléments de preuve susceptibles de justifier la prise – ou le maintien²⁰⁵ – des sanctions frappant ce requérant, ainsi que l'absence de réelle prise en considération des objections soulevées par ce dernier²⁰⁶. Cette jurisprudence exigeante est également applicable aux

¹⁹⁹ C.J., 15 novembre 2011, *Commission et Espagne/Gibraltar et Royaume-Uni*, C-106/09 P, *Rec.*, p. I-11113, points 164 et s.

²⁰⁰ Trib., 29 janvier 2013, *Bank Mellat / Conseil*, T-496/10, non encore publié au *Rec.*, points 36-38 ; Trib., 5 février 2013, *Bank Saderat Iran / Conseil*, T-494/10, non encore publié au *Rec.*, points 34-36 et 39.

²⁰¹ C.J., 22 décembre 2010, *DEB*, C-138/49, *Rec.*, p. I-13849.

²⁰² Voy. e.a. Trib., 21 septembre 2005, *Kadi/Conseil et Commission*, T-315/01, *Rec.*, p. II-3649. Voy. aussi les conclusions présentées le 19 mars 2013 par l'avocat général Bot dans l'affaire *Commission, Conseil et Royaume-Uni / Kadi*, C-584/10 P e.a., non encore publiée au *Rec.*

²⁰³ Voy. e.a. C.J., 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat/Conseil et Commission*, C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec.*, p. I-6351, points 346 à 349, et Trib., 30 septembre 2010, *Kadi/Commission*, T-85/09, *Rec.*, p. II-5177, points 173 à 179. La Cour semble cependant désormais retenir une conception un peu moins exigeante de cette obligation de transparence : C.J., 18 juillet 2013, *Commission, Conseil et Royaume-Uni/Kadi*, C-584/10 P e.a., non encore publié au *Rec.*, points 135 à 138.

²⁰⁴ Voy. e.a. C.J., 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat/Conseil*, C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec.*, p. I-6351, points 349 à 351, Trib., 21 mars 2012, *Fulmen et Fereydoun Mahmoudian/Conseil*, T-439 et 440/10, non encore publié au *Rec.*, points 96 à 104, Trib., 4 décembre 2008, *People's Mojahedin Organization of Iran/Conseil*, T-284/08, *Rec.*, p. II-3487, points 72 à 79, et Trib., 30 septembre 2010, *Kadi/Commission*, T-85/09, *Rec.*, p. II-5177, points 182 et 183.

²⁰⁵ Trib., 4 décembre 2008, *OMPI/Conseil*, T-274/08, *Rec.*, p. II-3487, et C.J., 21 septembre 2011, *France/OMPI*, non encore publié au *Rec.*

²⁰⁶ Trib., 30 septembre 2010, *Kadi/Commission*, T-85/09, *Rec.*, p. II-5177, points 171 à 179, et C.J., 18 juillet 2013, *Commission, Conseil et Royaume-Uni/Kadi*, C-584/10 P e.a., non encore publié au *Rec.*, points 151 à 164.

sanctions infligées *proprio motu* par l'Union européenne dans le cadre de la PESC²⁰⁷. En revanche, les juridictions de l'Union considèrent que de telles sanctions n'ont en principe pas de caractère pénal²⁰⁸, de sorte que les garanties spécifiques au procès pénal ne s'y appliquent pas.

B. *Les droits de la défense dans la procédure devant les juridictions de l'Union*

Il n'est pas question ici de procéder à une analyse générale et complète de la place des droits de la défense dans le contentieux devant la CJUE. Tout au plus épinglera-t-on trois questions qui ont fait l'objet de développements récents.

Commençons par la question classique des conditions imposées par l'article 263, quatrième alinéa, TFUE (ex-article 230, quatrième alinéa, CE) à la recevabilité des recours en annulation intentés par des requérants « non privilégiés »²⁰⁹. Nombreux sont les requérants à avoir plaidé qu'une application trop rigoureuse desdites conditions aboutirait à une violation du droit à un recours juridictionnel effectif consacré par l'article 13 de la CEDH. S'ils ont un temps retenu l'attention du Tribunal²¹⁰ et d'un avocat général²¹¹, ces arguments ont depuis lors été balayés d'un revers de la main au motif qu'ils ne pouvaient aboutir à une interprétation *contra legem* de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE²¹². On ne saurait pour autant conclure de cette jurisprudence, qui s'auto-rise d'un certain appui du côté de Strasbourg²¹³, que le droit à une protection

²⁰⁷ Trib., 8 juin 2011, *Bamba/Conseil*, T-86/11, *Rec.*, p. II-2749, et C.J., 15 novembre 2012, *Conseil/Bamba*, C-417/11 P, non encore publié au *Rec.* En ce sens, voy. M. WIMMER, « Individual sanctions and fundamental rights : *Bamba* », *C.M.L.Rev.*, 2013, vol. 50, pp. 1119-1132

²⁰⁸ Trib., 8 juin 2011, *Bamba/Conseil*, T-86/11, *Rec.*, p. II-2749, point 43 et la jurisprudence citée, et C.J., 15 novembre 2012 *Stichting Al-Aqsa/Conseil et Pays-Bas/Stichting Al-Aqsa*, C-439 et 550/10 P, non encore publié au *Rec.*, point 72.

²⁰⁹ Voy., s'agissant du régime juridique qui découle desdites conditions et une analyse des changements intervenus avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la contribution de J. Wildemeersch dans le présent ouvrage.

²¹⁰ Trib., 3 mai 2002, *Jégo-Quéré / Commission*, T-177/01, *Rec.*, p. II-2365.

²¹¹ Voy. les conclusions présentées par l'avocat général Jacobs le 21 mars 2002 dans l'affaire *UPA/Conseil*, C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677.

²¹² Voy. p. ex., Trib., 11 juin 2009, *Acegas-APS/Commission*, T-309/02, *Rec.*, p. II-1809, point 56 et la jurisprudence citée, et Trib., 11 avril 2011 (ord.), *Département du Gers/Commission*, T-478/10, *Rec.*, p. II-83, point 41 et la jurisprudence citée.

²¹³ Voy. not. la jurisprudence selon laquelle « l'article 13 ne va pas jusqu'à exiger un recours par lequel on puisse dénoncer, devant une autorité nationale, les lois d'un État contractant comme contraires en tant que telles à la Convention » [C.E.D.H., GC, arrêt *Vallianatos et autres c. Grèce* du 7 novembre 2013 (req. n° 29381/09 et 32684/09), § 94 et la jurisprudence citée]. Voy. aussi, dès avant l'arrêt *Bosphorus*, l'arrêt *Posti et Rahko c. Finlande* (4^e sect.) du 24 septembre 2002 (req. n° 27824/95, *Rec.* 2002-VII), §§ 53-54 : « Il s'ensuit que lorsqu'un décret, une décision ou une autre mesure, même s'ils ne touchent pas formellement une personne physique ou morale donnée, affectent en substance les "droits ou obligations de caractère civil" de cette

juridictionnelle effective sera toujours et nécessairement impuissant à assouplir quelque peu la position de la CJUE sur la recevabilité des recours en annulation. On épinglera à cet égard l'attitude pour le moins audacieuse de la Cour dans l'arrêt *PKK et KNK/Conseil*, qui laisse entendre que la condition relative à l'affectation directe et individuelle subordonnant la recevabilité des recours en annulation doit se calquer sur (ou à tout le moins s'apprécier à la lumière de) l'exigence – bien plus lâche – relative à la qualité de victime qui conditionne la recevabilité des recours devant la Cour eur. D.H.²¹⁴. Dans le même sens, on rappellera l'arrêt *Unibet* dans lequel la Cour a jugé non conforme au droit à une protection juridictionnelle effective un système qui contraint un particulier à enfreindre une norme – et à s'exposer de la sorte à des sanctions administratives ou pénales – pour pouvoir en contester la validité²¹⁵. Développé à l'encontre d'une règle procédurale nationale, ce raisonnement pourrait bien être opposé au juge de l'Union dans le cadre d'un recours en annulation d'un acte législatif de l'Union ne nécessitant pas de mesure d'exécution. En effet, faute pour le juge de l'Union de déclarer recevable pareil recours, le requérant n'aurait d'autre choix que d'enfreindre ledit acte – et encourir le risque de sanctions – pour ensuite se faire attraire devant un tribunal national et en contester la validité par le biais de l'exception d'illégalité.

Une deuxième question procédurale importante concerne l'absence de droit, pour les parties à la cause dans une affaire pendante devant la Cour de justice, de répondre aux conclusions de l'avocat général rendues dans cette affaire. Dans un arrêt de grande chambre *Vermeulen c. Belgique*²¹⁶, la Cour eur. D.H. avait jugé contraire au principe du contradictoire l'impossibilité, pour les parties à un procès en cassation, de répondre aux conclusions de l'avocat général près la Cour de cassation de Belgique. Dans une ordonnance du 4 février 2000²¹⁷, la

personne ou d'un groupe de personnes se trouvant dans une situation similaire, que ce soit en raison de certaines caractéristiques qui leur sont propres ou de circonstances factuelles qui les différencient de toute autre personne, l'article 6 § 1 peut demander que la substance de la décision ou de la mesure en question puisse être contestée par cette personne ou ce groupe devant un "tribunal" répondant aux exigences de cette disposition. La position de la Cour à cet égard est comparable à celle adoptée en droit communautaire européen, où une mesure générale telle qu'un règlement peut dans certains cas faire l'objet d'une action en annulation devant la Cour de justice de la part d'une personne que cette mesure concerne individuellement ».

²¹⁴ C.J., 18 janvier 2007, *PKK et KNK/Conseil*, C-229/05 P, *Rec.*, p. I-439, points 82 et 83 : « Dans ces conditions, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans son état actuel semble indiquer que le KNK ne pourrait pas établir qu'il a la qualité de victime au sens de l'article 34 de la CEDH et, par conséquent, ne serait pas recevable à saisir cette juridiction. Par voie de conséquence, dans les circonstances de la présente affaire, il n'est démontré aucune contradiction entre la CEDH et l'article 230, quatrième alinéa, CE. »

²¹⁵ C.J., 13 mars 2007, *Unibet*, C-432/05, *Rec.*, p. I-2271. Ce raisonnement est emprunté à A. VAN WAEMYENBERGHE, P. PECHO, « L'arrêt *Unibet* et le traité de Lisbonne – un pari sur l'avenir de la protection juridictionnelle effective », *C.D.E.*, 2008, pp. 123 et s.

²¹⁶ C.E.D.H., arrêt *Vermeulen c. Belgique* du 20 février 1996, *Rec.*, 1996-I.

²¹⁷ C.J., 4 février 2000 (ord.), *Emesa Sugar*, C-17/98, *Rec.*, p. I-665.

Cour de justice a considéré que cette jurisprudence n'était pas transposable à la procédure devant elle et au rôle qu'y jouent les avocats généraux. Au soutien de cette conclusion, la Cour a observé que (i) « ses » avocats généraux sont des membres de la Cour et ne dépendent pas de quelque « autorité extérieure » ; (ii) la durée de la procédure serait fortement allongée par l'octroi d'un droit de réponse eu égard au régime multilingue de la Cour ; et (iii) la Cour peut en toute hypothèse ordonner la réouverture des débats si elle l'estime opportun.

Dans sa décision *Kokkelvisserij* précitée, la Cour eur. D.H. a considéré que, dans le cas qui lui était soumis, l'absence d'un droit de réponse aux conclusions de l'avocat général dans le cadre d'une procédure devant la Cour de justice ne constituait pas une violation du droit à un procès équitable. À cet égard, la Cour eur. D.H. a noté que (i) eu égard à la jurisprudence *Bosphorus* précitée, une telle violation ne pourrait être constatée que si le requérant parvenait à montrer une *déficiencemanifeste* dans la protection dudit droit dans l'ordre juridique de l'Union européenne ; (ii) que le Règlement de procédure de la Cour prévoit la possibilité pour cette dernière d'ordonner la réouverture des débats une fois l'avocat général entendu ; (iii) que la Cour de justice a examiné le bien-fondé de la demande de réouverture des débats soumise par le requérant ; (iv) que le cas de l'espèce relevant d'une procédure préjudicielle, il était toujours loisible au juge *a quo* de ressaisir la Cour après le prononcé de son arrêt ; et (v) qu'en l'occurrence, le point sur lequel la réouverture des débats était demandée n'était pas décisif.

Dans l'affaire *Otis*, l'avocat général Cruz Villalón a considéré que, par sa décision *Kokkelvisserij*, la Cour eur. D.H. avait « confirmé la conclusion à laquelle la Cour était parvenue dans l'affaire *Emesa Sugar* », estimant que le niveau de protection du principe d'égalité des armes accordé par la Cour de justice n'était pas inférieur à celui garanti par la Cour eur. D.H.²¹⁸. Cette conclusion semble hâtive, tant la décision de la Cour eur. D.H. paraît influencée par les circonstances spécifiques de l'affaire sur laquelle elle était amenée à se pencher. Ainsi, il n'est pas certain que la Cour eur. D.H. tiendrait le même discours s'agissant d'un recours direct devant la CJUE. Par ailleurs, force est d'observer que la Cour eur. D.H. se contente d'observer l'absence de « déficience manifeste » du côté de Luxembourg, se gardant bien de se prononcer sur l'existence d'une « simple » violation de l'article 6 CEDH. On ne peut donc qu'approuver l'affirmation – un peu mystérieuse – de la Cour de justice selon laquelle le pouvoir discrétionnaire de réouverture de la procédure orale « ne saurait être

²¹⁸ Conclusions présentées le 26 juin 2012 dans l'affaire *Otis*, C-199/11, non encore publiée au *Rec.*, note infra-paginale n° 36.

exercé sans tenir compte de l'obligation de respecter le principe du contradictoire ». ²¹⁹

La dernière question qu'il convient d'aborder brièvement concerne le droit, pour les juridictions constitutionnelles des États membres, de participer activement à la procédure sur question préjudicielle devant la Cour de justice. Deux développements récents soulignent la nécessité d'accorder, dans certaines affaires, une place plus grande aux juges constitutionnels nationaux. Le premier concerne le fameux arrêt rendu par la Cour constitutionnelle tchèque sur les « retraites slovaques » ²²⁰ par lequel la Cour déclara inconstitutionnel et *ultra vires* l'arrêt *Landtová* ²²¹ de la Cour de justice. Sans rentrer dans le détail de cette « guerre des juges », il convient d'observer que la Cour constitutionnelle tchèque avait sollicité la possibilité d'intervenir dans l'affaire *Landtová* au motif que le gouvernement tchèque – représentant la République tchèque dans le cadre de la procédure – prônait une position contraire à sa jurisprudence. Le greffe de la Cour de justice ne l'ayant pas autorisée à intervenir, la Cour constitutionnelle règle ses comptes avec la Cour de justice dans son arrêt. Elle estime notamment que « [i]n a situation where the ECJ was aware that the Czech Republic, as a party to the proceeding, in whose name the government acted, expressed in its statement a negative position on the legal opinion of the Constitutional Court, which was the subject matter for evaluation, the ECJ's statement that the Constitutional Court was a "third party" in the case at hand cannot be seen otherwise than as abandoning the principle *audiatur et altera pars* ».

Le deuxième développement en faveur d'un accès plus large des juges constitutionnels au prétoire européen concerne le succès grandissant du concept d'« identité constitutionnelle ». Le thème de l'identité constitutionnelle des États membres et la question de sa capacité à tenir en échec la primauté du droit de l'Union passionnent depuis quelque temps la doctrine ²²². Les références à ce concept se font de plus en plus fréquentes devant la Cour

²¹⁹ C.J., 2 décembre 2009, *Commission/Irlande*, C-89/08 P, *Rec.*, p. I-11245, point 59.

²²⁰ Cour constitutionnelle tchèque, arrêt du 31 janvier 2012, affaire Pl. US 5/12 *Les retraites slovaques XVIII*. Traduction anglaise disponible à l'adresse <http://www.usoud.cz/en/decisions/?tx_ttnews%5Btt_news%5D=37&cHash=911a315c9c22ea1989d19a3a848724e2>. Sur cet arrêt, voy. e.a. J. ZEMANEK, « L'arrêt de la Cour constitutionnelle tchèque du 31 janvier 2012, les *retraites slovaques XVII* : le principe de l'égalité de traitement – un motif de rébellion contre la Cour de justice de l'Union européenne ? », *C.D.E.*, 2012, n° 3, pp. 709-732.

²²¹ C.J., 22 juin 2011, *Landtová*, C-399/09, *Rec.*, p. I-5573.

²²² Voy. p. ex. L.F.M. BESSELINK, « National and constitutional identity before and after Lisbon », *Utrecht Law Review*, 2010, vol. 6, pp. 36-49 ; A. VON BOGDANDY & S. SCHILL, « Overcoming absolute primacy : Respect for national identity under the Lisbon Treaty », *C.M.L.Rev.*, 2011, vol. 48, pp. 1417-1453 ; L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2011.

de justice²²³, quoique la Cour se soit jusqu'ici prudemment abstenue d'énoncer le contenu et le régime juridique qui s'y attachent. Une des questions qui demeurent en suspens concerne la façon d'établir qu'un principe ressortit à l'identité constitutionnelle d'un État. Dans l'affaire *Melloni*, l'avocat général Bot semble faire des agents du *gouvernement* espagnol (ceux qui ont comparu à l'audience) les porte-paroles attitrés de l'identité constitutionnelle espagnole²²⁴. Ce raisonnement manque de convaincre. Il semble que, si le concept d'identité constitutionnelle devait être pris au sérieux, la Cour de justice ne pourrait faire l'économie d'un dialogue préjudiciel « inversé » avec la juridiction constitutionnelle de l'État concerné pour en définir les contours exacts²²⁵.

C. *Le droit d'être entendu et le droit à un tribunal impartial*

La jurisprudence récente contient des enseignements importants pour cerner l'étendue exacte de certaines garanties procédurales. Ces enseignements nous semblent particulièrement riches pour ce qui concerne le droit d'être entendu et le droit à un tribunal impartial²²⁶.

Quant au *droit d'être entendu*, d'une part, la jurisprudence récente nous confirme qu'il est loin d'être illimité. Ainsi, si les parties ont le droit d'être entendues sur un moyen soulevé d'office par le juge²²⁷, elles n'ont en revanche pas le droit d'être auditionnées à nouveau par la Commission avant que celle-ci ne prenne une décision quasi-identique à une première décision annulée en raison d'un vice de procédure²²⁸. Par ailleurs, « ce droit doit être compris en ce sens qu'il garantit que les parties ne soient pas confrontées à une décision de justice complètement inattendue [; c]ela ne signifie pas pour autant que le

²²³ Voy. C.J., 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09, *Rec.*, p. I-13693, point 92, C.J., 12 mai 2011, *M. Runevic-Vardyn*, C-391/09, *Rec.*, p. I-3787, point 86, C.J., *Commission/Grand-duché de Luxembourg*, 24 mai 2011, C-51/08, *Rec.*, p. I-4231, point 124, C.J., 1^{er} mars 2012, *Dermot Patrick O'Brien*, C-393/10, non encore publié au *Rec.*, point 49, Trib., 6 mars 2012, *Northern Ireland Department of Agriculture and Rural Development/Commission*, T-453/10, non encore publié au *Rec.*, point 31, et C.J., 16 avril 2013, *Las*, C-202/11, non encore publié au *Rec.*, point 26.

²²⁴ Conclusions présentées le 2 octobre 2012 dans l'affaire *Melloni*, C-399/11, non encore publiée au *Rec.*, point 141.

²²⁵ Dans un sens analogue, mais moins exigeant, voy. les propos tenus par l'avocat général Poiras Maduro dans ses conclusions présentées le 20 septembre 2005 dans l'affaire *Marrosu*, C-53/04, *Rec.*, p. I-7213, point 40, qui fait des autorités nationales en général, et *notamment* des juridictions constitutionnelles, les interlocuteurs les mieux placés pour définir l'identité constitutionnelle des États membres.

²²⁶ Par manque d'espace, cette contribution ne traite pas des évolutions jurisprudentielles récentes – et ô combien importantes – relatives au principe *ne bis in idem*.

²²⁷ C.J., 2 décembre 2009, *Commission/Irlande*, C-89/08 P, *Rec.*, p. I-11245, point 57.

²²⁸ Trib., 17 décembre 2009, *Solvay/Commission*, T-57/01, *Rec.*, p. II-4621, points 184 et s. et la jurisprudence citée.

juge doit accorder aux parties le droit d'être entendues au sujet de chaque point de son appréciation juridique avant de rendre son jugement »²²⁹. Enfin, dans son important arrêt *Sabou*, la Cour a considéré que le droit d'être entendu ne « confère au contribuable d'un État membre ni le droit d'être informé de la demande d'assistance de cet État adressée à un autre État membre afin, notamment, de vérifier les données fournies par ce contribuable dans le cadre de sa déclaration d'impôt sur le revenu, ni le droit de participer à la formulation de la demande adressée à l'État membre requis, ni le droit de participer aux auditions de témoins organisées par ce dernier État »²³⁰.

Quant au droit d'accès à un *tribunal impartial*, d'autre part, il ne fait pas toujours l'objet d'une interprétation très généreuse. Ainsi le fait qu'un même membre de la Cour fasse deux fois office de juge rapporteur dans l'examen d'une même affaire²³¹ ou dans le cadre de deux affaires présentant un certain degré de connexité²³² n'est pas constitutif d'une violation du principe d'impartialité. Il n'en va pas différemment du fait pour la Commission, premier juge du droit européen de la concurrence, de se présenter comme la victime des ententes qu'elle réprime²³³. La friilosité dont témoignent les arrêts précédents contraste avec les avancées consacrées par la Cour de justice dans ses arrêts *Chalkor/Commission*²³⁴ et *KME/Commission*²³⁵, qui précisent, dans la droite ligne de la jurisprudence strasbourgeoise²³⁶, que le droit à un recours juridictionnel effectif interdit au Tribunal, statuant sur la légalité d'une décision adoptée par la Commission en sa qualité d'autorité de concurrence, de « s'appuyer sur la marge d'appréciation dont dispose la Commission ni en ce qui concerne le choix des éléments pris en considération lors de l'application des critères mentionnés dans les lignes directrices ni en ce qui concerne l'évaluation de ces éléments pour renoncer à exercer un contrôle approfondi tant de droit que de fait ». Le droit à un juge semble ici sauvegardé, dès lors que cette jurisprudence donne à l'entreprise sanctionnée la garantie qu'un juge réellement indépendant – à la différence de la Commission, qui cumule les qualités d'autorité d'enquête et de jugement en matière de concurrence – sera amené à examiner, dans le détail, le bien-fondé de l'amende qui la frappe. On est toutefois en droit de se demander

²²⁹ Trib., 12 mai 2010, *Bui Van/Commission*, T-491/08 P, non publié au *Rec.*, point 85.

²³⁰ C.J., 22 octobre 2013, *Sabou*, C-276/12, non encore publié au *Rec.*

²³¹ C.J., 1^{er} juillet 2008, *Chronopost*, C-341 et 342/06 P, *Rec.*, p. I-4777, points 56 et s.

²³² C.J., 19 février 2009, *Gorostiaga/Parlement*, C-308/07 P, *Rec.*, p. I-1059, points 41 et s.

²³³ C.J., 11 juillet 2013, *Ziegler/Commission*, C-439/11 P, non encore publié au *Rec.*, points 157 à 160. La déontologie et l'honnêteté intellectuelle exigent de préciser que l'auteur de la présente contribution représentait Ziegler dans l'affaire dont question.

²³⁴ C.J., 8 décembre 2011, C-386/10 P, non encore publié au *Rec.*, point 62.

²³⁵ C.J., 8 décembre 2011, C-272/09 P, non encore publié au *Rec.*, point 102.

²³⁶ C.E.D.H., arrêt du 27 septembre 2011, *Menarini Diagnostics c. Italie* (req. n° 43509/08), § 59.

si cette évolution favorable n'a pas été partiellement vidée de sa substance par un arrêt *Kone/Commission*²³⁷, en vertu duquel « lorsque le juge de l'Union est appelé à contrôler la légalité des décisions de la Commission imposant des amendes en cas d'infractions aux règles de concurrence de l'Union, il ne saurait empiéter sur la marge d'appréciation dont la Commission dispose dans le cadre de la procédure administrative en substituant sa propre évaluation de circonstances économiques complexes à celle de la Commission, mais doit démontrer, le cas échéant, que cette dernière est parvenue à ses conclusions d'une manière qui n'est pas légalement fondée ».

Préoccupante, cette jurisprudence ne doit toutefois pas dissimuler des développements plus heureux. On relèvera ainsi l'arrêt *Knauf Gips/Commission*²³⁸, dans lequel la Cour a considéré que l'absence de contestation d'un élément dans le cadre de la procédure administrative devant la Commission ne prive pas un requérant du droit de contester ce même élément devant les juridictions de l'Union. De manière très judicieuse, la Cour a motivé cette décision par l'absence de fondement légal à une telle restriction du droit à un recours juridictionnel effectif et à un tribunal impartial, en violation de la condition de légalité prévue à l'article 52, § 1^{er}, de la Charte.

D. Les conséquences de la violation des droits de la défense

La dernière question que l'on souhaiterait aborder concerne l'impact concret d'une violation des droits de la défense et des garanties procédurales.

Il est de jurisprudence constante qu'« une violation des droits de la défense, en particulier du droit d'être entendu, n'entraîne l'annulation de la décision prise au terme de la procédure administrative en cause que si, en l'absence de cette irrégularité, cette procédure pouvait aboutir à un résultat différent »²³⁹. Si elle n'est pas dénuée de bon sens, il n'échappera à personne que cette jurisprudence n'exclut pas tout risque d'arbitraire. Dans certains cas, il peut être

²³⁷ C.J., 24 octobre 2013, *Kone e.a./Commission*, C-510/11 P, non encore publié au *Rec.*, point 27. Il est inquiétant d'observer que cet arrêt renoue explicitement avec un arrêt de grande chambre du 29 juin 2010 (*Commission/Alrosa*, C-441/07 P, *Rec.*, p. I-5949) dans lequel la Cour annule un arrêt du Tribunal au motif que ce dernier a « présenté sa propre évaluation de circonstances économiques complexes et a ainsi substitué sa propre appréciation à celle de la Commission, empiétant de la sorte sur la marge d'appréciation de celle-ci, au lieu de contrôler la légalité de l'appréciation de la Commission » (point 67).

²³⁸ C.J., 1^{er} juillet 2010, C-407/08 P, *Rec.*, p. I-6375, points 89 et s.

²³⁹ C.J., 10 septembre 2013, *M.G. et N.R.*, C-383/13 PPU, non encore publié au *Rec.*, point 38 et la jurisprudence citée. Pour un cas où le juge de l'Union a conclu à l'annulation au motif que l'autorité aurait pu modifier sa décision si elle avait entendu la partie concernée, voy. Trib., 1^{er} octobre 2009, *Foshan Shunde Yongjian/Commission*, C-141/08 P, *Rec.*, p. II-9147.

difficile de déterminer, rétroactivement, si l'audition de la partie concernée aurait pu aboutir à un résultat différent. Par ailleurs, il peut sembler choquant sur le plan des principes qu'en méconnaissance de l'adage *ubi ius ibi remedium*, la violation d'un droit fondamental ne donne droit à aucune forme de réparation pour la victime de la violation.

Soucieux de ne pas laisser impunie de telles violations des droits procéduraux, le juge de l'Union a, dans certains cas, déclaré que celles-ci pouvaient faire l'objet d'un recours en indemnité contre l'Union européenne. Ce type de recours a été intenté avec succès pour violation du droit d'être entendu²⁴⁰. La Cour a également évoqué la possibilité d'un tel recours en cas de violation du droit à être jugé dans un délai raisonnable²⁴¹. En l'espèce, cependant, la violation du délai raisonnable était imputable au Tribunal, lequel aurait ainsi été compétent pour statuer sur un éventuel recours en indemnité fondé sur sa propre faute²⁴² !

Ce problème semble pouvoir être surmonté par une autre approche adoptée par la Cour, qui consiste à réduire l'amende infligée à l'entreprise concernée en vue de « compenser » la faute dont elle a été victime²⁴³. Toute difficulté n'est cependant pas évacuée pour autant. D'une part, il semble particulièrement difficile d'évaluer, *ex æquo et bono*, la réduction qui doit ainsi être octroyée. Dans l'affaire *Baustahlgewebe* précitée, cette réduction n'atteignait pas même 2 % de l'amende infligée. À l'inverse, dans l'affaire *Solvay*, l'avocat général Kokott plaidait pour une réduction de 50 %. D'autre part, des violations des droits procéduraux surviennent également dans le cadre de procédures ne menant pas à l'imposition d'une amende, de sorte que la « compensation » évoquée ci-dessus y est impraticable.

Les juridictions de Luxembourg seraient sans doute bien avisées d'introduire un peu de sécurité juridique dans ce domaine. On se gardera toutefois de croire à la possibilité d'un régime juridique unifié qui s'appliquerait à la réparation de toutes les violations des droits procéduraux. Ici comme ailleurs, la CJUE semble condamnée à osciller entre la généralité de la règle et la singularité du cas particulier.

²⁴⁰ T.F.P., 11 septembre 2008, *Bui Van/Commission*, F-51/07, *RecFP*, p. I-A-1-289 et p. II-A-1-1533.

²⁴¹ C.J., 16 juillet 2009, *Der Grüne Punkt/Commission*, C-385/07, *Rec.*, p. I-6155.

²⁴² Voy. sur ce point les conclusions présentées le 31 mars 2009 par l'avocat général Bot dans l'affaire *Der Grüne Punkt/Commission*, *op. cit.*, points 316 et s.

²⁴³ Voy. C.J., 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe/Commission*, C-185/95 P, *Rec.*, p. I-8417, et Conclusions présentées le 14 avril 2011 par l'avocat général Kokott dans l'affaire *Solvay/Commission*, C-110/10 P, *Rec.*, p. I-10439.

Conclusion

Les juridictions de Luxembourg prennent plus que jamais au sérieux la protection des droits fondamentaux. Ceux-ci font l'objet d'une jurisprudence riche, élaborée, et relativement généreuse. Cette réussite ne saurait toutefois dissimuler certaines zones d'ombre. De l'affaire *Melloni* à la jurisprudence *Kone* ou *Emesa Sugar*, plusieurs exemples attestent de l'embarras de la CJUE face aux situations dans lesquelles les impératifs de protection des droits fondamentaux s'opposent frontalement à l'effectivité ou à la primauté du droit de l'Union. Ce biais « pro-communautaire » est sans doute, dans une certaine mesure, inévitable. Voilà pourquoi, loin de s'apparenter à quelque aliénation de l'ordre juridique européen, l'adhésion de l'Union à la CEDH reste utile et nécessaire pour affermir encore l'engagement de l'Europe des Vingt-Huit envers les droits de l'homme.