

Introduction générale

«[L]a Court of Appeal (...) a déféré une série de questions qui contraignent la Cour à s'attaquer à un problème à la fois très complexe juridiquement et très délicat sur le plan socio-politique. Parfois, des questions complexes appellent des réponses simples. Il n'en est rien ici. (...) Un exploitant finlandais de services de ferry entre Helsinki et Tallinn souhaitait transférer son lieu d'établissement vers l'Estonie pour profiter de niveaux de salaires inférieurs et fournir ses services depuis ce pays. Un syndicat finlandais, soutenu par une association internationale de syndicats, a tenté d'empêcher cette délocalisation et menacé la société de grève et de boycotts si celle-ci devait déménager sans maintenir les niveaux de salaires qu'elle pratiquait alors. Cette situation conflictuelle conduisant à une impasse pose [le problème juridique] (...) du rapport entre droits sociaux et droits à la libre circulation »¹.

1. – Les impératifs de la libre circulation et les exigences de protection des droits de l'homme n'en finissent plus de se croiser dans les décisions des juridictions communautaires². Tantôt conflictuelles, tantôt amicales, les relations qui unissent ces principes cardinaux de l'ordre juridique européen sont particulièrement complexes. L'arbitrage de ces rapports ne l'est pas moins. C'est aux juges du Kirchberg que revient le lourd privilège de concilier et de combiner la dynamique de l'intégration économique et la logique des droits fondamentaux. Mais c'est à la doctrine qu'incombe la tâche délicate d'analyser et de critiquer cette jurisprudence derrière laquelle se joue rien moins que l'avenir du projet politique européen. La présente recherche prend cette tâche à bras-le-corps. En proposant une étude jurisprudentielle approfondie, nourrie des enseignements de la théorie du droit, elle entend contribuer à une appréhension plus fine des interactions entre libre circulation et droit de l'homme et à une meilleure intelligence des questions qu'elles soulèvent³.

Ces pages introductives ont pour ambition de « planter le décor » de notre recherche. Elles en délimitent d'abord le champ d'investigation (I) avant d'en fournir les principales clefs de lecture (II) et d'en détailler rapidement la structure (III).

I. L'objet – précisions terminologiques et méthodologiques

2. – Cette étude porte sur les interactions entre la libre circulation et les droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire. Afin d'être bien compris, un tel intitulé appelle certains éclaircissements. Il exige d'entrée de jeu une clarification des notions de « libre circulation » (A), de « droit fondamental » (B) et de « jurisprudence communautaire » (C).

A. Sur la notion de libre circulation

3. – La libre circulation est tout à la fois un *instrument* nécessaire à l'intégration européenne et l'*objectif* premier de celle-ci. Un instrument, car la multiplication des échanges sans contraintes entre les peuples et les marchés des Etats membres constitue le plus sûr moyen de renforcer l'interpénétration des territoires et de favoriser l'avènement d'un véritable espace européen. Un

¹ Conclusions présentées le 23 mai 2007 par l'avocat général M. Poiares Maduro dans l'affaire C-438/05 *International Transport Workers' Federation e.a. c. Viking*, pt.1, non encore publié au Recueil.

² Le traité modificatif de Lisbonne (J.O., 17 décembre 2007, C 306/01) fait disparaître la notion de « Communauté européenne » et l'épithète qui l'accompagne – « communautaire ». Dans cette étude, l'on a néanmoins pris le parti de continuer à utiliser ces termes, qui permettent tantôt de distinguer l'ordre juridique de l'Union européenne du droit du Conseil de l'Europe – comme dans l'expression « juridictions communautaires » –, tantôt de désigner ce qui a longtemps constitué le « premier pilier » de l'ordre juridique de l'Union européenne.

³ La présente étude est à jour au 1^{er} janvier 2008. Sauf indication contraire, les articles des traités sont cités selon la numérotation du traité de Nice. Une table de concordance avec le traité de Lisbonne figure en annexe de cette étude.

objectif, dans la mesure où la visée même de ce projet d'intégration consiste à offrir aux résidents des différents Etats membres un territoire sans frontières dans lequel ils peuvent se déplacer, s'établir, et commercer à leur guise.

4. – Entendue en ces termes, la dynamique de la libre circulation anime l'ensemble du projet européen. Elle sous-tend aussi bien la construction du marché intérieur que la réalisation d'un « espace de liberté, de sécurité et de justice ». Elle dicte largement l'agenda politique de la Communauté européenne et oriente l'exercice de ses compétences. Les transports, l'immigration, l'agriculture ou l'énergie sont autant de biais par lesquels se concrétise le rêve d'un espace unifié, d'un territoire sans frontières intérieures.

5. – La présente étude n'a pas pour ambition de couvrir l'ensemble de ces domaines. Elle s'inscrit exclusivement dans le contexte de l'intégration *économique* européenne, et se concentre plus précisément sur le seul droit du *marché intérieur*. C'est en effet là, dans son terreau d'origine, que la dynamique de la libre circulation se manifeste avec le plus de vigueur et que ses relations avec les droits de l'homme dévoilent tout leur potentiel. La délimitation de notre champ d'investigation implique dès lors que l'on s'entende sur ce que recouvre le terme de « marché intérieur ».

6. – Apparue dès 1985 dans un livre blanc de la Commission⁴, consacrée un an plus tard dans l'Acte unique européen⁵, la notion de « marché intérieur » demeure aujourd'hui encore particulièrement équivoque. Certes, l'article 3 du traité CE nous apprend que le marché intérieur est « caractérisé par l'abolition, entre les Etats membres, des obstacles à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux ». L'article 14, al.2, CE va dans le même sens, qui dispose que le « marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée (...) ». En outre, l'article 8 ancien du même traité – disposition abrogée à Maastricht – fait de l'établissement du marché intérieur un objectif de la Communauté à atteindre « au cours d'une période expirant le 31 décembre 1992 ».

7. – Ces indications ne dissipent pour autant pas toutes les incertitudes. On se demandera par exemple quel lien unit la notion de marché intérieur à celle, datant du traité de Rome, de « marché commun ». On pourrait certes penser que des raisons de rhétorique politique ont simplement poussé les acteurs de l'ordre juridique européen à abandonner la seconde au profit de la première. Ou que la notion de « marché intérieur » – ou « marché unique »⁶ – s'est imposée parce qu'elle exprimait l'idée d'une intégration plus poussée que celle de « marché commun »⁷. Cette explication semble toutefois démentie par l'article 2 du traité CE, qui continue à faire de l'établissement du marché *commun* l'un des instruments nécessaires à l'accomplissement des missions de la Communauté européenne.

8. – Indéniablement, ces deux expressions participent d'une même idéologie intégrationniste. Visant au décloisonnement des économies nationales et à la création d'un « grand marché » à l'échelle communautaire, elles renferment les mêmes aspirations. Nul n'ignore cependant que la réalisation de ces objectifs communs a exigé la mise en place d'outils juridiques très divers. Les libertés de circulation, les compétences communautaires dans les domaines de l'agriculture et des transports, les principes du droit de la concurrence, les dispositions relatives aux entraves fiscales, les pouvoirs de la

⁴ Commission des Communautés européennes, *L'achèvement du marché intérieur*, Livre blanc de la Commission à l'intention du Conseil européen, Bruxelles, 14 juin 1985, COM(85)310.

⁵ Cf. les articles 13 à 20 de l'Acte unique, ajoutant, complétant ou modifiant les articles 8A, 8B, 8C, 28, 99, 100A et 100B dans le traité CEE.

⁶ Si elle n'apparaît pas dans les traités, la notion de marché *unique* est désormais d'usage courant dans le langage politique et juridique relatif à l'intégration européenne. La doctrine considère généralement cette expression comme synonyme de « marché intérieur ». En ce sens, cf.e.a. C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, 2004, p.26 ; K. MORTELMANS, « The Common Market, the Internal Market and the Single Market, What's in a Market ? », *C.M.L.R.*, 1998, vol.35, p.101-136, spéc. p.107. Il en va de même de la Cour de justice : cf. e.a. C-167/04 P *JCB Service c. Commission*, 21 septembre 2006, *Rec.*, 2006, p.I-8935.

⁷ En ce sens, cf. D. CHALMERS, C. HADJIEMMANUIL, G. MONTI, A. TOMKINS, *European Union Law*, 2006, p.466.

Communauté en matière de rapprochement des législations nationales sont autant d'instruments au service de l'intégration économique européenne.

9. – La coexistence de cette unicité de but et de cette diversité de moyens explique sans doute les divergences doctrinales relatives à la portée exacte des marchés « intérieur » et « commun ». Certains auteurs, tels que K. Lenaerts et P. Van Nuffel, privilégient une conception stricte du marché intérieur. S'appuyant sur le livre blanc de la Commission et sur les articles 3 et 14 du traité CE, ils considèrent que le marché intérieur constitue le « cœur » du marché commun : « the 'internal market' concentrates on abolishing, as between Member States, obstacles to the free movement of goods, persons, services and capital (...) and thus has a more limited scope than the common market »⁸. Selon les partisans de cette interprétation restrictive, les instruments du marché intérieur se limitent donc aux quatre libertés de circulation – favorisant l'intégration économique négative – et à la compétence communautaire en matière de rapprochement des législations nationales – rendant possible un processus d'intégration économique positive.

10. – D'autres commentateurs en revanche, parmi lesquels M. Fallon, estiment que les différents instruments nécessaires à l'intégration économique communautaire forment un ensemble à la fois complet et cohérent. Dès lors, « cette double caractéristique (...) suppose que l'on inclue parmi les dispositions organiques du marché intérieur, d'autres concepts que ceux énoncés à l'article 14 CE, à savoir les règles de concurrence, les dispositions relatives aux entraves fiscales ainsi que les dispositions concernant l'agriculture et le transport »⁹. Cette acception large du marché intérieur – qui semble coïncider avec celle du marché commun – avait été partiellement entérinée par les rédacteurs du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe. Ceux-ci avaient en effet inséré les règles de concurrence et les dispositions fiscales au sein du chapitre consacré au marché intérieur. Quant au traité modificatif de Lisbonne¹⁰, qui devrait succéder à la défunte Constitution, il procède au remplacement systématique de la notion de « marché commun » par celle de « marché intérieur »¹¹. Les juridictions communautaires, pour leur part, se réfèrent indifféremment au marché commun, au marché intérieur et au marché unique¹².

11. – Le langage est affaire de conventions. En dépit des controverses brièvement présentées ci-dessus, nous avons décidé de prendre l'expression « marché intérieur » dans son acception la plus stricte. Nous n'aborderons donc pas – ou de manière tout à fait incidente – le droit de la concurrence, les politiques communautaires en matière d'agriculture et de transport, et les dispositions relatives aux entraves fiscales. Notre champ d'investigation de la jurisprudence communautaire se limitera ainsi au domaine des *libertés de circulation* – libre circulation des marchandises, des services, des personnes et des capitaux – et aux *mesures de rapprochement des législations nationales* destinées à favoriser l'exercice de ces libertés. C'est cette double dynamique d'intégration économique *négative* et *positive* dans le cadre de l'établissement du marché *intérieur* que vise le terme générique de « libre circulation » dans l'intitulé de cette étude.

⁸ K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *Constitutional Law of the European Union*, 2^{ème} éd., 2005, p.143, n°5-079 ; S. WEATHERILL semble partager cette opinion (*Cases and Materials on EU Law*, 7^{ème} éd., 2006, p.288-298), de même que R. GOSALBO BONO (« L'arrêt « Tabac » ou l'apport de la Cour de justice au débat sur la délimitation des compétences », *R.T.D.E.*, 2001, p.790-808, spéc. p.797) et M. KUMM, « Constitutionalising Subsidiarity in Integrated Markets : The Case of Tobacco Regulation in the European Union », *E.L.J.*, 2006, vol.12, n°4, p.503-533, spéc. p.509.

⁹ M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, 2^{ème} éd., 2002, p.36. Dans le même sens, cf. C. BARNARD, *op.cit.*, p.13, et références y citées. *Adde, mutatis mutandis* : A. DASHWOOD, « The Limits of European Community Powers », *E.L.R.*, 2006, p.113-128.

¹⁰ *J.O.*, 17 décembre 2007, C 306/01.

¹¹ Article 2, 2), g), du traité modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, *J.O.*, 17 décembre 2007, C306/42. A titre d'illustration, cf. e.a. le futur article 3, §3, UE et l'article 26 du futur traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Ce changement de terminologie s'explique sans doute par le fait que la notion de « marché intérieur » exprime l'idée d'une intégration plus poussée que celle de « marché commun » (en ce sens, cf. J. BROECKMAN, *A Philosophy of European Union Law*, 1999, p.343-388, spéc. p.363-368).

¹² Cf.e.a. C-167/04 *P JCB Service c. Commission*, 21 septembre 2006, précité ; T-368/00 *General Motors Nederland c. Commission*, 21 octobre 2003, *Rec.*, 2003, p.II-4491.

12. – Deux tempéraments s’imposent cependant. D’une part, on notera que dans la mesure où elle brosse le *contexte* de notre objet d’étude, la première partie de cette recherche s’aventure au-delà du seul cadre du marché intérieur. Le premier chapitre se penche ainsi sur l’intégration des droits fondamentaux au sommet de l’ordre juridique communautaire en général, et non seulement sur la réception des droits de l’homme dans la jurisprudence de la Cour relative à la libre circulation. Quant au second chapitre, il est consacré à une analyse comparative des interactions entre droits fondamentaux et libre circulation devant les juridictions suprêmes de divers ordres juridiques. Le lecteur concédera sans peine qu’il aurait été difficile d’appliquer la conception « communautaire » du marché intérieur à l’analyse de systèmes institutionnels qui se sont développés dans des contextes radicalement différents. Il nous pardonnera dès lors d’avoir couplé cette prise de distance « géographique » à un élargissement « épistémologique » en substituant la notion – plus vague mais aussi plus flexible – d’intégration économique à celle – plus précise mais aussi plus « locale » – de « marché intérieur ». La seule manière de comparer des pommes et des poires, c’est sans doute de les considérer comme des fruits...

13. – D’autre part – deuxième tempérament –, notre analyse couvre la jurisprudence relative à la citoyenneté européenne et à la libre circulation des ressortissants européens « économiquement non actifs ». S’il est vrai qu’en toute rigueur, cette évolution sort du cadre strict du marché intérieur, force est de reconnaître qu’elle y plonge largement ses racines. Elle en constitue en quelque sorte le prolongement, et se situe à l’intersection des logiques de l’intégration économique et des droits de l’homme. S’agissant d’une étude consacrée à l’analyse de ces points de contacts, il eût été franchement incongru de faire l’impasse sur cette évolution jurisprudentielle.

B. Sur la notion de droit fondamental

14. – L’influence des droits fondamentaux dans le discours juridique contemporain n’a d’égal que le flou conceptuel qui les enveloppe. Derrière les accents grandiloquents et le lyrisme des droits de l’homme se cache une indétermination sémantique qui devrait faire frémir le juriste positiviste. Répartis en trois, voire quatre « générations »¹³, les droits de l’homme échappent aux catégories classiques de la science du droit. Il semble impossible de s’accorder sur leur nombre, et moins encore sur leur origine ou sur leur normativité. Les signifiants « droits de l’homme » et « droits fondamentaux » paraissent compter autant de « signifiés » que de personnes qui y ont recours. Si ces incertitudes sont bien connues, elle n’en constituent pas moins un obstacle de taille pour quiconque tente de développer un discours scientifique et critique sur les « droits fondamentaux » et sur leur place dans un ordre juridique déterminé.

15. – Une fois encore, il faut donc lever les ambiguïtés en posant certains choix. Parmi ceux-ci, certains sont arbitraires. Ainsi en est-il de la décision de considérer les termes « droits de l’homme » et « droits fondamentaux » comme synonymes, qui n’obéit qu’au seul souci d’éviter au lecteur la pénible répétition d’une même expression plus de dix fois par page.

16. – D’autres décisions sont plus réfléchies. Ainsi en est-il du choix d’adopter une approche « nominaliste élargie » comme point de départ de notre réflexion. En ce sens, nous considérerons comme « droit de l’homme » ou « droit fondamental » toute valeur ou principe *dénommé comme tel* par les acteurs du système juridique analysé¹⁴. Une telle décision paraît justifiée dès lors qu’un des enjeux de cette étude consiste précisément à cerner *l’usage* de la notion de « droit fondamental » – ou

¹³ S. MARCUS HELMONS, « La quatrième génération des droits de l’Homme », in *Les droits de l’Homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, 2000, p.549-559.

¹⁴ Sur l’approche nominaliste appliquée à une étude de jurisprudence, cf. O. CORTEN, *L’utilisation du « raisonnable » par le juge international*, 1997, spéc. p.8 ; E. BRIBOSIA, *La protection des droits fondamentaux dans l’ordre juridique communautaire. Le poids respectif des logiques fonctionnelle et autonome dans le cadre normatif et jurisprudentiel* (inédit), 2000, p.11. Le qualificatif « élargie » vise la diversité des sources auxquelles s’abreuve notre approche nominaliste : non seulement le discours des juridictions communautaires, des avocats généraux et des parties aux litiges, mais aussi la Charte des droits fondamentaux et la jurisprudence de la CEDH.

de « droit de l'homme » – *par et devant* les juridictions communautaires. Du reste, il eût été difficile de procéder autrement. Comment en effet donner une définition *a priori* de ce qui constitue un droit de l'homme sans verser dans d'insolubles controverses éthiques ? On sait les soupçons qu'attirerait une telle approche purement « essentialiste » ou « conceptuelle »¹⁵ des droits de l'homme, réputée relever davantage de l'acte de foi que de la démarche scientifique.

17. – Dans un souci de rigueur, nous appuierons donc nos réflexions sur une étude du *discours* juridique et non sur l'analyse des valeurs ou « essences » qui y transparaissent. Ce point de départ méthodologique engagera notre recherche dans le sillage de la dogmatique juridique et de la théorie générale du droit davantage que dans celui de la philosophie du droit.

18. – Ces affirmations appellent immédiatement deux observations. La première a trait à notre chapitre consacré au droit comparé. Sans revenir sur ce qui a été expliqué plus haut, une approche purement nominaliste ne permet pas de mettre en parallèle les relations entre droits fondamentaux et marché intérieur dans divers ordres juridiques. En effet, pas plus qu'elles ne connaissent le concept d'« *internal market* », les constitutions américaine et canadienne ne consacrent les notions de « *fundamental* » ou « *human rights* ». Elles ménagent en revanche une place de choix aux « *commerce clauses* », ainsi qu'aux « *civil* » et « *constitutional rights* ». Cette opération de « traduction » de notre problématique emporte une concession inévitable à l'approche essentialiste. Elle implique une préconception des termes « droit de l'homme » et « droit fondamental » qui permette, par-delà les translittérations aveugles, de trouver des concepts équivalents dans les ordres juridiques étrangers.

19. – Notre seconde observation tend à désamorcer d'entrée de jeu une objection qui pourrait être soulevée contre l'approche nominaliste. On affirmera sans doute que si une approche essentialiste mène inévitablement aux sentiers glissants de la philosophie morale et politique, une conception purement nominaliste des droits de l'homme ne permet pas de dépasser le registre du descriptif : elle invite à rendre compte, sans prise de distance, de l'utilisation d'un signifiant par une institution déterminée¹⁶.

20. – Pour pertinente qu'elle soit, cette remarque part cependant du présupposé que le discours duquel se nourrit une approche nominaliste est à la fois uniforme et cohérent. Il n'en va pourtant pas nécessairement ainsi. D'une part, il s'en faut de beaucoup que le « discours des droits de l'homme » tenu devant et par les juridictions communautaires reflète un parfait consensus parmi les membres de la communauté juridique européenne. La Convention européenne des droits de l'homme, la Charte des droits fondamentaux, les constitutions des Etats membres, les jurisprudences des cours de Strasbourg, de Luxembourg et des juridictions constitutionnelles témoignent de l'extraordinaire diversité qu'abrite l'usage des termes « droits fondamentaux » et « droits de l'homme » sur la scène juridique européenne. Que le nominalisme s'abreuve à l'une ou l'autre de ces sources, l'importance de son objet d'étude variera d'autant. Qu'il les embrasse toutes en même temps, surgit alors cette disharmonie qui fait horreur au droit. Ce « désordre sémantique » au sein d'une même communauté juridique offre à la critique – interne à la science du droit – un premier point d'accroche. Que tel droit qualifié de « fondamental » par les uns ne soit pas reconnu comme tel par les autres, voilà qui heurte les fondements mêmes du positivisme juridique.

21. – D'autre part, quand bien même déciderait-on de concentrer son regard sur le discours d'un seul acteur juridique – en l'occurrence, les juridictions communautaires –, on relèverait encore certaines incohérences ; négligé hier, tel intérêt est aujourd'hui élevé au rang de droit de l'homme. Auparavant conçue comme l'expression d'un simple choix politique, telle législation apparaît désormais comme l'instrument indispensable à la protection d'un droit fondamental. Ce manque de cohérence éveille immanquablement certains soupçons. Sous l'unité du discours affleurent des incertitudes et des paradoxes qui mettent en péril la sécurité juridique.

¹⁵ Sur les apories auxquelles est susceptible de mener semblable approche, cf. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, 2001, p.29-30, pt.23.

¹⁶ Pour une critique de l'approche nominaliste, cf. *ibidem*, p.28-29, pt.22.

22. – Cette double critique – discordances et incohérence – démontre bien qu’une approche nominaliste peut fonder une analyse qui ne soit pas seulement descriptive. On peut même aller plus loin : seule la « rigidité »¹⁷ d’une telle approche permet de prendre toute la mesure des variations auxquelles se prête le « discours des droits ». Ces critiques demeurent cependant largement « internes » à la science du droit. Elles se limitent, de l’intérieur du système juridique, à en prôner la cohérence et l’unité.

23. – Détaché de la dogmatique juridique, le nominalisme nous permettra toutefois de prolonger l’analyse sur le terrain de la théorie générale du droit. Après avoir identifié les limites « internes » du discours des droits, il s’agira cette fois de s’interroger sur les causes et sur les conséquences de sa montée en puissance. Ce n’est qu’au bénéfice de cette prise de distance qu’il sera alors possible, dans une perspective radicalement normative, de proposer une définition *essentialiste* et gradualiste – arbitraire peut-être, personnelle en tout cas – de la notion de « droit de l’homme » et/ou de « droit fondamental ». Ce « saut méthodologique » sera opéré dans la troisième partie de cette étude.

24. – C’est donc un raisonnement évolutif et linéaire qu’est invité à suivre le lecteur. L’approche nominaliste constituera le point de départ – stable, « objectif » – de nos réflexions ; le « discours des droits » par et devant les juridictions communautaires constituera notre matière première. Sa cohérence interne sera évaluée, de même que sa concordance avec les instruments européens de protection des droits de l’homme – principalement la Convention européenne des droits de l’homme et la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne. Parallèlement, on procédera à une analyse « méta » de ce discours, à partir du contexte dans lequel il s’inscrit et des phénomènes qu’il induit. Cette distanciation nous permettra ensuite de développer une approche « essentialiste » ou « conceptuelle » des droits de l’homme tels qu’ils apparaissent dans la jurisprudence communautaire relative au marché intérieur. Nous esquisserons des pistes alternatives aux développements jurisprudentiels actuels, dans l’espoir de restaurer une certaine forme de sécurité juridique tout en rendant justice à la diversité des « signifiés » dont témoigne la survalorisation des expressions « droits de l’homme » et « droits fondamentaux ».

C. Sur la notion de jurisprudence communautaire

25. – L’on entend par « jurisprudence communautaire » l’ensemble des décisions rendues par les juridictions de l’Union européenne – Cour de justice, Tribunal de première instance, Tribunal de la fonction publique. Notons d’emblée qu’au regard de cette définition de bon sens, le titre de cette étude est quelque peu trompeur. D’une part, notre champ d’investigation est plus étroit que ne le laisse présager l’intitulé. En raison de son objet même, notre analyse porte en réalité quasi exclusivement sur la jurisprudence de la Cour de justice. C’est que les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux surgissent à l’occasion d’affaires – questions préjudicielles, recours en annulation de réglementations à portée générale, etc. – qui ont longtemps été – et sont encore pour partie – réservées à la compétence de la Cour. C’est donc par « accident » et non par intention délibérée que cette étude se concentrera très largement sur les décisions de la seule Cour de justice.

26. – Par d’autres côtés cependant, notre domaine d’investigation dépasse le cercle de la jurisprudence communautaire. Ainsi ferons-nous copieusement référence aux conclusions des avocats généraux, qui expriment souvent avec moins de contraintes les tendances lourdes que dessinent les arrêts, et qui ouvrent des voies nouvelles qu’emprunteront demain peut-être les juges du Kirchberg. Notre analyse emmènera également le lecteur sur le terrain du droit comparé. Des interactions entre libre circulation et droits fondamentaux seront ainsi observées et analysées dans les jurisprudences des cours et tribunaux des Etats membres et dans les décisions de juridictions extra-européennes.

¹⁷ *Ibidem*, p.28-29, pt.22.

II. La thèse – trois idées-forces

27. – Si notre *objet* d'étude est à présent peu ou prou circonscrit, il reste encore à expliquer la *perspective* depuis laquelle on le contempera et les *thèses* que l'on entend soutenir à son égard.

28. – Quant à la *perspective*, l'on sera fort bref. En deux mots, l'on pourrait dire que cette recherche pose sur son objet un regard à la fois *interne* et *externe*. Interne, dans la mesure où elle s'ancre dans le terrain bien concret du droit communautaire et du droit des droits de l'homme. Elle prend au sérieux le discours juridique et ses prétentions à la rigueur, à la cohérence et à la rationalité. De l'intérieur, elle offre une analyse critique et approfondie de la jurisprudence de la Cour. L'acuité de ce regard a cependant ses limites. Ce point de vue demande à être prolongé par une perspective *externe*, qui s'alimente à la théorie générale du droit et – dans une moindre mesure – au droit comparé et à l'histoire du droit. Il s'agit ici de prendre distance par rapport à l'objet d'étude, d'en comprendre la genèse et les ressorts à la faveur d'un éclairage extérieur qui viendra, par suite, enrichir l'analyse interne¹⁸.

29. – S'il peut s'avérer particulièrement fécond, cet enchevêtrement des perspectives est toutefois susceptible de semer la confusion dans l'esprit du lecteur. Il est facile de perdre le fil qui unit les différents chapitres et parties de cette étude. C'est pourquoi il importe, dès à présent, de présenter les *trois thèses*, les trois fils rouges qui parcourent et structurent l'ensemble de cette recherche (A-C).

A. Alliances et conflits

30. – Notre analyse de droit positif est tout entière structurée par un premier fil rouge. On cherche à y démontrer la complexité des interactions entre libre circulation et droits fondamentaux. A rebours de nombreux clichés, on soutient l'idée selon laquelle ces interactions prennent tantôt la forme de *conflits*, tantôt la forme d'*alliances* entre les droits de l'homme et la libre circulation. Si la protection des premiers s'oppose souvent aux exigences de la seconde – conflits –, il n'est pas moins fréquent d'observer des coalitions entre ces deux dynamiques – alliances.

31. – Cette idée n'est pas réellement neuve. Ainsi E. Bribosia consacre-t-elle sa thèse de doctorat à la défense d'une position très proche :

« [I]l n'y a pas forcément d'opposition binaire entre, d'une part, l'utilisation des droits fondamentaux au service d'objectifs d'intégration économique et, d'autre part, leur protection autonome en tant que droit des individus. La logique fonctionnelle, présentant la protection des droits de l'homme comme un outil au service de la réalisation d'un espace économique intégré, et la logique autonome, supposant une protection de ces droits, indépendante des objectifs ou priorités économiques, ne sont, en effet, pas forcément antithétiques. Plutôt que d'être en concurrence l'une avec l'autre, elles peuvent, au contraire, dans certains cas, se révéler complémentaires »¹⁹.

32. – Dans une perspective très semblable, O. De Schutter souligne les relations « amour-haine » qui unissent les droits de l'homme et l'intégration européenne :

« La garantie [des] droits fondamentaux par l'Union peut contribuer, par elle-même, à l'émergence de cet espace [de liberté, de sécurité et de justice] : c'est le cas non seulement des

¹⁸ L'on cherche ainsi à mettre en œuvre – dans des proportions très modestes – « (...) une conception interdisciplinaire de la science du droit, faisant de celle-ci une instance de médiation où se « nouent » des liens (...) entre la dogmatique juridique, d'une part, et les différentes sciences humaines, d'autre part, dont les différentes disciplines sont susceptibles d'être mobilisées selon la dimension (...) sous laquelle le phénomène juridique se trouve tour à tour étudié » (F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, 2002, p.472).

¹⁹ E. BRIBOSIA, *La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire...*, *op. cit.*, p.4-5.

libertés dites fondamentales de circulation, mais également des droits fondamentaux dont l'harmonisation à l'échelle de l'ensemble de l'Union encourage la mobilité, c'est-à-dire l'exercice effectif des libertés de circulation (...). En revanche, les droits fondamentaux peuvent apparaître comme des obstacles à la mobilité au sein de l'espace unique, tant qu'ils sont confiés à la protection des Etats membres et que ceux-ci peuvent dès lors vouloir tirer argument de la nécessité de les sauvegarder pour restreindre l'étendue de la libre circulation »²⁰.

33. – Enfin, G. De Burca met en évidence la force tout à la fois centripète et centrifuge du « langage des droits ».

« It is evident (...) that the language of rights has both integrating and divisive potential. The appeal to common constitutional traditions and the appeal to individuals and international groups express a unifying ideal. The promotion of single market freedoms as fundamental rights also pushes in the direction of market integration. However, these tendencies are in tension with the divisive effect of the appeal to rights, especially when member state policies which express very different values are undermined, or when the articulation and creation of Community rights are seen to impinge on what is considered to be primarily of state competence »²¹.

34. – Les réflexions de ces éminents juristes – auxquelles il faudrait en ajouter bien d'autres²² – renforcent plus qu'elles ne diminuent l'intérêt de notre premier fil rouge. Elles confirment l'ambiguïté des interactions entre libre circulation et droits fondamentaux, mais ne s'attachent pas – comme tel – à en brosser un panorama complet. Voici précisément le premier but de cette étude : dresser un tableau des différents types de relations qui unissent la libre circulation et les droits fondamentaux. Dans une perspective analytique, l'on s'attachera à classer les multiples scénarios de conflits et d'alliances entre ces principes fondateurs de l'ordre juridique européen.

35. – On distinguera ainsi deux types de conflits entre libre circulation et droits fondamentaux, selon que ces derniers s'opposent à l'intégration économique *négative* incarnée par les « quatre libertés » ou qu'ils fassent obstacle à l'intégration économique *positive* mise en œuvre par les mesures communautaires de rapprochement des législations nationales. Au sein même de ces catégories de conflits, l'on tentera d'opérer de nouvelles distinctions fondées sur le caractère plus ou moins explicite des oppositions observées et sur le type de contentieux dans le cadre duquel surgissent celles-ci. On se penchera ensuite sur les méthodes de résolution appliquées par la Cour à chacun de ces scénarios.

36. – Les « alliances » feront l'objet d'une même entreprise de dissection. Dans cette perspective, l'on distinguera les alliances *économiques*, *citoyennes*, et *institutionnelles*, selon le but poursuivi par la

²⁰ O. DE SCHUTTER, « Les droits fondamentaux dans le projet européen », in O. DE SCHUTTER, P. NIHOUL (dir.), *Une Constitution pour l'Europe*, 2004, p.92.

²¹ G. DE BURCA, « The Language of Rights and European Integration », in G. MORE, J. SHAW (eds.), *New Legal Dynamics of the European Union*, 1996, p.48.

²² Cf. notamment A. CLAPHAM, *Human Rights and the European Community : A Critical Overview*, vol.1, 1991, p.10 : « The context of the internal market offers rights a dual role : first, they may play a part as *useful tools for integration*. Rights such as the right to move freely from country to country, or to be protected from discrimination, or to broadcast across frontiers obviously play a crucial role in the integration process (...). However rights can also be *weapons in the hands of Community citizens* resisting the indignities that might accompany the unbridled forces of an enlarged free market » (souligné dans le texte). Adde : J. HELISKOSKI, « Fundamental Rights versus Economic Freedoms in the European Union : Which Paradigm ? », in J. PETMAN, J. KLABBERS (eds.), *Nordic Cosmopolitanism. Essays in International Law for Martti Koskenniemi*, 2003, p.417-443, qui distingue deux scénarios : « Civil and political rights buttressing economic freedoms » (p.422) et « Civil and political rights versus economic freedoms » (p.430). Cf. encore, de manière plus générale, sur les rapports paradoxaux entre droits de l'homme et marché, J.-B. RACINE, « L'ordre concurrentiel et les droits de l'homme », in *L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, 2003, p.419-449 : « Au nom de la connivence entre droits de l'homme et économie de marché, on peut dire que les droits de l'homme forment l'assise de l'ordre concurrentiel (I). Au nom de l'opposition entre droits de l'homme et économie de marché, on peut dire, au contraire, que les droits de l'homme sont une limite à l'ordre concurrentiel (II) » (p.422-423).

partie qui les invoque. On s'attachera encore à sérier les effets qui se dégagent de ces partenariats, s'interrogeant notamment sur leur éventuelle « plus-value » normative.

B. Le flou du droit

37. – Cette recherche ne se cantonne toutefois pas au seul domaine de la dogmatique juridique. De l'observation du droit positif, elle prétend également tirer des enseignements sur le plan de la théorie du droit. C'est cette ambition « spéculative » que sert notre deuxième fil rouge. On prend ici comme repoussoir le modèle dominant de représentation du droit, qui nous offre de concevoir celui-ci en termes d'autonomie et de frontières. L'ordre juridique y apparaît comme un système clos et indépendant organisé selon un principe hiérarchique, tout entier structuré par des parois étanches. Celles-ci donnent ses formes au droit et en rendent possible une description « pure »²³.

38. – Nul ne l'ignore, cette représentation du droit, largement tributaire de la pensée positiviste, fait aujourd'hui l'objet d'une profonde remise en cause. De nombreux observateurs soulignent l'apparition récente de phénomènes qui troublent les lignes pures de la pyramide des normes et mettent à mal l'étanchéité de ses parois. Derrière l'émergence de hiérarchies enchevêtrées, de logiques floues et de boucles étranges que traduisent les expressions de « droit en réseau »²⁴ ou de « droit en douceur »²⁵, c'est en réalité l'appréhension du droit sur un mode binaire, caractérisé par des rapports d'inclusion et d'exclusion, qui se trouve décrédibilisée. Les frontières qui structuraient nos ordres juridiques semblent s'effacer progressivement au profit d'un droit flou, à la juridicité diffuse et graduelle, marqué par une règle générale de relativité.

39. – Pas plus que les ordres juridiques nationaux, le droit communautaire n'échappe à ces bouleversements. Le « flou du droit » s'invite jusque dans les rapports entre les principes qui forment la matrice même de la construction européenne. Tout au long de notre étude, l'on s'efforcera ainsi de montrer que l'analyse des interactions entre les droits fondamentaux et la libre circulation dans la jurisprudence communautaire fournit une illustration éclatante de ce phénomène d'effacement des frontières²⁶.

40. – C'est d'abord la *summa divisio* de la pensée positiviste, opposant le législateur souverain au juge serviteur, qui vole en éclats au contact de l'histoire de la réception des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire. Des querelles avec les cours constitutionnelles nationales à la perspective de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, nul ne contestera le rôle prépondérant joué par les juges dans la consécration des droits de l'homme au sommet de l'ordre juridique européen. Mieux encore, nous verrons que c'est la dilution du « pouvoir constituant » lui-même qui apparaît derrière cette conquête progressive du droit communautaire par les droits fondamentaux.

41. – Les frontières qui séparent les ordres juridiques nationaux ne résistent pas davantage à l'étude de la jurisprudence de la Cour. On évoquera bien entendu d'abord le rôle important du droit comparé dans la détermination du contenu et de l'étendue des droits fondamentaux dans l'ordre communautaire. Les « traditions constitutionnelles communes » des Etats-membres permettent à la Cour, par le biais des principes généraux du droit communautaire, de forger un *ius commune* des droits de l'homme. Mais le flou s'introduit aussi de manière moins directe dans les ordres juridiques. Un rapide tour d'horizon nous apprend qu'au sein d'autres entités « multi-niveaux » telles que la Belgique, les Etats-

²³ Pour l'incarnation la plus illustre – mais nettement moins caricaturale qu'on aime à le croire – de cette représentation de l'ordre juridique, cf. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., trad. Ch. Eisenmann, 1999 ; Id., *Théorie générale des normes*, trad. O. Beaud et F. Malkani, 1997.

²⁴ F. Ost, M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit..

²⁵ G. Zagrebelsky, *Le droit en douceur*, trad. M. Leroy, 2000.

²⁶ Cf. déjà, à ce sujet, les pénétrantes réflexions de M. Delmas-Marty à propos des « « droits fondamentaux » comme flou du droit communautaire » (*Le flou du droit*, 1986, p.324-330) et des mutations du droit qui se laissent apercevoir dans les rapports entre « marché commun et droits de l'homme » (*Pour un droit commun*, 1994, p.229-253).

Unis, le Canada ou l'Organisation mondiale du commerce, la question de l'articulation entre droits fondamentaux et libre circulation se pose à peu près dans les mêmes termes. Comme si, le « commerce des juges »²⁷ aidant, le droit traversait désormais les frontières, sous la forme de maximes et de principes désincarnés et volatils.

42. – Les frontières qui bornent traditionnellement le rôle et la place des droits fondamentaux semblent elles aussi s'effriter au contact de la réalité. Loin d'apparaître systématiquement comme des boucliers destinés à protéger l'individu contre la logique destructrice du marché ou contre la tyrannie de la majorité et de l'intérêt général, les droits de l'homme se prêtent à la défense des intérêts les plus divers. Et s'ils continuent de garantir la liberté et l'autonomie individuelle, ils apparaissent désormais aussi porteurs de valeurs concurrentes telles que la responsabilité ou la solidarité, légitimant ainsi la réalisation de politiques publiques et la dérogation aux lois du marché. Invoqués à toutes les fins – même les plus rhétoriques –, en nombre croissant au fil des « générations », les droits fondamentaux importent le flou au cœur même de l'Etat de droit et troublent les distinctions classiques opposant intérêt particulier et général, valeurs marchandes et non-marchandes, sphère du juste et domaine du bien.

43. – A ce flou conceptuel – qui nimbe également la notion de libre circulation, l'autre terme de notre « équation » – s'ajoute encore un flou normatif. C'est que ni les libertés de circulation, ni les droits fondamentaux ne s'apparentent à des règles commandant un respect absolu. L'étendue de leur champ d'application et l'imprécision de leurs contours les rapprochent davantage de principes en attente d'optimisation, qui demandent à être conciliés et ajustés au regard des intérêts concurrents. Arbitrées par le principe de proportionnalité, les interactions entre libre circulation et droits de l'homme dévoilent une normativité graduelle et mouvante. Que naisse un conflit, et il appartient au juge de départager, dans un exercice de pondération toujours délicat, les prétentions divergentes de ces principes de même rang. Une alliance se forme-t-elle, l'on s'interroge alors sur la « plus-value normative » qui en résulte pour le plaideur assez chanceux d'être pourvu de ce double atout. Ce flou normatif est encore plus patent lorsque l'on s'avise des errements de la Cour à l'endroit des catégories juridiques, et en particulier du « discours des droits ». Tantôt soucieuse de « prendre le droit au sérieux », elle accorde un statut particulier aux revendications fondées sur la protection des droits de l'homme. Tantôt au contraire, cherchant à déjouer une utilisation rhétorique de ceux-ci, elle passe outre le « voile juridique » et se saisit directement des intérêts « réels » qu'il recouvre.

44. – Enfin, l'analyse des interactions entre droits fondamentaux et libre circulation nous conduira à déceler le flou au cœur même de l'édifice européen. Nous verrons ainsi que derrière ces interactions, c'est l'indétermination du projet communautaire qui transparaît. Jadis animé d'une dynamique centripète à toute épreuve, il se construit désormais sur l'autonomie des Etats et ne cesse d'osciller entre l'unité et la diversité. Autrefois promoteur incontestable du libre-échange, il se voit aujourd'hui chargé de missions inédites, l'enjoignant de sauvegarder des valeurs non-marchandes menacées par la dérégulation des économies nationales. Les cas « difficiles » qui naissent des rapports entre libre circulation et droits fondamentaux ne sont jamais que la résultante directe – mieux, la traduction juridique – de ce flou qui obscurcit la direction et l'horizon du navire européen.

C. Une équation à retraduire

45. – Nos deux premiers « fils rouges » demeurent dans le registre de l'observation. Ils décrivent, analysent, parfois même critiquent, mais ne proposent guère de solution. Il n'en va pas de même du troisième qui, apparaissant principalement – mais pas exclusivement – dans la dernière partie de cette étude, s'engage très explicitement sur le terrain prescriptif. Prenant acte des enseignements « pratiques » et théoriques de notre analyse de droit positif, il consiste en un certain nombre de recommandations susceptibles d'améliorer la jurisprudence communautaire relative aux interactions

²⁷ Cette expression est empruntée à A. GARAPON, J. ALLARD, *Les juges dans la mondialisation*, 2005.

entre libre circulation et droits fondamentaux. Il peut être ramassé sous le « slogan » suivant : assumer et encadrer le flou en retraduisant notre équation de départ.

46. – Sibyllin au premier abord, ce mot d'ordre s'éclaire de lui-même si l'on analyse la fonction de juger à travers le prisme de la traduction. C'est qu'à l'instar du traducteur, le juge – et notamment le juge communautaire – est constamment appelé à bâtir des ponts entre des univers langagiers ou des « mondes vécus » différents. En procédant à la qualification juridique des faits de la cause, en dégagant une norme concrète de l'ensemble des règles, principes et valeurs propres à son ordre juridique, le juge opère des traductions : du fait au droit, du général au particulier.

47. – Pas plus qu'il n'est de correspondance toute faite entre les mots de langues différentes, il n'est de connexion « ontologique » entre les faits et les catégories juridiques ou entre les données d'un ordre juridique et la règle applicable au cas de l'espèce. Tout comme les traducteurs, les juges doivent s'atteler à la construction de comparables entre la « langue source » et la « langue cible ». Dans cet exercice risqué, ils jouissent d'une grande liberté. C'est en effet dans cet écart, dans cet espace entre la rive de départ et la berge d'arrivée que se laisse observer l'inexpugnable flou du droit et le pouvoir discrétionnaire du juge. Ainsi faut-il considérer que les notions de « liberté de circulation » et de « droits fondamentaux » n'ont pas de contenu prédéterminé, pas plus que leur agencement n'est dicté par une quelconque « nature des choses ». Ce flou, le juge doit l'assumer, de même que le traducteur assume la polysémie des mots qu'il traduit et de la distorsion du message qui résulte de sa traduction. Si une traduction n'est pas l'autre, c'est sans doute parce que chacune requiert de son auteur une véritable « archéologie linguistique » qui, au-delà des mots, cherche des points de connexion entre des univers linguistiques et des répertoires de pensée différents. Il n'en va pas différemment des décisions de justice. Le juge non plus ne saurait se laisser abuser par la chimère d'une traduction automatique ou littérale. Lui aussi est appelé à aller voir « derrière les mots du droit » pour s'enquérir des valeurs et des intérêts qu'ils charrient. Ce n'est qu'une fois accompli ce travail archéologique qu'il pourra espérer *retraduire*, reformuler l'équation qui se présente à lui et encadrer – sans prétendre l'évacuer – le flou du droit.

48. – Ces nouvelles constructions juridiques – qui assument pleinement leur nature « construite » ou « conventionnelle –, le juge ne peut cependant pas les créer de toutes pièces selon un plan dont il serait seul l'auteur. Dans cette entreprise d'encadrement du flou, il est soumis à certaines contraintes, qui sont autant de boussoles ou de balises susceptibles de l'orienter. Tout comme le traducteur, le juge est ainsi comptable d'un double devoir de fidélité qui guide son action. Envers la « langue source » d'une part – le texte à interpréter, les revendications des parties à décoder – ; envers la « langue cible » de l'autre – la communauté des lecteurs de la « traduction ». A cette double balise, l'on en ajoutera une troisième, issue de la dilution des frontières observée plus haut. Plus poreuses que jamais, les parois de son ordre juridique autorisent le juge à s'alimenter à des sources nouvelles telles que des déclarations politiques ou des décisions de juridictions étrangères.

49. – Formulées à un tel niveau d'abstraction et de généralité, ces consignes théoriques demeurent toutefois d'une utilité limitée. C'est pourquoi l'on n'hésitera pas en proposer une application pratique dans le dernier chapitre de cette étude. Cette mise en œuvre concrète sera condensée sous la forme de trois tableaux, supposés accroître la sécurité juridique et renforcer la « justesse » des décisions de la Cour de justice face aux interactions entre libre circulation et droits fondamentaux. On y suggère notamment un rétrécissement du champ d'application des libertés de circulation, une hiérarchisation des motifs de dérogation opposables à celles-ci, l'attribution mesurée d'un effet direct horizontal aux « quatre libertés », la prise au sérieux de certaines « alliances » entre droits fondamentaux et libertés de circulation, et un affinement du contrôle de proportionnalité. On s'efforce chaque fois de montrer en quoi ces innovations participent du mot d'ordre annoncé plus haut : assumer et encadrer le flou en retraduisant notre équation de départ.

III. Le plan – contexte, texte, hors-texte

50. – On clôturera cette introduction générale en esquissant rapidement la structure de la présente étude. Celle-ci est divisée en trois parties. La première brosse le *contexte* dans lequel s’inscrit notre problématique. Le premier chapitre nous invite à aborder celle-ci avec le recul de l’histoire. On y retrace le lent processus de consécration des droits fondamentaux au sommet de l’ordre juridique européen, identifiant trois canaux de « constitutionnalisation » des droits de l’homme. Le second chapitre opère quant à lui un « *zoom out* » de type « géographique ». Il offre une étude comparée des interactions entre libre circulation et droits fondamentaux telles qu’elles se manifestent dans la jurisprudence de cours et tribunaux de certains Etats-membres d’une part – comparaisons internes –, et devant les juridictions de certaines entités extra-européennes d’autre part – comparaisons externes.

51. – Cette première partie se noue principalement autour de nos deux premiers fils rouges. D’une part, elle jette un premier aperçu sur les interactions entre libre circulation et droits de l’homme, dévoilant d’entrée de jeu la complexité et l’ambiguïté de ces relations. D’autre part, elle atteste du phénomène de dilution des frontières entre les étages de la pyramide du droit (1^{er} chapitre) et entre les différents systèmes juridiques (2^{ème} chapitre). On notera cependant que déjà, ces deux chapitres posent les premiers jalons de notre fil rouge normatif. On y affirme ainsi qu’en faisant apparaître de nouveaux foyers de droit et, partant, de nouvelles balises, l’érosion des frontières qui structuraient nos ordres juridiques s’apparente davantage à une chance qu’à une malédiction pour le juge.

52. – La seconde partie se concentre sur le *texte* même des décisions de la Cour de justice. Elle est tout entière tournée vers l’analyse de la jurisprudence communautaire relative aux interactions entre libre circulation et droits fondamentaux. Les situations de *conflit* entre ceux-ci et celle-là sont étudiées dans le premier chapitre. Elles couvrent non seulement les cas dans lesquels un Etat invoque la protection d’un droit de l’homme pour déroger à une liberté de circulation ou à une mesure de rapprochement des législations nationales, mais s’étendent également aux griefs, fondés sur la violation d’un droit fondamental, dirigés contre des mesures communautaires oeuvrant à la construction du marché intérieur. Le second chapitre se penche quant à lui sur les *alliances* entre libre circulation et droits fondamentaux. Il opère des distinctions entre ces coalitions selon qu’elles servent le libre-échange et la dérégulation économique (alliances économiques), qu’elles favorisent la circulation des citoyens européens (alliances citoyennes) ou qu’elles permettent une extension des pouvoirs de la Communauté (alliances institutionnelles).

53. – Si elle consiste d’abord en une analyse de droit positif, cette deuxième partie ne rompt pas pour autant avec les enjeux théoriques de notre réflexion. A de nombreuses reprises, elle met en évidence le « flou du droit » qui se dégage des interactions entre libre circulation et droits de l’homme. Ainsi, par exemple, de ces conflits « manqués » et « potentiels » ou de ces alliances « implicites », qui se cachent dans le non-dit des arrêts, et qui poussent à s’interroger sur la malléabilité des concepts et sur la pertinence même des catégories juridiques. Ainsi encore de ces affaires où le raisonnement juridique paraît s’effacer au profit du jugement moral, et où la normativité elle-même se conjugue au pluriel.

54. – Enfin, la troisième partie de cette étude dévoile des prises de position normatives. Elle se situe ainsi *hors-texte*, dans le registre de l’optatif. Le premier chapitre se déploie dans le champ de la théorie de la fonction de juger. On y analyse la *iurisdictio* à travers le prisme de la traduction, et l’on fait de la notion de « traduction relevante » l’horizon régulateur de tout acte de jugement. Dans le même temps, l’on transpose ces enseignements théoriques à la scène juridictionnelle européenne, et l’on invite la Cour de justice à mettre en œuvre l’idéal de développement durable qui constitue le « droit-intégrité » de l’ordre juridique communautaire. Le second chapitre se charge de mettre en pratique ces directives théoriques. Il s’articule autour de trois tableaux qui ambitionnent de structurer le raisonnement de la Cour de justice dans tous les cas – ou au moins dans la plupart d’entre eux – où se croisent la libre circulation et les droits fondamentaux.

55. – C'est dans cette ultime partie que nos trois fils rouges se rejoignent définitivement. Sous l'horizon régulateur de la « traduction relevante », la complexité des interactions entre droits de l'homme et libre circulation et le « flou du droit » dont elle témoigne apparaissent comme un défi lancé à la raison juridique. Loin de constituer pour celle-ci un motif d'abdication, ces phénomènes demandent à être recolonisés par le droit. Le génie juridique – qui s'exprime d'abord par la bouche de son premier serviteur, le juge – consiste à assumer son incapacité à éradiquer l'ambiguïté et le flou sans pour autant renoncer à encadrer celui-ci et à combattre celle-là. C'est entre cette réalité et cette ambition que s'inscrit notre tentative, un peu folle sans doute, de dégager des voies susceptibles de guider cette recolonisation.

Partie I. Arrière-plan historique et géographique

Le flou dans le contexte

Introduction

56. – La première partie de cette étude brosse le contexte général de notre problématique. Au lieu d'attaquer de front la jurisprudence communautaire relative aux interactions entre libre circulation et droits fondamentaux, elle invite le lecteur à opérer un détour par les chemins de l'histoire du droit et du droit comparé. Cette prise de distance historique et « géographique » introduit en douceur à notre objet d'étude et pose les premiers jalons de notre grille d'analyse.

57. – Le premier chapitre entreprend de retracer l'histoire de la consécration des droits fondamentaux au sommet de l'ordre juridique européen. Après s'être penché sur la place accordée aux droits de l'homme dans les traités originaires, il analyse les trois dynamiques par lesquelles les droits fondamentaux se sont progressivement imposés au faîte du système juridique de l'Union européenne. En retraçant cette difficile ascension, ce chapitre jette un premier regard sur les relations ambiguës qu'ont de tout temps entretenues les impératifs du marché et des droits de l'homme au sein de la construction européenne.

58. – S'il fournit l'occasion d'une première prise de contact avec notre objet d'étude, ce survol historique constitue également le point de départ de notre cheminement sur le plan de la théorie du droit. L'analyse des différents « canaux de constitutionnalisation » des droits de l'homme au sein de l'ordre juridique européen nous conduira ainsi à mettre en évidence un processus d'écriture à plusieurs mains de la norme « constitutionnelle »²⁸. Nous verrons que loin d'être le monopole des « maîtres des traités » – les Etats –, la « Constitution » européenne apparaît comme une œuvre collective résultant de l'interaction d'une myriade d'acteurs juridiques. A rebours du modèle kelsénien qui figure l'ordre juridique sous la forme d'une pyramide aux échelons hiérarchiquement ordonnés et clairement séparés, l'histoire de la « constitutionnalisation » des droits de l'homme dans l'Union européenne témoigne d'un phénomène de dilution du « pouvoir constituant ». A sa lumière, les cloisons censées séparer les différents étages de la pyramide du droit perdent de leur netteté et semblent gagnées par le flou.

59. – Le deuxième chapitre de cette première partie porte quant à lui l'analyse sur le plan du droit comparé. Le survol de jurisprudences étrangères fait surgir d'étonnantes similitudes entre des ordres juridiques formellement indépendants des uns des autres. L'on s'apercevra ainsi que l'arbitrage des interactions entre la libre circulation et la protection des droits de l'homme n'est pas un souci propre à la Cour de justice de Luxembourg. De nombreuses juridictions de par le monde sont appelées à se pencher sur les relations d'« amour-haine » qui unissent la dynamique de l'intégration économique et les impératifs de respect des droits fondamentaux.

60. – Incontestablement, cette analyse comparative enrichira notre compréhension de l'« équation à deux inconnues » qui figure au cœur de notre recherche. Le détour – même cursif – par des ordres juridiques étrangers nous permettra tout à la fois de dégager des enseignements pertinents pour la Cour de justice et de saisir les particularités de la problématique telle qu'elle se pose dans la jurisprudence communautaire.

61. – En contrepoint de ces avancées sur le terrain du droit positif, des éléments de réflexion plus théoriques apparaîtront au bénéfice de notre examen de droit comparé. L'apparition de questions semblables, le développement de concepts similaires, et l'élaboration de solutions analogues dans des

²⁸ Sur l'application de la notion de « constitution » à l'ordre juridique européen, cf. *infra*, n°64. Les renvois infrapaginaux se réfèrent aux numéros des paragraphes – et aux notes de pas de page contenues dans ces paragraphes.

ordres juridiques formellement distincts les uns des autres conduira à s'interroger sur ce qu'il faut bien appeler la tendance à la « mondialisation du droit ». En prenant garde de ne pas céder aux raccourcis faciles et aux généralisations hâtives, l'on évoquera l'hypothèse d'une convergence – mesurée – des ordres juridiques et d'une dilution – relative – des frontières qui les sépare. Après ses échelons, ce sont ainsi les parois de la pyramide juridique qui apparaîtront gagnées par le « flou du droit ».

62. – Cette première partie ambitionne donc de servir de tremplin, tant « pratique » que « théorique », à l'analyse (Partie II) et à la critique (Partie III) de la jurisprudence communautaire. Reste à espérer que le lecteur y trouvera ce que son auteur a voulu y mettre.

Chapitre I. La dilution du « pouvoir constituant » – du marché aux droits fondamentaux dans la « Constitution » européenne

Introduction

63. – Ce premier chapitre constitue une double entrée en matière. Il a d'abord pour objet de planter le décor de cette étude en présentant à gros traits l'histoire de l'intégration des droits fondamentaux²⁹ dans la construction européenne. Il s'attache plus particulièrement à retracer les dynamiques qui ont favorisé la consécration des droits fondamentaux au sommet de l'ordre juridique communautaire. Cette première approche nous permettra de cerner les origines des interactions entre droits fondamentaux et libre circulation, et par là même d'éclairer la genèse de notre objet d'étude.

64. – Il convient de préciser d'entrée de jeu que ce survol historique se limitera à l'intégration des droits fondamentaux au sein de la « Constitution » européenne³⁰, c'est-à-dire au *sommet* de l'ordre juridique communautaire. Par conséquent, nous ne traiterons pas ici de l'importance croissante des droits de l'homme dans le droit dérivé ni de la question de l'*étendue* du contrôle opéré par la Cour de justice au regard de ceux-ci³¹. Nous n'aborderons pas davantage les questions liées au développement des droits fondamentaux dans des domaines étrangers au droit du marché intérieur, et en particulier dans les deuxième et troisième « piliers » (« Politique étrangère et de sécurité commune » et « Coopération policière et judiciaire en matière pénale ») de l'Union européenne. Enfin, nous

²⁹ Pour rappel, en dépit des controverses, nous utiliserons indifféremment les termes « droits fondamentaux » et « droits de l'homme » dans le cadre de cette étude.

³⁰ Nous considérerons que cette « Constitution » comprend le droit primaire et les principes généraux non écrits du droit communautaire. L'on connaît la réticence – assurément justifiée – de certains constitutionnalistes à l'idée d'assimiler les traités européens à une « constitution » au sens propre du terme. Ainsi H. Dumont affirme-t-il que « (...) la Constitution est la manifestation juridique par excellence d'un pouvoir souverain ; et seuls les Etats disposent en droit de la souveraineté, du moins au sens formel du terme » (H. DUMONT, « La question de l'Etat européen du point de vue d'un constitutionnaliste », *Droit et Société*, n°53, 2003, p.29-71, ici p.55). Associée au concept de souveraineté, force est de reconnaître que la notion de constitution peut difficilement s'appliquer à la construction européenne. Il n'est cependant pas sûr que cette définition soit la seule valide. Avec A. Auer (A. AUER, « *E pur si muove*. Le caractère constitutionnel de la Constitution pour l'Europe », *R.D.U.E.*, 2005, n°1, p.65-90), on peut ainsi considérer que l'Union européenne est dotée d'une Constitution, à la fois dans un sens *matériel* et *formel*. Matériel, dès lors qu'elle repose sur des règles cardinales et des principes fondamentaux qui en assurent l'existence. Formel, dès lors que les traités qui consacrent ces normes sont soumis à une procédure de révision particulière (cf. art.48 UE) et – subsidiairement – dès lors que le respect de ces normes est contrôlé par une juridiction indépendante. A l'objection selon laquelle la notion de « constitution » serait incompatible avec celle de « traité », A. Auer rétorque que « [d]u moment qu'un acte appelé « traité » définit une procédure spécifique pour sa propre révision, qui se distingue de toute autre procédure d'adoption de normes au sein de l'ordre juridique qu'il fonde, il remplit la condition clef qui le fait apparaître comme une constitution au sens formel » (p.82). Rappelant que « (...) la révision de certaines dispositions de la Constitution [canadienne] de 1982 exige le consentement de toutes les provinces », A. Auer ne voit pas d'objection à cette conclusion dans la règle d'unanimité présidant à la révision des traités européens : « [c]ela signifie simplement que cette constitution formelle se caractérise par une rigidité toute particulière. (...) Ce n'est certes pas parce qu'elles comportent certaines règles intangibles que les constitutions allemande, française et italienne, par exemple, ne sont plus des constitutions formelles » (p.84 ; dans le même sens sur l'absence d'incompatibilité entre une constitution et un traité, cf. J. VERHOEVEN, « A propos des compétences « constitutionnelles » de l'Union », *Droits*, 2007, n°45, p.89-108, spéc. p.89-90). On notera par ailleurs que la Cour elle-même a souligné à diverses reprises le caractère « constitutionnel » des traités européens : cf. e.a. aff. 294/83, *Les Verts c. Parlement*, 23 avril 1986, *Rec.*, 1986, p.1339 et s., spéc. §23, et Avis 1/91, 14 décembre 1991, *Rec.*, 1991, p.I-6079 et s., spéc. §21, où la Cour qualifie les traités de « charte constitutionnelle » de l'ordre juridique européen. Du reste, certains n'hésitent pas à soulever l'hypothèse de l'existence d'un « noyau dur » intangible au sein de cette « Constitution européenne » (cf. R. BIEBER, « Les limites matérielles et formelles à la révision des Traités établissant la Communauté européenne », *R.M.C.*, 1993, p.343-367). Pour faire bonne mesure cependant, on prendra soin de toujours encadrer de guillemets les notions de « Constitution » européenne et de « pouvoir constituant » européen. On notera enfin que les controverses qui entourent la nature « constitutionnelle » des traités européens n'ont guère d'incidence pour notre propos. L'on cherche en effet simplement à montrer que l'intégration des droits de l'homme au sommet de l'ordre juridique européen s'est déroulée largement dans le dos des gardiens attitrés de ce sommet – c'est-à-dire des Etats. Qu'on appelle ces derniers « pouvoir constituant », « parties constituantes » ou « maîtres des traités » ne change en définitive pas grand-chose à notre hypothèse d'une dilution des étages de la pyramide des normes.

³¹ Cette question, qui porte sur la norme *contrôlée* et non sur la norme *de contrôle*, sera examinée plus loin.

laisserons délibérément de côté l'étude des droits *politiques* des ressortissants communautaires, dont l'émergence est intimement liée à la notion de citoyenneté européenne³².

65. – Mais s'il nous conduit d'emblée au cœur de notre objet d'analyse, ce premier chapitre nous offre également un premier contact avec notre perspective théorique. Nous verrons en effet que l'analyse des différents « canaux de constitutionnalisation » des droits fondamentaux dans le droit communautaire fournit une première illustration du flou qui voile aujourd'hui notre représentation du droit.

66. – Cette représentation s'accompagne traditionnellement d'une conception hiérarchique et linéaire de l'ordre juridique, que sous-tend un principe de séparation stricte des pouvoirs. On connaît à cet égard la place qu'occupent respectivement les actes du législateur, de l'exécutif et du juge dans la « pyramide » des normes. Ce chapitre n'a pas pour but d'examiner l'opportunité de la transposition de ce modèle à l'ordre juridique communautaire. Nombreuses sont les études menées dans ce domaine, qui ont déjà montré l'intérêt limité des concepts de hiérarchie des normes et de séparation des pouvoirs pour décrire le système juridique européen³³. Nous ne nous attarderons donc pas à montrer le flou là où tout le monde s'accorde à le trouver³⁴.

67. – Si ces concepts ne permettent pas de saisir adéquatement les rapports qui unissent les institutions européennes ou les instruments de droit dérivé³⁵, ils ne sont pas pour autant dénués de toute pertinence dans le cadre communautaire. Rappelons à cet égard que le principe traditionnel de la séparation des pouvoirs ne se limite pas aux législateurs, gouvernements et juges. Il consiste aussi « (...) à distinguer logiquement et à séparer organiquement, d'une part, le pouvoir de faire la Constitution, et, d'autre part, les pouvoirs créés par la Constitution. Aux pouvoirs ordinaires, pouvoirs législatif, exécutif, judiciaire, on oppose donc et l'on superpose un pouvoir suprême et extraordinaire, qui, ayant pour objet d'instituer tous les autres, les domine et doit, dit-on, en demeurer distinct. C'est ce que l'on appelle le *principe de séparation du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués* »³⁶.

68. – Nul ne contestera que ce principe revêt une importance fondamentale dans la réalité communautaire. Quiconque un peu frotté de droit européen connaît l'importance qu'y revêt la distinction entre droit primaire et droit dérivé. Contenu dans les traités, le premier est l'œuvre des Etats membres agissant au titre de « constituant communautaire »³⁷. Composé principalement des

³² En revanche, nous verrons dans un chapitre subséquent comment cette dernière notion a eu un effet sur l'étendue de la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire.

³³ Cf. e.a. J.-C. GAUTRON, « Un ordre juridique autonome et hiérarchisé », in J. RIDEAU (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit, continuités et avatars européens*, 2000, p.25-64 ; K. LENAERTS, « Some Reflections on the Separation of Powers in the European Community », *C.M.L.R.*, 1991, p.11-35 ; K. LENAERTS, M. DESOMER, « Towards a Hierarchy of Legal Acts in the European Union? Simplification of Legal Instruments and Procedures », *E.L.J.*, vol.11, n°6, 2005, p.744-765 ; R. MEDHI, « La "double hiérarchie" normative à l'épreuve du projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe », in *La dynamique du droit européen en début de siècle - Etude en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, 2004, p.443-462 ; H. HOFMANN, « A Critical Analysis of the New Typology of Acts in the Draft Treaty Establishing a Constitution for Europe », *E.L.O.P.*, vol.7, 2003, n°9. Cf. encore l'arrêt de la Cour dans aff. 188-190/80, *France, Italie et Royaume Uni c. Commission*, 6 juillet 1982, *Rec.*, 1982, p.2545.

³⁴ Cf. toutefois C. KAKOURIS, « La relation de l'ordre juridique communautaire avec les ordres juridiques des Etats membres (Quelques réflexions parfois peu conformistes) », in F. CAPOTORTI et al., *Du droit international au droit de l'intégration. Liber Amicorum Pierre Pescatore*, 1987, p.319-347.

³⁵ Malgré leur portée très différente, il n'existe pas de hiérarchie entre les différentes normes de droit dérivé. Le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe distinguait entre les actes législatifs (la « loi européenne » et la « loi-cadre européenne », qui correspondent respectivement aux anciens règlement et directive) et non législatifs (le « règlement » européen, la « décision européenne », et les « règlements délégués »). Ces modifications, contenues dans les articles I-32 à I-36, laissaient peut-être apparaître une forme de hiérarchisation entre les différents instruments de droit dérivé (cf. à ce sujet K. LENAERTS, *loc. cit.* ; R. MEDHI, *loc. cit.*, p.452-453). Elles n'ont été que partiellement entérinées par le traité modificatif de Lisbonne. Si ce dernier maintient la distinction entre les actes législatifs et non législatifs, il ne conserve en revanche pas les notions de « loi » et de « loi-cadre » européennes (articles 288 à 290 du futur traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne).

³⁶ R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t.II, 1922, p.509-510. Nous soulignons.

³⁷ Nous empruntons ici la terminologie maintes fois utilisée par le Tribunal de première instance. Cf. T-172/98, 175 à 177/98 *Salamanca e.a. c. Parlement et Conseil*, 27 juin 2000, *Rec.*, 2000, p.II-2478, pt.75 ; T-377/00, 379-380/00, 260/01, 272/01

directives, règlements et décisions, le second émane des « pouvoirs constitués » qu'incarnent les différentes institutions européennes³⁸. Fermement ancrée dans l'ordre juridique communautaire, la séparation stricte et hiérarchique des pouvoirs qui sous-tend cette *summa divisio* ne doit pas surprendre. Elle rappelle que la Communauté européenne reste avant tout une organisation internationale fondée sur des traités dont les Etats demeurent les « maîtres »³⁹ exclusifs. Et que l'on nomme ces traités « Constitution » ne change rien au monopole que détiennent sur eux les Etats.

69. – L'histoire de la consécration des droits fondamentaux au sommet de la pyramide européenne nous conduira à remettre en cause ce modèle fondé sur une séparation stricte entre « pouvoir constituant » et « autorités constituées ». Largement mené en marge des conférences intergouvernementales et en dépit du silence des Etats, le processus de constitutionnalisation des droits de l'homme traduit un processus d'« écriture à plusieurs mains » de la norme fondamentale communautaire qui témoigne d'un phénomène de *dilution du « pouvoir constituant »*. Cette affirmation peut à première vue relever de l'évidence. Il convient donc de dissiper d'entrée de jeu les éventuels malentendus. Nul n'ignore en effet qu'à l'abri des réticences des « maîtres » des traités, les plus belles pages de la conquête des droits fondamentaux furent écrites par la Cour de justice au moyen des principes généraux du droit. L'activisme des juges de Luxembourg en cette matière semble ainsi offrir un puissant démenti au modèle qui réserve aux seuls Etats l'accès à la « Constitution » européenne.

70. – Si elle se révélait exacte, cette hypothèse d'une constitutionnalisation des droits fondamentaux à l'initiative *exclusive* du juge communautaire n'aurait en réalité pas pour effet de remettre en cause la structure hiérarchique et étanche des relations entre « pouvoir constituant » et « pouvoirs constitués ». On peut en effet considérer que, chargée d'assurer « le respect du droit dans l'interprétation et l'application »⁴⁰ des traités, la Cour de justice est – *mutatis mutandis* et pour partie – la cour constitutionnelle de l'ordre juridique européen⁴¹. S'il en est bien ainsi, alors il faut reconnaître que l'activisme de la Cour de justice ne représente rien de bien neuf ni, somme toute, de bien révolutionnaire⁴². Que le gardien officiel de la Constitution en donne une interprétation audacieuse, voire créatrice, n'a de soi pas pour effet d'en troubler les contours ou d'affaiblir le pouvoir de ses auteurs. On rappellera à cet égard que, bien que conscient du pouvoir créateur des juges – il

Philip Morris e.a. c. Commission, 15 janvier 2003, *Rec.*, 2003, p.II-1, pt.124 ; *T-28/03 Holcim c. Commission*, 21 avril 2005, *Rec.*, 2005, p.II-6677, pt.34. Le pouvoir constituant est ici considéré comme reposant dans les mains des Etats, et non – directement – dans celles d'un « peuple européen ». Pour une réflexion plus théorique sur l'existence d'un peuple européen unique, détenteur de ce pouvoir constituant, cf. E. MAULIN, « Le pouvoir constituant dans l'Union européenne », *Droits*, 2007, n°45, p.73-88. Cf. également L. AZOULAI, « La Constitution et l'intégration. Les deux sources de l'Union européenne en formation », *R.F.D.A.*, 2003, p.865 : « Dans l'Union, les citoyens ne disposent pas du pouvoir constituant ; ils ne sont que les destinataires de droits conférés par le traité. Il importe peu à cet égard de montrer que l'Union est déjà « matériellement constitutionnelle » ».

³⁸ Nous ne parlerons pas ici des accords externes conclus par la Communauté, dont on considère qu'ils se situent en dessous des traités mais au-dessus du droit dérivé. Cf. *mutatis mutandis* l'Avis 3/94, *Rec.*, 1995, p.I-4577, spéc. pt 22 ; C-122/95, *Allemagne c. Conseil*, 10 mars 1998, *Rec.*, 1998, p. I-973, spéc. pt. 41-42.

³⁹ Selon l'expression utilisée à plusieurs reprises par la Cour constitutionnelle allemande, et notamment dans son célèbre arrêt « Maastricht » du 12 octobre 1993 (BVerfGE, 89, 155). Sur cette décision, cf. *infra*, n°160 et 413.

⁴⁰ Art. 220 CE.

⁴¹ En ce sens, cf. J. MISCHO, « Un rôle nouveau pour la Cour de justice ? », *R.M.C.*, 1990, p.681 et s. *Contra*, L. FAVOREU, « Les Cours de Luxembourg et de Strasbourg ne sont pas des cours constitutionnelles », in *Au carrefour des droits - Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, 2002, p.35-45

⁴² On constatera d'ailleurs que si l'activisme des juges de Luxembourg a suscité de vives critiques (cf. H. RASMUSSEN, *On law and Policy in the European Court of Justice*, 1986 ; ID., « Towards a Normative Theory of Interpretation of Community Law », in *The University of Chicago Legal Forum - Europe and America in 1992 and Beyond : Common Problems... Common Solutions?*, 1992, p.135-178 ; T. HARTLEY, « The European Court, Judicial Objectivity and the Constitution of the European Union », *L.Q.R.*, 1996, vol.112, p.95-109), il a dans l'ensemble été bien accueilli (cf. entre mille J-P. COLIN, *Le gouvernement des juges dans les Communautés européennes*, 1966 ; C.J. MANN, *The Function of Judicial Decision in European Economic Integration*, 1972 ; R. LECOURT, *L'Europe des juges*, 1976 ; J. WEILER, « The Court of Justice on Trial », *C.M.L.R.*, 1987, vol.24, p.555-589 ; F. SCHOCKWEILER, « La Cour de justice des Communautés européennes dépasse-t-elle les limites de ses attributions ? », *J.T.D.E.*, 1995, p.73-80 ; D. KEELING, « In Praise of Judicial Activism. But What does it Mean? And Has the Court of Justice ever Practised it? », in *Scritti in onore di Federico Mancini*, vol.II, 1998, p.505-536).

considérerait l'interprétation comme un acte de volonté davantage que de connaissance⁴³ –, Kelsen déjà n'hésitait pas à prôner l'instauration de cours constitutionnelles dans le but avoué d'assurer la suprématie de la Constitution et le maintien de la pyramide des normes⁴⁴.

71. – On peut à la limite considérer que si elle se vérifiait, une telle hypothèse traduirait non pas la désintégration de la pyramide, mais bien plutôt son renversement. Sa jurisprudence dynamique et peu soucieuse de la volonté des Etats ferait du juge communautaire le seul gardien – et le seul maître – de la « Constitution ». Loin d'illustrer la *dilution* du « pouvoir constituant », l'histoire de la constitutionnalisation des droits fondamentaux consacrerait alors plutôt sa *confiscation* par la Cour de justice⁴⁵.

72. – On l'aura compris, cette histoire dévoile à nos yeux davantage qu'un activisme aveugle de la part des juges de Luxembourg. Dans ce chapitre, nous défendrons l'idée que loin d'être l'œuvre exclusive de juges « francs-tireurs » ou souverains, la constitutionnalisation communautaire des droits de l'homme fut portée à bouts de bras par différents acteurs de l'ordre juridique européen. Tentant de pallier les insuffisances des traités, le Parlement européen, la Commission, les avocats généraux, la CEDH, et même les juridictions nationales contribuèrent tous, avec leurs moyens respectifs, à cette entreprise de promotion des droits de l'homme, dont la jurisprudence des principes généraux ne constitue que la partie émergée. Nous verrons qu'il n'est pas jusqu'aux maîtres des traités qui, malgré – et à travers – leurs silences embarrassés, ne participèrent à ce processus d'écriture à plusieurs mains de la charte constitutionnelle.

73. – Cette hypothèse d'une dilution du « pouvoir constituant » – et, nous le verrons, de la norme constitutionnelle elle-même – n'est pas sans conséquences pratiques pour la suite de cette étude. Que la consécration des droits fondamentaux au sommet de l'ordre juridique européen soit le produit d'interactions constantes entre un grand nombre d'acteurs et non le fruit d'une décision unilatérale du « constituant communautaire » – ou de son juge – explique sans doute en partie la difficulté de penser aujourd'hui les relations entre droits fondamentaux et objectifs économiques dans la Communauté européenne. Notre hypothèse revêtira dès lors une valeur explicative indéniable lorsque, dans la deuxième partie de ce travail, nous examinerons la jurisprudence communautaire consacrée aux relations entre droits de l'homme et libre circulation ainsi que son impact sur la « constitution économique européenne »⁴⁶. Nous verrons en outre dans la troisième partie de ce travail que, prise au sérieux, cette hypothèse d'une dilution du « pouvoir constituant » est de nature à influencer le travail et le mode de raisonnement des juges. Elle n'est donc pas non plus dénuée de toute valeur prescriptive.

74. – Mais avant de tirer les conclusions, il convient de s'atteler à la démonstration. Dans ce dessein, nous examinerons d'abord le contenu des traités de Paris et de Rome à la recherche des dispositions conférant des droits fondamentaux aux particuliers (Section 1). Nous nous tournerons ensuite vers les différentes dynamiques qui, des débuts de l'aventure européenne à nos jours, ont oeuvré à une constitutionnalisation toujours plus large des droits de l'homme⁴⁷. A cet égard, force est de constater

⁴³ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., trad. C. Eisenmann, 1999, p.339-341.

⁴⁴ Cf. F. RIGAUX, « Kelsen et le droit international », *R.B.D.I.*, 1996, p.381-408, spéc. p.385-387.

⁴⁵ Sur cette question, cf. *mutatis mutandis* F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, 2002, p.54-64.

¹⁷ Sur cette expression, cf. J. BAQUERO CRUZ, *Entre competencia y libre circulación : el derecho constitucional economico de la Comunidad europea*, 2002. Sur l'influence de la jurisprudence de la Cour sur cette « Constitution », cf. M. POIARES MADURO, *We the Court: the European Court of Justice and the European Economic Constitution: a Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty*, 1998; E. SPAVENTA, « From Gebhard to Carpenter: Towards a (non-)Economic European Constitution », *C.M.L.R.*, 2004, p.743-773. De manière générale, sur le déclin de la « constitution économique européenne », cf. C. JOERGES, « What is left of the European Economic Constitution ? A melancholic eulogy », *E.L.R.*, 2005, vol.30, p.461-489.

⁴⁷ Dans l'identification de ces dynamiques de constitutionnalisation des droits fondamentaux, nous nous inspirerons très largement des réflexions de M. WATHELET (« La Cour de justice et les droits de l'homme », in M. CANDELA SORIANO (dir.), *Les droits de l'homme dans les politiques de l'Union européenne*, 2006, p.11-24). A la différence de ce dernier cependant, on ne mentionnera que trois dynamiques, la quatrième – celle des traités et du droit dérivé – n'apparaissant qu'en filigranes dans les pages qui suivent. La raison en est que d'une part, notre survol historique se concentre sur le « sommet » de l'ordre juridique européen – et ne couvre donc pas le droit dérivé – et que d'autre part, notre propos vise précisément à démontrer

que, là où certaines de ces dynamiques ont connu un succès considérable, d'autres attendent toujours leur *pleine* consécration dans le droit positif. Nul ne contestera ainsi que la jurisprudence des « principes généraux du droit communautaire » a été un vecteur de constitutionnalisation plus efficace que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ou le projet d'adhésion de celle-ci à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme. Nous verrons toutefois que ces deux textes n'ont pas attendu l'autorisation formelle des maîtres des traités pour accéder à une *certaine* positivité.

75. – On rappellera encore que, par-delà leurs différences, ces « canaux de constitutionnalisation » revêtent des points communs au regard de la double perspective de cette recherche. D'une part, ils témoignent du désir, partagé depuis longtemps par les différents acteurs de l'ordre juridique communautaire, de dépasser l'horizon économique du « grand marché » et de travailler à l'établissement d'une communauté de droit. En ce sens, l'histoire des principes généraux du droit communautaire (section 2), de l'adhésion à la CSDH (section 3) et de la Charte des droits fondamentaux (section 4) met en lumière les liens qui unissent nécessairement l'intégration économique et les droits fondamentaux.

76. – D'autre part, loin d'être l'oeuvre exclusive et monologique d'une instance de décision, nous verrons que ces trois dynamiques procèdent toutes, à des degrés différents, d'un processus d'interaction, de dialogue et de confrontation entre différents acteurs du droit communautaire⁴⁸. Cette présence d'une communication non réglée dans la production de la règle de droit ne laissera pas indemnes nos conceptions de la normativité et de la validité juridiques. Ces questions seront brièvement abordées en conclusion de ce chapitre.

Section 1. Les traités CECA et CEE – la Constitution économique européenne

« The discussion of our problem has to start with the statement of a plain fact: the Constitution of the European Communities does not contain any provision relating to the protection of human rights »⁴⁹.

« (...) why so many distinguished people [are] wasting so much time debating the need for a new Bill of Rights incorporating the provisions of the European Convention on Human Rights if we already [have] one in the Treaty of Rome »⁵⁰.

A. Mise en perspective

77. – C'est sans conteste une même perspective « néo-libérale »⁵¹ qui présida à la rédaction du traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier⁵² et du traité instituant la Communauté

l'hypothèse d'une *dilution* du « pouvoir constituant » européen. Il met ainsi l'accent sur les processus de constitutionnalisation « indirecte » ou « larvée ».

⁴⁸ Afin de souligner ce phénomène d'écriture à plusieurs mains de la « Constitution », nous avons pris le parti de mettre en exergue, dans les titres structurant la description des différentes dynamiques de constitutionnalisation, l'identité des acteurs qui y ont joué un rôle prépondérant.

⁴⁹ P. PESCATORE, cité par F. MANCINI, « Safeguarding Human Rights: The Role of the European Court of Justice », in F. MANCINI, *Democracy and Constitutionalism in the European Union - Collected Essays*, 2000, p.81.

⁵⁰ Solicitor General of England and Wales, dans une affaire citée *ibidem*.

⁵¹ P-H. TEITGEN, « Chapitre II. Objectifs et principes fondamentaux communs aux trois Communautés », in W.J. GANSOF VAN DER MEERSCH (dir.), *Les Nouvelles - Droit des Communautés européennes*, 1969, p.17.

⁵² D'une durée de vie de cinquante ans, ce traité fut signé à Paris le 18 avril 1951 et est entré en vigueur le 23 septembre 1952. Sur les conséquences juridiques de sa disparition en 2002, cf. B. UBERTAZZI, « The End of the ECSC », *E.I.o.P.*, vol.8, 2004, n°20.

économique européenne⁵³. Fondés sur les principes de libre concurrence, de libre circulation des facteurs de production et de non-discrimination en raison de la nationalité, ces traités avaient pour objet de décloisonner les marchés nationaux et de favoriser l'intégration économique entre les Etats membres. Dès leurs origines toutefois, les Communautés européennes⁵⁴ étaient porteuses d'un projet plus vaste, qui ne se limitait pas à l'établissement d'un grand marché. Empreints du néo-fonctionnalisme ambiant⁵⁵, les préambules des traités traduisaient la conviction que l'intégration économique ne constituait qu'un premier pas en direction de l'union politique de l'Europe⁵⁶.

78. – Au regard de cet objectif à long terme, dont la plupart des acteurs politiques pensaient qu'il se réaliserait progressivement et « naturellement », l'absence quasi complète de référence aux droits de l'homme dans les traités peut surprendre. Certes, on comprend aisément que les rédacteurs du traité CECA n'aient pas estimé nécessaire, eu égard à l'objet restreint de ce dernier, d'y introduire des dispositions protectrices de droits fondamentaux⁵⁷. Le silence du traité CEE dans ce domaine est en revanche plus intrigant. Il semble en effet peu probable que ses négociateurs, opérant dans un contexte favorable aux théories de l'intégration, n'aient pas aperçu les possibilités de conflits entre les exigences liées à l'établissement d'un marché commun et les impératifs de respect des droits de l'homme inscrits dans les constitutions nationales⁵⁸. Ce mutisme a suscité bien des conjectures, que n'a guère permis de valider – ou d'invalider – la divulgation des archives relatives aux négociations des traités⁵⁹. Nous nous limiterons ici à présenter très brièvement trois de ces hypothèses.

79. – Il a d'une part été suggéré que si les Etats membres n'ont pas procédé à l'insertion des droits fondamentaux dans le traité, c'est parce qu'ils jugeaient cette entreprise *inutile*. A une époque où la primauté du droit communautaire n'était pas à l'ordre du jour, la présence de catalogues de droits fondamentaux dans les ordres juridiques nationaux pouvait en effet paraître offrir une garantie suffisante aux citoyens des Etats membres contre les actes des institutions européennes⁶⁰.

⁵³ Ce traité fut signé à Rome le 25 mars 1957 et est entré en vigueur le 1er janvier 1958. Pour un compte-rendu historique des origines des « Communautés européennes », cf. P. WIGNY, « Chapitre premier – Historique », in W.J. GANSCHOF VAN DER MEERSCH (dir.), *op. cit.*, p.3-13.

⁵⁴ Rappelons qu'outre la CECA et la CEE, les Etats membres ont également créé, en 1957, la Communauté européenne de l'énergie atomique (Euratom).

⁵⁵ Sur ce concept et ses liens avec le fonctionnalisme, cf. A.J. MILLER, « Functionalism in International Relations », in X, *Pour l'étude de l'intégration européenne*, coll. *Les cahiers du C.E.D.E.*, 1977, p.44-48 ; C. PENTLAND, « The Neo-Functionalist Approach », *ibid.*, p.49-58. En (très) bref, l'on rappellera qu'au milieu du siècle dernier, le *fonctionnalisme* était à la fois une théorie et un courant politiques plaçant pour le remplacement des structures étatiques par des agences internationales spécialisées, qui prendraient chacune en charge une partie des fonctions traditionnellement assumées par les Etats. Il s'agissait ainsi de construire un ordre international à partir des besoins des individus, et non à partir des intérêts des Etats. Le *néo-fonctionnalisme* est né, aux origines de la construction européenne, de la rencontre entre les fédéralistes et les tenants du fonctionnalisme. Les partisans de cette théorie soutenaient le projet d'une intégration européenne sectorielle, limitée à certains domaines particuliers, convaincus que ce rapprochement des Etats européens entraînerait tôt ou tard une intégration plus profonde et conduirait à la création d'une Europe fédérale.

⁵⁶ « Résolus (...) à fonder par l'instauration d'une communauté économique les premières assises d'une communauté plus large et plus profonde entre des peuples longtemps opposés par des divisions sanglantes, et à jeter les bases d'institutions capables d'orienter un destin désormais partagé (...) » (Préambule du traité CECA) ; « Déterminés à établir les fondements d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens (...) » (Préambule du traité CEE).

⁵⁷ En ce sens, D. BINDER, « The European Court of Justice and the Protection of Fundamental Rights in the European Community », *Jean Monnet Working Paper*, 1995, p.2-3, disponible sur www.jeanmonnetprogram.org.

⁵⁸ Cf. e.a. G. COHEN-JONATHAN, « Les droits de l'homme dans les Communautés européennes », in *Mélanges Eisenmann*, 1975, p.399-400 ; J-P. PUISOCHET, « La Cour de Justice et les principes généraux de droit », in X, *La protection juridictionnelle des droits dans le système communautaire*, 1997, p.2 ; C. SCHNEIDER, « En marge de l'anthropologie juridique. Brèves réflexions sur la dialectique de l'ordre et du désordre pour une histoire des droits fondamentaux dans le système communautaire », in *Au carrefour des droits - Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, 2002, p.637.

⁵⁹ Décision n° 359/83 de la CECA du 5 février 1983 et règlement n° 354/83 de la CEE et de l'Euratom sur l'ouverture au public des archives historiques de la Communauté européenne du Charbon et de l'Acier et des Communautés économique européenne et de l'Euratom, à l'échéance d'un délai de trente ans.

⁶⁰ Cf. J. WEILER, « Methods of Protection: Towards a Second and Third Generation of Protection », in A. CASSESE, A. CLAPHAM, J. WEILER (eds), *European Union: The Human Rights Challenge*, 1991, p.574 ; ID., « Eurocracy and Distrust : Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Human Rights Within the Legal Order of the European Communities », *W.L.R.*, 1986, p.1113-1114 ; cf. *mutatis mutandis* H. RASMUSSEN, *On Law and Policy...*, *op.cit.*, p.391-392.

80. – On a également cru voir dans ce silence gêné du traité la marque d'un désaccord persistant entre les négociateurs sur la liste des droits de l'homme à y inclure. Il est vrai qu'issus de traditions juridiques et politiques fort diverses, les négociateurs du traité ne partageaient sans doute pas le même point de vue sur les droits fondamentaux. Cette explication, qui fait l'hypothèse de l'*impossibilité* politique d'une consécration des droits de l'homme dans le traité, s'appuie par ailleurs sur les antécédents historiques du traité de Rome. Le spectre des échecs de la Communauté européenne de défense⁶¹ et de la Communauté européenne politique⁶², dont les textes fondateurs contenaient des références explicites aux droits fondamentaux, a très certainement pesé sur les négociations du traité de Rome et incité ses rédacteurs à la prudence.

81. – Enfin, on a pu avancer que c'est parce qu'elle était jugée *indésirable* que l'inscription des droits de l'homme dans le traité fut soigneusement évitée⁶³. Selon cette hypothèse, certains Etats parties à la négociation auraient craint qu'une telle consécration des droits fondamentaux ait pour effet de subvertir le principe d'attribution des compétences en étendant les pouvoirs de la Communauté jusqu'aux limites tracées par ces droits. Cette explication, qui n'est pas sans rappeler le célèbre « argument de Hamilton »⁶⁴, s'est vu récemment conforter par les discussions qui précédèrent l'insertion de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après, la Charte) dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe⁶⁵.

82. – Mais si les explications divergent⁶⁶, le résultat souffre peu de contestation. Qu'elles n'aient pas été jugées nécessaires, utiles, possibles ou désirables, les références aux droits de l'homme sont à peu près inexistantes dans les traités de Paris et de Rome. Elles n'en sont toutefois pas complètement absentes. Conformément à la perspective libérale qui les inspire, les traités donnent une place de choix aux principes de liberté et d'égalité (formelle). Nous en survolerons rapidement les manifestations concrètes⁶⁷ avant de nous interroger sur l'apparement de celles-ci à de « véritables » droits fondamentaux.

Cette investigation nous emmènera au-delà du seul cadre du marché intérieur et de la libre circulation. C'est que les principes d'égalité et de liberté informent l'ensemble de la dynamique intégratrice européenne.

⁶¹ Après avoir été signé par les Etats parties le 27 mai 1952, le Traité instituant la C.E.D. fut rejeté par l'Assemblée nationale française le 30 août 1954. Son article 3 imposait l'obligation de respecter « les libertés publiques et les droits fondamentaux ».

⁶² La création d'une communauté européenne politique était prévue dans l'article 38 du traité C.E.D. Un projet de statut fut élaboré par une Assemblée *ad hoc* en 1953. L'article prévoyait que les dispositions du titre I de la CSDH ainsi que celles du premier Protocole additionnel faisaient partie intégrante du statut. Suite à l'échec de la C.E.D., le projet fut abandonné.

⁶³ J. WEILER, « Methods of Protection... », *loc. cit.*, p.574; F. MANCINI, « Safeguarding Human Rights: The Role of the European Court of Justice », in F. MANCINI, *Democracy and Constitutionalism in the European Union - Collected Essays*, 2000, p.82.

⁶⁴ S'exprimant à propos de l'opportunité de l'incorporation d'un « *Bill of Rights* » dans la Constitution fédérale américaine, A. Hamilton estima « (...) que des bills de droit, dans le sens et avec l'étendue qu'on veut leur donner, sont non seulement inutiles dans la Constitution proposée, mais même seraient dangereux. Ils renfermeraient des exceptions à des pouvoirs qui ne sont point accordés par elle ; et par cela seul, fourniraient des prétextes plausibles pour réclamer plus qu'elle n'accorde. En effet, pourquoi défendre expressément des choses qu'on n'a point le pouvoir de faire ? » (*Le fédéraliste*, trad. G. Jèze, 1957, p.716).

⁶⁵ Cf. P. BIGLINO CAMPOS, « Derechos fundamentales y competencias de la Union : El argumento de Hamilton », *Rev. der. com.*, 2003, n°14, p.45-67 ; J-P. JACQUE, « Back to Philadelphia », *R.M.C.*, 2002, n°463, p.661-669.

⁶⁶ Auxquelles il convient d'ajouter celle selon laquelle, à l'instar des rédacteurs du traité CECA, les négociateurs du traité CEE n'auraient pas estimé *nécessaire* d'introduire des dispositions protectrices des droits fondamentaux eu égard aux objectifs essentiellement économiques du Traité.

⁶⁷ On notera que selon certains, les traités contiennent bien d'autres références aux droits de l'homme (cf. L. MARCOUX, « Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté économique européenne », *R.I.D.C.*, 1983, p.691-733). Nous ne partageons pas cet avis, qui s'appuie sur une conception très large des droits fondamentaux (ainsi du « droit à réparation », du « respect du droit » et du « contrôle démocratique ») et de leurs rapports avec les dispositions des traités (ainsi du droit à un niveau de vie suffisant, du droit à l'emploi et du droit à un procès équitable, prétendument inscrits en filigranes dans le droit primaire). La référence aux idéaux de paix et de liberté inscrite dans le Préambule du traité CEE nous semble également fort vague.

B. Liberté et égalité dans les traités CECA et CEE

§1. Un principe général de liberté

83. – La liberté individuelle constitue sans conteste la clef de voûte des traités CECA et CEE. L'objectif de ceux-ci, qui consiste en l'établissement d'un espace économique unifié⁶⁸, ne peut se concevoir sans la jouissance et l'exercice effectifs de cette liberté par les ressortissants des Etats membres.

84. – La libre circulation des travailleurs⁶⁹ et des marchandises⁷⁰, la libre prestation des services⁷¹ et la liberté d'établissement⁷², constituent les incarnations les plus illustres de ce régime général de liberté⁷³. Nous ne nous étendons pas sur les propriétés « corrosives » de ces principes, dont nul n'ignore le rôle dans le processus de démantèlement des frontières intracommunautaires. Moteurs de l'intégration « négative »⁷⁴, garants d'un marché européen sans frontières, ils limitent radicalement l'autonomie des Etats et protègent la liberté individuelle.

85. – Les dispositions organisant un régime de libre concurrence entre les acteurs économiques au sein de l'espace communautaire ne méritent guère une plus ample présentation⁷⁵. On connaît le rôle fondamental de ces dispositions, destinées – du moins à l'origine⁷⁶ – à favoriser l'intégration économique et à éviter un (re)cloisonnement des marchés. En interdisant les ententes ayant pour effet de fausser le jeu de la concurrence intracommunautaire et en bannissant les abus de position dominante, ces dispositions adressent aux entreprises des consignes claires : s'abstenir de tout comportement susceptible de fractionner le marché et de mettre en péril la liberté économique des plus faibles.

86. – Mais comme chacun sait, aucune liberté n'est absolue. Les rédacteurs du traité de Rome l'ont bien compris, qui traitent en deux endroits des conflits potentiels de libertés. On pense d'abord à l'article 36 CEE (30 CE), qui permet aux mesures nationales préservant la propriété industrielle et commerciale de déroger, moyennant certaines conditions, au principe de la libre circulation des marchandises. Cette disposition, qui suscitera bien vite d'innombrables litiges, illustre la difficulté de concilier les nombreuses facettes de la liberté économique. Car si l'on connaît l'importance vitale des droits intellectuels pour le développement des initiatives privées, on ne saurait en nier l'effet potentiellement néfaste sur le commerce intracommunautaire et le processus de décloisonnement des marchés.

⁶⁸ On notera qu'en matière d'intégration économique, le traité CEE va plus loin que le traité CECA. Là où le premier prévoit l'établissement d'une union douanière et d'une politique commerciale commune, le second se limite à organiser les conditions d'établissement d'un marché sans frontières. Sur les objectifs et le fonctionnement de la CECA, cf. E.P. WELLENSTEIN., « Structure générale et objectifs propres à la C.E.C.A. », in W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH (dir.), *op. cit.*, p.491-503.

⁶⁹ Art. 48 CEE (devenu art.39 CE) ; art. 68-69 CECA.

⁷⁰ Art. 30 CEE (devenu art.28 CE); art. 4 a) CECA

⁷¹ Art. 59 CEE (devenu art. 49 CE)

⁷² Art. 52 CEE (devenu art.43 CE)

⁷³ Quoique déjà présent sous forme larvée dans les articles 67 et suivants du Traité de Rome, le principe de libre circulation des capitaux ne sera réellement consacré qu'en 1994, à l'occasion de l'entrée en vigueur du traité de Maastricht. Ce principe est aujourd'hui inscrit à l'article 56 CE.

⁷⁴ « The term negative integration was coined by Tinbergen (*International Economic Integration* (Elsevier, 1954)) to refer to the simple act of the removal of impediments on trade between the participating nations or to the elimination of any restrictions on the process of trade liberalization. The term positive integration relates to the modification of existing instruments and institutions and, more importantly, to the creation of new ones so as to enable the market of the integrated area to function properly and effectively and also to promote other broader policy aims of the scheme » (S. WEATHERILL, *Cases and Materials on EU Law*, 7th ed., 2006, p.289).

⁷⁵ E.a. art.85 et 86 CEE (devenus art.81 et 82 CE); Art. 65 à 67 CECA.

⁷⁶ Cf. e.a. D.J. GERBER, « The Transformation of European Community Competition Law? », *H.I.L.J.*, 1994, vol.35, Nr.1, p.97-147.

87. – Le spectre d'un conflit de libertés se profile également, quoique de manière plus discrète, derrière l'article 214 CEE (art. 287 CE), qui dispose que les personnes travaillant pour la Communauté sont tenues « même après la cessation de leur fonction, de ne pas divulguer les informations qui, par leur nature, sont couvertes par le secret professionnel, et notamment les renseignements relatifs aux entreprises et concernant leurs relations commerciales ou les éléments de leur prix de revient ». La liberté d'expression des fonctionnaires se voit ici limitée par le secret professionnel au nom de la protection de la liberté économique et de la vie privée des particuliers.

88. – On l'aura compris, l'ordre juridique institué par les traités CEE et CECA est avant tout un ordre de libertés. En se limitant à promouvoir, encadrer et arbitrer le jeu des libertés privées, il souscrit pleinement aux enseignements de l'« ordolibéralisme » allemand⁷⁷ et se met tout entier au service de l'économie de marché.

§2. Un principe général d'égalité

89. – Le régime général de liberté esquissé ci-dessus serait toutefois inopérant s'il ne s'accompagnait pas de certaines dispositions en faveur de l'égalité de traitement. Les traités CECA et CEE fournissent une illustration éclatante de la nécessaire complémentarité entre ces deux principes. Ils témoignent de cette vérité quelque peu contre-intuitive qui veut que l'égalité – formelle – soit bien souvent la meilleure alliée de la liberté – avant la liberté elle-même.

90. – Les discriminations fondées sur la nationalité des ressortissants communautaires sont condamnées à diverses reprises dans les traités. Formulées tantôt en termes généraux⁷⁸, tantôt à l'intention d'un secteur déterminé⁷⁹, ces interdictions constituent bien évidemment la condition *sine qua non* d'un espace économique unifié et un corollaire indispensable aux libertés de circulation.

91. – Le principe de l'égalité des rémunérations entre hommes et femmes, inscrit dès 1957 à l'article 119 CEE (art.141 CE), paraît en revanche répondre à des préoccupations d'un ordre différent, qui soulignent la nécessité d'une Europe sociale. Cette impression ne résiste toutefois pas à l'analyse historique. Celle-ci fait apparaître, à l'origine de l'article 119, le souci d'éviter les distorsions de concurrence entre les entreprises françaises, soumises par une réglementation nationale au principe d'égalité des rémunérations, et les autres entreprises européennes⁸⁰.

92. – Cette volonté d'« aplanir le terrain de jeu » des acteurs économiques en les soumettant aux mêmes réglementations se retrouve dans d'autres dispositions des traités. On notera ainsi que l'article 40.3, al.3, CEE (art.34, §2, al.2, CE) fait défense à l'organisation commune des marchés agricoles d'opérer une discrimination entre producteurs ou entre consommateurs. De même, l'article 4, b), CECA interdit « les mesures ou pratiques établissant une discrimination entre producteurs, entre acheteurs ou entre utilisateurs, notamment en ce qui concerne les conditions de prix ou de livraison et les tarifs de transport (...) ».

⁷⁷ Sur ce courant de pensée développé par l'Ecole de Fribourg, et sur ses liens avec l'intégration européenne, cf. M. POIARES MADURO, *op. cit.*, p.126 et s ; C. JOERGES, F. RÖDL, « 'Social Market Economy' as Europe's Social Model ? », EUI Working Paper LAW No. 2004/8, p.4-6. L'ordolibéralisme est une doctrine en faveur du libre-échange et de la libre concurrence. Ses partisans soutiennent que de telles valeurs ne peuvent être efficacement mises en œuvre que si elles s'appuient sur une structure institutionnelle forte et si elles sont coulées dans des principes constitutionnels – des « droits fondamentaux » – dont l'Etat ou une entité supranationale assure le respect.

⁷⁸ Art.7 CEE (art.12 CE) : « Dans le domaine d'application du présent traité, et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité ».

⁷⁹ Art.60.1 CECA en ce qui concerne les transactions entre vendeurs et acheteurs; art. 36 CEE (art.28 CE) en ce qui concerne les marchandises; art.48, al.2 CEE (art.39, al.2 CE) en ce qui concerne les travailleurs salariés; art 52, al.2 CEE (art.43, al.2 CE) en ce qui concerne les travailleurs indépendants; art. 60, al.2 CEE (art.50, al.2 CE) en ce qui concerne les prestataires de service, art.90 CEE (ar.95 CE) en ce qui concerne le régime d'imposition des marchandises.

⁸⁰ Cf. C. BARNARD, « The Economic Objectives of Article 119 », in D. O'KEEFE, T. HERVEY (eds), *Sex Equality Law in the European Union*, 1996, p.321-334.

C. Des principes économiques aux droits fondamentaux ?

93. – Lorsqu’elles abordent le contenu des traités de Paris et de Rome, la plupart des études consacrées à la place des droits fondamentaux dans le droit communautaire commencent par énumérer – comme nous venons de le faire – un certain nombre de dispositions porteuses de valeurs fondamentales telles que la liberté ou l’égalité. A cette énumération devenue classique succède généralement un bref diagnostic qui conclut à la carence des traités en la matière. Derrière ce constat (presque)⁸¹ unanime d’insuffisance, on observe cependant d’importantes divergences de vues. Là où les uns estiment que « la protection écrite des droits fondamentaux présente des lacunes »⁸², les autres font le constat plus dramatique du « néant prévalant dans les textes communautaires initiaux »⁸³. Et si d’aucuns considèrent que le traité de Rome « contient certaines dispositions concernant les droits de l’homme »⁸⁴, d’autres, moins optimistes, regrettent l’« absence » de toute référence à ces droits dans les traités fondateurs⁸⁵.

94. – Il peut sembler surprenant qu’au départ des mêmes textes se dégagent des points de vue si contrastés. Loin d’être insignifiantes, ces différences d’appréciation nous mettent en garde contre la tentation de voir dans les droits fondamentaux ou les droits de l’homme des concepts univoques sur les contours desquels tout le monde s’accorde. Dans le cadre du droit communautaire, ce « flou » des droits est encore renforcé par le contexte économique dans lequel ils s’inscrivent. Cette difficulté de penser les rapports entre droits fondamentaux et impératifs « marchands » explique sans doute les incertitudes et les controverses évoquées plus haut. Arrêtons-nous y brièvement.

95. – Une première approche des rapports entre les droits de l’homme et les principes de l’intégration économique européenne prend appui sur une interprétation globale des traités. Destinés exclusivement à assurer le décloisonnement des marchés nationaux, ceux-ci sont considérés comme « indifférents »⁸⁶ aux droits de l’homme. Dans cette optique, seule une lecture rétrospective et anachronique des traités amène à qualifier de droits fondamentaux des principes qui, telle la libre circulation et l’égalité de traitement, avaient pour seul objet de favoriser l’établissement du marché commun et pour uniques destinataires les agents économiques⁸⁷.

⁸¹ Cf. à cet égard l’« étonnement » du « Solicitor General of England and Wales » – rapporté au début de cette section – dans une affaire citée par G. MANCINI (« Safeguarding Human Rights... », *loc. cit.*, p.81), qui se demande « why so many distinguished people [are] wasting so much time debating the need for a new Bill of Rights incorporating the provisions of the European Convention on Human Rights if we already [have] one in the Treaty of Rome ».

⁸² Cf. C. SASSE, « La protection des droits fondamentaux dans la Communauté européenne » in *Mélanges Fernand Dehousse*, vol.2, 1979, p.298.

⁸³ V. SKOURIS, « Quelques réflexions sur l’évolution de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes afférente à la protection des droits fondamentaux », in G. RODRIGUEZ IGLESIAS *et al.*, *Problèmes d’interprétation - A la mémoire de Constantinos N. Kakouris*, 2004, p.361.

⁸⁴ L. MARCOUX, *loc. cit.*, p.694; dans le même sens, cf. e.a. F. PICOD, « Les sources », in F. SUDRE, H. LABAYLE (dir.), *Réalités et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, 2000, p.131-134. Dans un style qui rompt avec ses écrits ultérieurs, le juge P. PESCATORE écrit en 1968 (« Les droits de l’homme et l’intégration européenne », *C.D.E.*, p.638) : « Voilà précisément l’intention de cet exposé: son but est de démontrer que l’absence de protection, en ce qui concerne les droits fondamentaux, n’est qu’une apparence. Dans la réalité des choses, la constitution communautaire contient, du moins en germe, un système complet pouvant servir à la garantie des droits fondamentaux ».

⁸⁵ Cf. P. PESCATORE, « Fundamental Rights and Freedoms in the System of the European Communities », *A.J.C.L.*, 1970, vol.18, p.343 ; ID., « The Context and Significance of Fundamental Rights in the Law of the European Communities », *H.R.L.J.*, 1981, p.295; H.G. SCHERMERS, « The European Court of Justice : Promoter of European Integration », *A.J.C.L.*, 1974, vol.22, p.462; ID., « The European Communities Bound by Fundamental Human Rights », *C.M.L.R.*, 1990, vol.27, p.249; A. ROSAS, « The Legal Sources of EU Fundamental Rights: A Systemic Overview », in N. COLNERIC *et al.* (eds.), *Une communauté de droit - Festschrift für Gil Carlos Rodriguez Iglesias*, 2003, p.87 ; J-V. LOUIS, T. RONSE, *L’ordre juridique de l’Union européenne*, 2005, p.160, n°106.

⁸⁶ C. SCHNEIDER, *loc. cit.*, p.637.

⁸⁷ Il nous semble que ce point de vue se retrouve, de manière implicite, chez certains auteurs tels que G. TESAURO (« The Role of the Court of Justice in the Protection of Fundamental Rights », in N. COLNERIC *et al.* (eds.), *Une communauté de droit ...*, *op. cit.*, p.104 : « While the Treaty guarantees certain individual freedoms, such as freedom of movement, and prohibits any discrimination on grounds of nationality or sex, these freedoms serve to attain the objectives of the EC Treaty

96. – Une seconde approche consiste à ignorer le contexte économique pour privilégier une approche *littérale* des articles des traités. A l'inverse de la première, cette perspective amène nécessairement à conclure à la présence de droits fondamentaux dans les textes fondateurs des Communautés. A l'appui de ce constat sont en effet invoqués les principes de non-discrimination et de libre circulation – auxquels on peut ajouter le droit de propriété intellectuelle –, dont on ne saurait ignorer la consécration dans les instruments internationaux de protection des droits de l'homme⁸⁸.

97. – On peut encore appréhender les rapports entre les droits de l'homme et l'intégration économique européenne sous un troisième angle, qui s'efforce de lier les interprétations *littérale* et *systémique* des articles des traités. Cette approche conduit à des conclusions plus nuancées que les précédentes. Si certaines dispositions des traités revêtent l'apparence de droits de l'homme, leur insertion dans un texte à vocation économique et leur instrumentalisation au service d'un grand marché incitent à la prudence. Ces hésitations trouvent un écho dans les expressions ambiguës utilisées par la Cour de justice. Si les juges et leurs avocats généraux se sont parfois risqués à qualifier les libertés de circulation de « droit fondamental »⁸⁹, ils privilégient généralement les expressions de « principes fondamentaux »⁹⁰ ou de « libertés fondamentales »⁹¹ pour désigner les « quatre libertés ». Dans cette perspective, on soulignera encore que « (...) the most important difference between the human rights case law and the basic freedoms case law is an often overlooked reservation the ECJ makes : the Court applies the basic freedoms only if there is no secondary instrument »⁹².

98. – Enfin, les rapports entre marché et droits de l'homme dans les textes fondateurs des Communautés acquièrent une nouvelle dimension lorsqu'aux considérations textuelles et systémiques viennent se greffer des éléments d'ordre *téléologique*. On peut alors considérer qu'en contribuant à l'intégration économique, les principes de libre circulation, de libre concurrence et de non-discrimination oeuvrent également à la constitution de l'union politique qui se dessine derrière le grand marché. En ce sens, ils apparaissent à la fois comme les conditions de possibilité et comme les préfigurations des droits fondamentaux appelés tôt ou tard à se développer dans l'ordre juridique communautaire⁹³. Mais la souplesse de l'interprétation téléologique offre aussi un angle d'attaque plus rarement exploité, qui consiste à voir dans les traités CEE et CECA des instruments au service de la promotion du libre exercice de l'activité économique. Dans cette perspective, l'établissement d'un

and are therefore recognized to the extent necessary for the achievement of the Single Market (...) In more general terms, there was no direct reference in the founding Treaties to the legal protection granted to individuals by Community rules (...) » ou G. QUINN (« The European Union and the Council of Europe on the Issue of Human Rights: Twins Separated at Birth? », *McGill L.J.*, 2001, vol.46, p.860: « Indeed, the original EEC treaty did contain a few trace elements of a concern for human rights, *although they were not thought of as such at the time* » (nous soulignons)).

⁸⁸ Concernant le principe général de non-discrimination et d'égalité de traitement, cf. p.ex. l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ci-après PIDCP), l'article 7 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (ci-après DUDH) et les articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après, Charte UE). Concernant le droit de circuler librement, cf. l'article 2 du Protocole n°4 à la CSDH, les articles 12 et 13 PIDCP, l'article 13 DUDH, et l'article 45 de la Charte UE. Concernant la propriété intellectuelle, cf. l'article 27, al.2 DUDH et l'article 17.2 de la Charte UE.

⁸⁹ Cf. C-228/98 *Dounias c. Ministre des Affaires économiques*, *Rec.*, 2000, p.I-577, pt.64 ; aff. 152/82 *Forcheri*, 13 juillet 1983, *Rec.*, 1983, p.2323, pt.11 ; aff. 222/86 *Heylens*, 15 octobre 1987, *Rec.*, 1987, p.4097, pt.14 ; C-408/03 *Commission c. Belgique*, 23 mars 2006, *Rec.*, 2006, p.I-2647, pt.41 ; C-200/02 *Chen*, 19 octobre 2004, *Rec.*, 2004, p.I-9925, pt.33. Cf. encore les conclusions des avocats généraux dans les affaires C-135/99 *Elsen*, ccl. du 13 avril 2000, *Rec.*, 2000, p.I-10409, pt.25 (Saggio) ; C-171/02, *Commission c. Portugal*, ccl. du 16 septembre 2003 (Alber), *Rec.*, 2004, p.I-5645, pt.84 ; C-150/04 *Commission c. Danemark*, ccl. du 1^{er} juin 2006 (Stix-Hackl), *Rec.*, 2007, p.I-1169, pt.37.

⁹⁰ Cf. e.a. aff. 220/83 *Commission c. France*, 4 décembre 1986, *Rec.*, 1986, p.3663, point 17 ; aff. 76/86 *Commission c. Allemagne*, 11 mai 1989, *Rec.*, 1989, p.1021, point 20 ; C-415/93 *Bosman*, 15 décembre 1995, *Rec.*, 1995, p.I-4921, point 93 ; C-18/95 *Terhoeve*, 26 janvier 1999, *Rec.*, 1999, p.I-345, point 36.

⁹¹ Cf. e.a. aff. 115/78 *Knoors*, 7 février 1979, *Rec.*, 1979, p.399, attendu n°20 ; C-49/89 *Corsica Ferries c. France*, 13 décembre 1989, *Rec.*, 1989, p.4441, point 8 ; C-19/92 *Kraus*, 31 mars 1993, *Rec.*, 1993, p.I-1663, point 16.

⁹² A. VON BOGDANDY, « The European Union as a Human Rights Organization ? Human Rights and the Core of the European Union », *C.M.L.R.*, 2000, vol.37, p.1326.

⁹³ Il nous semble que cette approche se retrouve chez O. DE SCHUTTER (« Les droits fondamentaux dans le projet européen », in O. DE SCHUTTER, P. NIHOUL (sous la dir. de), *Une Constitution pour l'Europe*, spéc. p.82-84 ; « Les droits fondamentaux dans l'Union européenne : une typologie de l'acquis », in E. BRIBOSIA, L. HENNEBEL (dir.), *Classer les droits de l'homme*, spéc. p.316-318).

espace économique intégré ne constitue qu'un moyen mis en oeuvre pour assurer la protection d'un droit fondamental dont la libre circulation, la libre concurrence et la non-discrimination ne constituent que des manifestations partielles⁹⁴.

99. – Arrivé à ce stade, le lecteur s'interrogera sans doute sur l'utilité de cette présentation kaléidoscopique – nécessairement incomplète et partielle – des rapports entre droits fondamentaux et intégration économique dans les traités CEEA et CEE. Il est vrai qu'elle ne semble guère revêtir d'intérêt pratique dans la mesure où l'attribution du label « droit fondamental » n'est pas de nature à influencer la justiciabilité des principes fondateurs de la « Constitution économique européenne ». En outre, on peut douter de l'intérêt théorique d'une telle présentation, qui se limite à décrire les thèses en présence sans prendre le soin de les départager.

100. – Cette position de surplomb permet toutefois d'avancer sur d'autres plans. En mettant en lumière le flou et l'ambiguïté des rapports entre droits fondamentaux et intégration économique dès les origines des Communautés, elle revêt une double utilité. D'une part, elle fournit un premier aperçu du caractère profondément superficiel de la dichotomie « droits de l'homme – marché » et met en garde contre la rhétorique qui s'y appuie. En ce sens, elle constitue une introduction aux réflexions qui seront menées dans des chapitres subséquents. D'autre part, elle permet de prendre la mesure du porte-à-faux sur lequel repose le droit communautaire des droits fondamentaux et fournit une explication potentielle aux difficultés qu'ont connues – et que connaissent encore – les droits de l'homme pour s'imposer au sommet de l'ordre normatif européen. Elle jette ainsi une lumière nouvelle sur les prochaines sections de ce chapitre.

Section 2. La dynamique des principes généraux

« The lack of normative predetermination inherent in the Court's reliance on general principles of law does not, however, necessarily render the Court *legibus solutus* or lead to a *gouvernement des juges*. It is in particular the « judicial dialogue » between the European Court of Justice and national courts as well as the discourse with other national and Community institutions which lends legitimacy to judicial law-making within the Community legal order »⁹⁵

« What is lacking is, in other words, a qualified and openminded dialogue between the Court, which has sole authority on the part of the Community to define the contents of the general principles of law of the Community's legal order and interlocutors coming from other quarters of the Community and its Member States. The deaf-ear approach is no longer valid. »⁹⁶

101. – Peu d'épisodes dans l'histoire du droit européen sont aussi célèbres que celui qui vit la Cour de Justice élever les droits fondamentaux au rang de principes généraux du droit communautaire. Jalonnée d'arrêts désormais classiques, symbole éclatant de l'activisme des juges de Luxembourg, cette histoire semble devenue banale. Elle mérite cependant toute notre attention. Son analyse minutieuse permet en effet de déceler, au-delà des apparences, les signes d'une interaction complexe

⁹⁴ Parmi les auteurs ayant établi un lien direct entre les principes de libre circulation et le droit fondamental au libre exercice d'une activité économique ou professionnelle, cf. P. PESCATORE, « The Context and Significance... », *loc. cit.*, p.297. Cf. aussi M. POIARES MADURO, *op. cit.*, selon lequel une lecture néo-libérale ou « ordo-libérale » des traités conduit à voir dans les règles de libre circulation l'expression d'une « *economic due process clause* » (p.129-130). Sur les liens établis par cet auteur entre les droits à la libre circulation et des droits quasiment politiques, cf. *infra*, n°1423.

⁹⁵ M. HERDEGEN, « The Origins and Development of the General Principles of Community Law », in U. BERNITZ, J. NERGELIUS (eds.), *General Principles of European Community Law*, 2000, p. 19. Notons cependant que l'auteur estime qu'un tel dialogue n'a pas eu lieu en matière de droits fondamentaux. Ce constat nous semble résulter d'une analyse trop sommaire de l'histoire de la consécration de ces droits au rang de principes généraux.

⁹⁶ H. RASMUSSEN, « On Legal Normative Dynamics and Jurisdictional Dialogue in the Field of Community General Principles of Law », in U. BERNITZ, J. NERGELIUS (eds.), *op. cit.*, p.45.

et profonde entre les différents acteurs de l'ordre juridique européen. Bien entendu, les quelques pages qui suivent ne prétendent pas dévoiler l'ensemble des facteurs sous-jacents au processus de constitutionnalisation prétorienne des droits de l'homme. Du reste, les « *inputs* » qui favorisèrent le développement de cette jurisprudence et les processus d'influence mutuelle qu'elle traduit resteront toujours affaires d'hypothèses.

102. – L'analyse historique qui va suivre n'est pour autant pas dénuée d'intérêt. En « recontextualisant » les décisions de la Cour, en suivant pas à pas sa jurisprudence, en reliant entre eux les comportements des différents acteurs institutionnels, elle permettra d'apercevoir, à mille lieues du gouvernement des juges et des séparations rigides entre les pouvoirs, les signes d'un authentique « dialogue constitutionnel »⁹⁷.

A. Les prémices (1952-1959) : le traité, la jurisprudence et la doctrine

103. – Avant d'analyser les différentes étapes de ce dialogue, il convient d'esquisser l'arrière-plan historique sur lequel il se greffe. On commencera par remarquer que si elles ne se concrétisèrent dans un recours à la Cour de justice qu'à la fin des années cinquante, les préoccupations relatives à la carence des Communautés en matière de droits fondamentaux habitaient déjà la doctrine – principalement allemande – depuis un certain temps. Il semble en effet que dès les projets relatifs à la Communauté européenne de défense, certains commentateurs aient mis en doute la constitutionnalité de l'adhésion de l'Allemagne à une organisation internationale peu respectueuse des principes de l'Etat de droit⁹⁸. Ces craintes, attisées par la signature du traité de Rome, se traduisirent très vite dans des positions doctrinales tranchées dont le *Bundesverfassungsgericht* ne manquerait pas de s'inspirer quelque quinze années plus tard dans son fameux arrêt *Solange I*⁹⁹.

104. – Au moment même où la « constitutionnalisation communautaire » des droits fondamentaux commençait à hanter les esprits, la voie par laquelle elle se réaliserait émergeait progressivement de la jurisprudence de la Cour de justice. Sous l'impulsion des avocats généraux Lagrange et Roemer, la catégorie des principes généraux du droit communautaire faisait lentement son entrée dans l'ordre juridique européen.

105. – On remarquera toutefois que ce développement jurisprudentiel ne bénéficiait d'aucun point d'ancrage dans les textes fondateurs des Communautés. S'ils présentaient une carence en matière de droits fondamentaux, les traités de Paris et de Rome n'étaient guère plus prolixes à l'égard des principes généraux du droit. Chargée d'assurer le respect du droit dans l'application et l'interprétation des traités¹⁰⁰, la Cour de Luxembourg n'était pas explicitement autorisée à recourir aux principes

⁹⁷ Sur cette notion, qui connaît actuellement un grand succès aux Etats-Unis et au Canada, cf. *infra*, n°1252.

⁹⁸ H. KRAUS, « Das Erfordernis struktureller Kongruenz zwischen der Verfassung der Europäischen Verteidigungsgemeinschaft und dem Grundgesetz », 1953 et H. KRUSE, « Strukturelle Kongruenz und Homogenität », 1954, cités par P. PESCATORE, « Les droits de l'homme et l'intégration européenne », *C.D.E.*, 1968, p.632.

⁹⁹ Sur ces positions doctrinales, cf. *ibidem*, p.632-633. Sur l'arrêt *Solange I*, cf. *infra*, n°131-132. Il semble que la doctrine italienne, moins réservée sur la constitutionnalité de l'adhésion de l'Italie aux Communautés, a également très vite exprimé des doutes quant à la validité interne de règles de droit dérivé non conformes à la Constitution : cf. R. MONACO, *Diritto delle Comunità Europee e diritto interno*, 1967, p.210 et s. : « La conclusione generale alla quale siamo pervenuti, cioè della conformità alla Costituzione italiana dei Trattati comunitari e degli atti internazionali che vi sono annessi, lascia aperto invece un altro ordine di questioni di costituzionalità; esso è rappresentato dall'insime della produzione giuridica posta in essere dagli organi comunitari »; cf. également G. BARILE, *Limiti all'attuazione dei diritti europei e stranieri nell'ambito della comunità estatale*, cité par R. MONACO, *op. cit.*, p.212 et 217, selon lequel l'application du droit communautaire doit, conformément au droit international privé, s'effacer devant des considérations d'ordre public.

¹⁰⁰ Art. 31 CECA et 164 CEE (Comp. art.38, §1, c) du Statut de la Cour internationale de Justice du 26 juin 1945). La doctrine voit généralement dans la formulation vague de ces articles l'expression d'un mandat très large accordé à la Cour de justice, qui autorise, le cas échéant, le recours à des principes généraux du droit. Cf. e.a. T. TRIDIMAS, *The General Principles of EC Law*, 1999, p.11. Il a très vite été considéré que la formulation des articles 33 CECA et 173 CEE – qui donnent compétence à la Cour pour connaître de toute « violation du Traité ou de toute règle de droit relative à son application »

généraux dans le cadre de son office. Seules les questions relatives à la responsabilité extra-contractuelle des Communautés échappaient à ce régime général de silence¹⁰¹.

106. – Cette carence des traités n’empêcha pas les principes généraux d’acquérir rapidement une place prépondérante dans la jurisprudence de la Cour de justice¹⁰². Invoqués tantôt à des fins d’interprétation du droit communautaire, tantôt à des fins d’invalidation de celui-ci, ils émergèrent progressivement des traités, du droit international et des droits des Etats membres.¹⁰³ Mais si la catégorie des principes généraux eut tôt fait d’apparaître en droit communautaire, ses premières applications ne concernaient qu’indirectement les droits fondamentaux. Elles se limitaient à préparer le terrain sur lequel s’engagerait plus tard le dialogue constitutionnel.

B. Des revendications ignorées (1) (1959-1960) : les particuliers, un avocat général et la Cour

107. – C’est dans le cadre de la CECA que la Cour de justice eut pour la première fois à connaître de recours alléguant expressément la violation de droits fondamentaux¹⁰⁴. Cette première affaire concernait un recours en annulation d’une décision de la Haute Autorité selon laquelle des ententes intervenues dans le secteur du charbon et préjudiciables aux intérêts économiques du requérant n’étaient pas, *ratione temporis*, couvertes par l’interdiction de l’article 65, §1^{er}, CECA. Elles n’étaient, partant, pas jugées contraires au droit communautaire. A l’appui de son recours, le plaignant invoquait les articles 2 et 12 de la loi fondamentale allemande, qui garantissent respectivement la liberté d’action et la liberté de la profession. Selon le requérant, ces articles avaient été violés par la Haute Autorité, dont la décision, intervenue avant la constitution du marché commun du charbon, aurait dû appliquer le droit allemand et non le droit communautaire.

108. – C’est sans surprise que la Cour, se rangeant à l’opinion de l’avocat général Lagrange, écarta l’argument et rejeta ce recours potentiellement dangereux pour la cohérence et l’intégrité du droit communautaire :

« Attendu, en effet, qu’en vertu de l’article 8 du traité, la Haute Autorité n’est appelée à appliquer que le droit de la Communauté ; qu’elle n’est pas compétente pour appliquer le droit interne des Etats membres ; que, de même, selon l’article 31 du traité, la Cour n’a qu’à assurer le respect du droit dans l’interprétation et l’application du traité et des règlements d’exécution ; qu’en règle générale, elle n’a pas à se prononcer sur les règles de droit interne ; qu’en conséquence elle ne saurait examiner le grief selon lequel, en prenant sa décision, la Haute Autorité aurait violé des principes du droit constitutionnel allemand (notamment les articles 2 et 12 de la loi fondamentale) »¹⁰⁵

(nous soulignons) – recouvrait la catégorie des principes généraux du droit (cf. déjà P. LEGER, « La Cour de justice de la Communauté européenne du charbon et de l’acier », *R.D.P.*, 1954, p.424).

¹⁰¹ Art. 215, §2, CEE (288 CE) et 188, §2, Euratom : « En matière de responsabilité non contractuelle, la Communauté doit réparer, conformément aux principes généraux communs au droit des Etats membres, les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l’exercice de leurs fonctions ».

¹⁰² Cf. déjà aff. 8/55 *Fédération charbonnière de Belgique c. Haute Autorité*, 16 juillet 1956, *Rec.*, 1955, p.291, spéc. p.304 ; aff. 9/56 *Meroni c. Haute Autorité*, 13 juin 1958, *Rec.*, 1958, p.11 ; aff. 15/57 *Hauts Fourneaux de Chasse c. Haute Autorité*, 12 juin 1958, *Rec.*, 1958, p.157 ; aff. 4-13/59 *Mannesman AG et autres c. Haute Autorité*, 4 avril 1960, *Rec.*, 1960, p.243. Sur les premiers développements de cette jurisprudence, cf. P. LEGER, « L’ordre juridique de la C.E.C.A. vu à travers la jurisprudence de sa Cour », *R.D.P.*, 1958, p.841-865 ; P. REUTER, « Le recours de la Cour de justice des Communautés européennes à des principes généraux du droit », in *Mélanges offerts à Henri Rolin*, 1964, p.263-283.

¹⁰³ Sur les principes généraux du droit dans l’ordre juridique communautaire, cf. e.a. U. BERNITZ, J. NERGELIUS (eds.), *op. cit.* ; J-P. PUISOCHET, « La Cour de Justice et les principes généraux de droit », in X, *La protection juridictionnelle des droits dans le système communautaire*, 1997, p.1-19 ; D. SYMON, « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire? », *Droits*, 1991, vol.14, p.73-86 ; T. TRIDIMAS, *op. cit.* ; J.A. USHER, *General Principles of EC Law*, 1998 ; R-E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire. Origines et concrétisations*, 1996.

¹⁰⁴ Aff. 1/58 *Friedrich Stork & Cie c. Haute Autorité*, 4 février 1959, *Rec.*, 1959, p.43.

¹⁰⁵ Attendu n°4, A.

109. – La deuxième affaire mettant directement en jeu des droits fondamentaux intervint quelques mois plus tard.¹⁰⁶ La Cour avait à connaître en l'espèce de deux recours en annulation intentés contre une même décision de la Haute Autorité concernant les conditions de tonnage exigées de négociants en gros pour avoir droit à l'approvisionnement direct auprès des comptoirs de charbon de la Ruhr. Cette fois-ci toutefois, les droits fondamentaux n'étaient pas invoqués dans le cadre de la demande d'annulation de la décision, mais bien plutôt à l'appui d'une demande subsidiaire introduite par l'un des requérants – l'entreprise Nold – tendant à obtenir une dérogation à la réglementation contenue dans la décision litigieuse. La société requérante considérait en effet que cette réglementation portait atteinte à son « droit au maintien des droits acquis » tel que consacré par la jurisprudence allemande à partir du droit de propriété contenu dans l'article 14 de la loi fondamentale.

110. – Se référant à l'arrêt *Stork*, l'avocat général Lagrange écarta bien évidemment une telle argumentation, qui mettait une fois encore en péril l'autonomie de l'ordre juridique communautaire et méconnaissait les limites de la juridiction de la Cour. Cependant, après avoir rappelé qu'« (...) il n'appartient pas à la Cour, juge de la légalité des autorisations, d'appliquer, *du moins directement*, les règles de droit interne, même constitutionnelles, en vigueur dans l'un ou l'autre de ses Etats membres »¹⁰⁷, l'avocat général considéra qu'« elle [la Cour] peut seulement s'en inspirer éventuellement pour y voir l'expression d'un principe général de droit susceptible d'être pris en considération pour l'application du traité ». Ce faisant, M. Lagrange indiquait à la Cour la voie qui lui permettrait d'engager un dialogue fructueux avec les autres acteurs de l'ordre communautaire et de s'atteler à une constitutionnalisation prétorienne des droits fondamentaux¹⁰⁸.

111. – Une fois de plus, la Cour suivit son avocat général. Après avoir refusé d'appliquer la disposition du droit allemand invoquée par le requérant, elle s'interrogea sur l'existence d'un principe général du droit communautaire conférant une garantie analogue :

Attendu qu'il n'appartient pas à la Cour (...) d'assurer le respect des règles de droit interne, même constitutionnelles, en vigueur dans l'un ou l'autre des Etats membres ; que dès lors la Cour ne peut ni interpréter, ni appliquer l'article 14 de la loi fondamentale allemande dans l'examen de la légalité d'une décision de la Haute Autorité ;

Que, d'autre part, le droit communautaire, tel qu'il résulte du traité C.E.C.A. ne contient aucun principe général, explicite ou non, garantissant le maintien des situations acquises ;

112. – La conclusion négative de la Cour ne doit pas masquer l'avancée dont témoigne cet arrêt. Timide, probablement inconscient, le premier pas en direction d'une reconnaissance des droits fondamentaux était fait. Il n'aurait toutefois pas pour effet de rassurer les juridictions nationales et serait bien vite suivi d'un deuxième.

C. Des revendications ignorées (2) (1960-1965) : les particuliers, les juridictions nationales et la Cour

113. – L'arrêt *Geitling* fut rapidement suivi de plusieurs décisions qui consacrèrent les principes de légalité, de sécurité juridique et de non-rétroactivité au sein du droit communautaire. Rendus sur question préjudicielle dans le cadre du traité CEE¹⁰⁹ ou suite à des recours en annulation de décisions

¹⁰⁶ Aff. 36, 37, 38 & 40/59 *Geitling et autres c. Haute Autorité*, 15 juillet 1960, *Rec.*, 1960, p.857.

¹⁰⁷ p.910. Souligné dans le texte.

¹⁰⁸ Avec B. DE WITTE (« The Past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights », in P. ALSTON, J. WEILER (eds.), *The EU and Human Rights*, 1999, p.865), on notera le parallèle saisissant entre la jurisprudence communautaire des « principes généraux » et celle du « bloc de constitutionnalité » développée par le Conseil constitutionnel français en réaction à l'absence de *bill of rights* juridiquement contraignant.

¹⁰⁹ Aff. 16/61 de *Geus en Uitdenbogerd contre Robert Bosch*, 6 avril 1962, *Rec.*, 1962, p.89.

de la Haute Autorité de la CECA¹¹⁰, ces arrêts ne contenaient certes aucune référence expresse aux droits de l'homme, mais confirmaient l'utilité et l'importance des principes généraux du droit.

114. – Peu de temps après, soucieuse de conforter l'autonomie du droit communautaire la Cour franchissait une étape décisive dans son illustre arrêt *Van Gend & Loos*¹¹¹. Considérant que « la Communauté économique européenne constitue un nouvel ordre juridique du droit international, au profit duquel les Etats ont limité (...) leurs droits souverains et dont les sujets sont non seulement les Etats membres mais également leurs ressortissants », elle déclarait que « le droit communautaire, indépendant de la législation des Etats membres, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique ». En jetant les bases de la doctrine de l'effet direct et en soulignant la spécificité de l'ordre juridique communautaire par rapport au droit des organisations internationales « classiques », la Cour entendait tordre le cou aux revendications souverainistes et réaffirmer les fondements constitutionnels et démocratiques de l'édifice européen¹¹². Ce faisant, elle rendait plus patente encore la carence des traités en matière de droits fondamentaux¹¹³.

115. – Les juridictions nationales et la doctrine allemandes ne tardèrent pas à réagir en ordre dispersé à cette décision qui voyait dans les Communautés l'expression de la limitation par les Etats de leurs « droits souverains ». Dans des jugements du 3 septembre et du 14 novembre 1963, le *Finanzgericht Bremen* et le *Finanzgericht Rheinland-Pfalz* s'appuyèrent sur la théorie de l'« équivalence structurelle » défendue par de nombreux auteurs¹¹⁴. Celle-ci subordonnait la constitutionnalité de l'adhésion de l'Allemagne aux Communautés européennes à la condition que les traités fondateurs de celles-ci mettent en place des structures et consacrent des principes équivalents à ceux inscrits dans la Loi Fondamentale. Mais alors que le tribunal de Brême conclut à l'existence d'une équivalence structurelle entre la Constitution allemande et le traité CEE, la juridiction rhénane procéda quant à elle au renvoi de l'affaire à titre préjudiciel à la Cour constitutionnelle fédérale¹¹⁵ au motif que :

« Le traité C.E.E. ne connaît pas la séparation entre le législatif et l'exécutif. Dans la mesure où la loi portant ratification du traité de la C.E.E. autorise que le Conseil en tant qu'organe exécutif soit habilité à arrêter des lois ayant un effet immédiat dans le chef des citoyens de la République fédérale, la Loi fondamentale est violée. Ce que les auteurs (de la Loi fondamentale) refusent à l'exécutif de leur propre pays, le législateur lié par la Loi

¹¹⁰ Aff. 42 et 49/59 *S.N.U.P.A.T. c. Haute Autorité*, 22 mars 1961, *Rec.*, 1961, p.103 ; aff. 13/61 *Hoogovens N.V. c. Haute Autorité*, 12 juillet 1962, *Rec.*, 1962, p.485 ; aff. 17/61 et 20/61 *Klöckner-Werke AG et Hoesch AG c. Haute Autorité*, 13 juillet 1962, *Rec.*, 1962, p. 615 ; aff. 19/61 *Mannesman AG c. Haute Autorité*, 13 juillet 1962, *Rec.*, 1962, p.675. Ces deux derniers arrêts font également référence à un « principe de justice ». Notons que l'arrêt *S.N.U.P.A.T.* contient également les premières traces du principe de respect des droits de la défense. Dans ce sens, cf. aff. 6/60 *Humblet c. Etat belge*, 16 décembre 1960, *Rec.*, 1960, p.1125, dans lequel la Cour condamne toute interprétation restrictive des garanties juridictionnelles offertes à un individu.

¹¹¹ Aff. 26/62 *Van Gend & Loos c. Administration fiscale néerlandaise*, 5 février 1963, *Rec.*, 1963, p.3.

¹¹² Cf. P. PESCATORE, « The Doctrine of "Direct Effect": An Infant Disease of Community Law », *E.L.R.*, 1983, vol.8, p.158 : « This is the consequence of a democratic ideal, meaning that in the Community, as well as in a modern constitutional State, Governments may not say anymore as they are used to doing in international law : « l'Etat, c'est moi ». Far from it ; the Community calls for the participation of everybody, with the result that private individuals are not only liable to burdens and obligations, but that they have also prerogatives and rights which must be legally protected. It was thus a highly political idea, drawn from a perception of the constitutional system of the Community, which is at the basis of *Van Gend & Loos* (...) ».

¹¹³ On notera en passant qu'à cette époque, conformément à la mission confiée le 18 juillet 1961 par la conférence des chefs d'Etat et de gouvernement des Six réunis à Bonn, la commission Fouchet présentait deux projets de traités d'Union politique européenne. Bien qu'ils s'inscrivissent davantage dans une perspective intergouvernementale que fédéraliste, ces projets, qui firent long feu, exprimaient dans leur préambule l'attachement des Etats membres aux droits de l'homme et à la démocratie (textes disponibles sur www.ena.mu/mce.cfm).

¹¹⁴ Cf. les références citées par G. COHEN-JONATHAN, « Cours constitutionnelles et règlements communautaires », *C.D.E.*, 1975, p.178-180.

¹¹⁵ Dans un arrêt du 5 juillet 1967, le *Bundesverfassungsgericht* estima que l'examen de l'objet du renvoi n'était pas utile à la solution du cas de l'espèce par le tribunal. Cf. à ce sujet L.J. BRINKHORST, H.G. SCHERMERS, *Judicial Remedies in the European Communities*, 2nd ed., 1977, p.181-182.

fondamentale ne peut l'accorder à un exécutif supranational. »¹¹⁶

116. – Exprimant la première velléité de dissidence d'un tribunal national à l'égard d'un ordre communautaire jugé peu respectueux de l'Etat de droit, ce jugement¹¹⁷ fut discuté longuement par le *Verwaltungsgericht Frankfurt* dans une décision du 17 décembre 1963. Après avoir contesté les conclusions du tribunal financier et affirmé la constitutionnalité de la loi allemande portant ratification du traité C.E.E, le tribunal administratif évoqua pour la première fois la question du respect des droits fondamentaux :

« [U]n transfert de droits ne peut être opéré qu'à un détenteur de la puissance publique ayant les mêmes conceptions de base que celles professées par la République fédérale dans la Loi fondamentale ; que cet abandon à un détenteur du pouvoir qui ne serait pas disposé à garantir les droits fondamentaux serait impossible pour la Fédération ; que le transfert de droits souverains ne peut donc se faire qu'à des organismes détenteurs de la puissance publique qui reconnaissent les droits fondamentaux de la personne humaine et sont disposés à protéger l'auto-administration, la famille et la propriété »¹¹⁸.

117. – Combattues par une partie de la doctrine allemande¹¹⁹, ces considérations souverainistes aux accents menaçants trouvèrent un écho dans la jurisprudence italienne. On vit ainsi le tribunal de Turin interroger la Cour constitutionnelle, dans une ordonnance du 11 décembre 1964, sur la validité des articles 33(2), 41 et 92 du traité CECA au regard des garanties juridictionnelles octroyées par les articles 102 et 113 de la Constitution italienne¹²⁰. Le tribunal de Rome fut quant à lui confronté à la question de savoir si l'absence d'un double degré de juridiction dans l'ordre communautaire était compatible avec les droits fondamentaux découlant des articles 102 et 111 de la Constitution¹²¹. La Cour constitutionnelle elle-même parut favorable à ces tendances lorsque, dans un arrêt du 7 mars 1964, elle estima que le traité CEE avait un rang équivalent à celui d'une loi ordinaire dans l'ordre juridique italien¹²².

118. – Inspirées d'une logique dualiste ou fondées sur l'adage « *nemo plus iuris* », ces décisions revendicatrices n'émurent guère les juges de Luxembourg qui, dans l'arrêt *Costa c. E.N.E.L.* du 15 juillet 1964, rendu sur une question préjudicielle posée par une juridiction italienne contre l'avis de la Cour constitutionnelle, affirmèrent avec force la primauté du droit communautaire sur les droits nationaux¹²³. Insensible aux arguments et aux menaces, la Cour poursuivait seule son agenda fédéraliste.

119. – C'est dans ce contexte de conflit latent que la Cour de justice eut à connaître d'un recours intenté par des agriculteurs italiens contre des règlements fixant les prix de référence de certains

¹¹⁶ Cité et traduit par F. DEHOUSSE, « La primauté du droit communautaire sur le droit des Etats membres. Rapport fait au nom de la Commission juridique au Parlement européen », *R.T.D.E.*, 1965, p.239. Le tribunal continue ainsi : « Le fait que le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif soient réunis entre les mains du Conseil de la C.E.E n'a, certes, pas encore ébranlé le régime d'Etat de droit de la République fédérale. Mais les conceptions avancées pour justifier cette séparation des pouvoirs, et selon lesquelles le transfert du pouvoir législatif à des Communautés supranationales n'est pas lié par des limites de caractère constitutionnel, comportent un danger, à savoir que cette interprétation risque d'offrir un jour aux forces qui rejettent l'Etat de droit un bon prétexte pour transférer le pouvoir législatif aux organes exécutifs d'une Communauté supranationale dominée par des Etats *autoritaires* et de renverser de l'extérieur le régime de droit de la République fédérale par cette voie pseudo-légale ».

¹¹⁷ Dans le même sens et du même tribunal, cf. un jugement du 25 mars 1965 cité par P. PESCATORE, « Les droits... », *loc. cit.*, p.634.

¹¹⁸ Cité et traduit par F. DEHOUSSE, *loc. cit.*, p.241.

¹¹⁹ Cf. e.a. K. ZWIEGERT, « Der Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechtes auf das Recht der Mitgliedstaaten » et WOHLFARTH, « Anfänger einer europäischen Rechtsordnung und ihr Verhältnis zum deutschen Recht », cités par G. COHEN-JONATHAN, « Cour... », *loc. cit.*, p.177.

¹²⁰ *C.M.L.R.*, 1964-1965, p.450-451. Sur la réponse de la Cour constitutionnelle, cf. *infra*, n°121.

¹²¹ Décision du 22 septembre 1964 citée par P. PESCATORE, « Les droits... », *loc. cit.*, p.636. Cf. *ibidem* pour d'autres décisions.

¹²² Arrêt n°14/64, *C.M.L.R.*, 1964, p.225.

¹²³ Aff. 6/64 *Costa c. E.N.E.L.*, 15 juillet 1964, *Rec.*, 1964, p.1141.

agrumes dans le cadre de l'organisation commune des marchés dans le secteur des fruits et légumes.¹²⁴ Contestant l'argument de la Commission selon lequel les conditions restrictives de l'article 173 CEE (230 CE) faisaient obstacle à la recevabilité d'un tel recours, les plaignants invoquèrent la « théorie du droit protégé » (*Schutzgesetztheorie*) consacrée en droit administratif allemand¹²⁵ et prétendirent qu'en les privant de toute garantie juridictionnelle, un jugement d'irrecevabilité heurterait les principes fondamentaux des Etats membres. La réponse de la Cour fut cinglante, qui déclara que « (...) sans pénétrer dans ces considérations, on ne saurait cependant les faire prévaloir à l'encontre du texte clairement restrictif que la Cour a pour mission d'appliquer ».

D. Conseils et infléchissements (1965-1970) : la doctrine, les juridictions nationales et la Cour

120. – Ces prises de position affirmées rencontrèrent le soutien immédiat du Parlement européen qui, « préoccupé par les tendances qui se sont manifestées auprès de certaines autorités juridictionnelles nationales et qui sont de nature à mettre en cause l'application même des dispositions du droit communautaire », rappela avec force le principe de primauté de ce dernier sur le droit des Etats membres¹²⁶. Par ailleurs, lors d'une séance précédente de l'Assemblée européenne – le futur « Parlement » –, W. Hallstein, alors président de la Commission européenne, aborda de front la question du respect des droits fondamentaux par la Communauté européenne en des termes qui se révéleraient prophétiques. Après avoir affirmé l'opposition de la Commission et des gouvernements allemand et italien aux décisions des tribunaux de Rhénanie et de Turin¹²⁷, il déclara :

Les organes communautaires n'en sont pas pour autant des institutions technocratiques se situant hors des constitutions. Car la Cour de justice a de même souligné à maintes reprises (...) *l'applicabilité des principes juridiques généraux des Etats-membres dans l'ordre juridique communautaire* (...). Les constitutions, surtout les dispositions sur les droits fondamentaux, n'agissent pas directement sur la Communauté. Mais celle-ci doit *respecter la tradition juridique concordante des Etats-membres et tenir compte des conceptions communes de valeur qui sont reconnues dans les Etats-membres*. Cette obligation découle directement du droit communautaire, de règles positives (par exemple l'article 215 du traité de la C.E.E.) comme de sa particularité de système juridique plus récent enraciné dans les ordres nationaux »¹²⁸.

121. – Il est probable que ces encouragements adressés à la Cour de justice influencèrent la Cour constitutionnelle italienne lorsque, cinq mois plus tard, elle fut appelée à se prononcer pour la première fois sur la violation, par le traité CECA, de certains droits fondamentaux contenus dans la Constitution. Interrogée par le tribunal de Turin, la Cour évita soigneusement de se prononcer sur la hiérarchie entre les traités et la Constitution et estima que la protection juridictionnelle accordée aux particuliers dans l'ordre communautaire satisfaisait aux principes fondamentaux du droit italien¹²⁹.

¹²⁴ Aff. 40/64 *Sgarlata et autres c. Commission*, 1er avril 1965, *Rec.*, 1965, p.279.

¹²⁵ Selon cette théorie, « l'appréciation du droit de recours est fonction de la disposition juridique prétendument violée. S'il s'avère que celle-ci vise la protection d'un groupe de personnes déterminé et limité, l'existence d'un droit de recours en faveur de ce groupe ne peut être niée » (AG ROEMER, conclusions du 9 février 1965, *Rec.*, 1965, p.304).

¹²⁶ Résolution relative à la primauté du droit communautaire sur le droit des Etats membres, *J.O.*, 9 novembre 1965, p.2923.

¹²⁷ Cf. *supra*, n° 115-117.

¹²⁸ Intervention du professeur Walter HALLSTEIN dans le débat juridique sur le rapport de DEHOUSSE, session de juin 1965 du Parlement européen, *R.T.D.E.*, 1965, p.253 (nous soulignons). A la même époque, lors d'un colloque organisé à Bruges, M. WAELBROECK s'exprima dans des termes très similaires, considérant que les droits de l'homme contenus dans la CSDH font partie de l'héritage commun des Etats membres et doivent à ce titre être considérés comme des principes généraux du droit communautaire (« La Convention européenne des droits de l'homme lie-t-elle les Communautés européennes ? », in *Droit communautaire et droit national*, 1965, p.305-318, spéc. p.312). Une position similaire semble avoir été adoptée par la Commission des affaires étrangères de la Diète allemande dès 1953, mais n'a guère trouvé d'écho dans la doctrine de l'époque (*Ibid.*, p.324).

¹²⁹ Arrêt n°98, *San Michele*, 27 décembre 1965, *C.M.L.R.*, 1966, p.238-242.

122. – Si le *Bundesverfassungsgericht* ne fut guère plus prolix dans sa réponse au tribunal financier de Rhénanie¹³⁰, un recours intenté contre un règlement communautaire sur base d’une violation des droits fondamentaux le mit au pied du mur. Empruntant le vocabulaire utilisé par la Cour de justice dans ses arrêts *Van Gend & Loos* et *Costa*, la Cour constitutionnelle estima qu’elle n’était pas compétente pour juger de la validité d’un règlement communautaire et déclara le recours irrecevable. Elle ajouta toutefois que ces considérations ne préjugeaient pas de sa compétence pour examiner la conformité du droit communautaire au regard des dispositions fondamentales de la Constitution allemande dans le cadre d’un litige dont elle serait régulièrement saisie¹³¹. Cette décision ambiguë, qui traduisait sans doute des dissensions parmi les juges, n’eut pas pour effet d’apaiser les esprits. Quelques mois plus tard, le tribunal administratif de Francfort déclarait à plusieurs reprises des règlements communautaires agricoles « nuls au fond parce qu’ils violaient les principes du libre développement de la personnalité, de la liberté de disposer du commerçant ainsi que de la proportionnalité, principes protégés par la loi fondamentale allemande »¹³².

123. – Poussée par les juridictions nationales, encouragée par le Parlement européen, aiguillée par la doctrine¹³³, la Cour de justice se décida enfin à infléchir sa jurisprudence. Dans une affaire *Stauder c. Ville d’Ulm*¹³⁴, elle fut saisie d’une question préjudicielle posée par le tribunal administratif de Stuttgart. Celui-ci s’enquérât de la compatibilité « avec les principes généraux du droit communautaire » d’une décision de la Commission liant la cession de beurre à prix réduit aux bénéficiaires de certains régimes d’assistance sociale à la divulgation du nom du bénéficiaire au vendeur » (pt.1 ; nous soulignons). Les termes utilisés n’étaient pas innocents. Abandonnant toute référence à la loi fondamentale allemande, préférant la voie du dialogue à celle de l’affrontement, le tribunal employait le vocabulaire de la Cour et dissimulait, derrière la catégorie des principes généraux¹³⁵, ses inquiétudes quant au respect de la dignité humaine et du principe d’égalité¹³⁶. La Cour n’eut toutefois pas à se prononcer sur la validité de la décision litigieuse, dont seules les versions allemande et néerlandaise prévoyaient l’obligation de dévoiler l’identité du bénéficiaire de la vente à prix réduit. Estimant que la version contenue dans les autres langues était la seule correcte, elle tint cependant à préciser qu’« ainsi interprétée la disposition litigieuse ne révèle aucun élément susceptible de mettre en cause les droits fondamentaux de la personne compris dans les principes généraux du droit communautaire, dont la Cour assure le respect » (pt.7 ; nous soulignons). Les droits fondamentaux faisaient une entrée discrète dans la jurisprudence de la Cour¹³⁷.

124. – Quelques mois plus tard, une série de questions préjudicielles posées par le tribunal administratif de Francfort et par son juge d’appel, la Cour administrative du Land de Hesse,

¹³⁰ Arrêt du 5 juillet 1967, *C.M.L.R.*, 1967-1968, p.481-482.

¹³¹ Arrêt du 18 octobre 1967, *C.M.L.R.*, 1967-1968, p.483-484.

¹³² Jugement du 11 septembre 1968 cité par G. COHEN-JONATHAN, « Cour... », *loc. cit.*, p.180. Cf. dans le même sens l’ordonnance du 18 mars 1970, citée *ibidem*.

¹³³ Cf. P. PESCATORE, « Les droits de l’homme... », *loc. cit.*, qui, de manière tout aussi prophétique que Walter HALLSTEIN, incite la Cour à recourir aux principes généraux du droit ; « (...) si un jour une contestation devait être soulevée devant la Cour de justice en ce qui concerne la compatibilité d’un acte communautaire (...) avec le respect dû aux droits fondamentaux (...), la Cour aurait toute latitude de chercher, non seulement dans le cadre du traité même, mais au-delà, dans le fonds commun des traditions libérales et démocratiques des peuples d’Europe occidentale, les principes qui éventuellement lui permettraient de censurer l’action des institutions communes ». Le secret du délibéré ne nous empêchera pas de penser que cette étude de l’éminent professeur, qui n’hésite pas à analyser les différentes constitutions nationales pour en extraire des droits communs, a influencé la décision des juges dans l’arrêt *Stauder* commenté ci-dessous. On remarquera d’ailleurs que cette affaire fut l’une des premières dans laquelle siégea P. PESCATORE...

¹³⁴ Aff. 29/69 *Erich Stauder c. Ville d’Ulm*, 12 novembre 1969, *Rec.*, 1969, p.419.

¹³⁵ Laquelle avait connu une forte extension depuis le début des années soixante.

¹³⁶ On notera que M. Stauder avait en outre introduit un recours auprès du *Bundesverfassungsgericht* contre la même décision de la Commission sur base des articles 1 et 3 de la Loi fondamentale.

¹³⁷ Cette « entrée discrète » ne semble pas avoir été remarquée par tout le monde. Ainsi, en 1970, M. RITTERSPACH, juge à la cour constitutionnelle allemande, écrit-il : « Pourquoi la Communauté supranationale pourrait-elle se permettre de faire à l’égard des particuliers ce qui est défendu à chaque Etat membre !... Est-ce que le soin et la rigueur, presque excessive dont ont fait preuve les tribunaux constitutionnels, du moins dans certains Etats, ne vont pas être discrédités si, par ailleurs, une autorité « technocratique » dont les membres ne peuvent pas se prévaloir d’une légitimation démocratique (directe), peut se permettre d’ignorer complètement les mêmes droits fondamentaux des particuliers ? » (cité par G. COHEN-JONATHAN, « Cour... », *loc. cit.*, p.179).

inauguraient un des épisodes les plus connus de l'histoire constitutionnelle européenne. Nous nous y arrêterons très brièvement. A l'origine de ces affaires se trouvaient trois règlements communautaires subordonnant l'obtention d'un certificat d'importation ou d'exportation de certains produits au dépôt d'une caution, laquelle, sauf cas de force majeure, était perdue si l'opération n'était pas réalisée par le titulaire du certificat. Après avoir déclaré plusieurs fois invalides de tels règlements¹³⁸, le tribunal administratif de Francfort se résolut à interroger la Cour de justice sur leur compatibilité avec les droits fondamentaux contenus dans les articles 2 et 14 de la Loi fondamentale¹³⁹. De même, saisie en appel d'une série de décisions rendues par le tribunal administratif, la cour administrative du Land de Hesse posa plusieurs questions préjudicielles en interprétation et en validité de ces mêmes règlements, s'interrogeant sur leur conformité aux principes de liberté économique et de proportionnalité.

125. – Encouragée par l'avocat général Dutheillet de Lamothe à « réaffirmer ici avec plus de force encore »¹⁴⁰ la position qu'elle avait exprimée dans l'arrêt *Stauder*, la Cour déclara, en réponse au tribunal administratif de Francfort :

« L'invocation d'atteintes portées, soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un Etat membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet Etat ;

Attendu qu'il convient toutefois d'examiner si aucune garantie analogue, inhérente au droit communautaire, n'aurait été méconnue ;

Qu'en effet, le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect ;

Que la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, doit être assurée dans le cadre de la structure des objectifs de la Communauté »¹⁴¹.

126. – Après avoir constaté l'absence de toute violation d'un droit fondamental, la Cour répondit par la négative aux questions qui lui étaient posées¹⁴². L'avancée dont témoigne ces arrêts n'a jamais été sérieusement contestée. Poussée dans le dos par des juridictions méfiantes, la Cour avait non seulement rappelé avec force sa jurisprudence *Stauder*, mais elle avait en outre dévoilé, sur les conseils de son avocat général¹⁴³, les sources – nationales – qui la guideraient dans son entreprise de constitutionnalisation prétorienne des droits de l'homme. On apprendrait toutefois très vite que les arrêts de la Cour avaient été fort mal reçus par leurs destinataires.

E. Encouragements et menaces (1970-1974) : le Parlement, les juridictions nationales et la Cour

127. – Les tribunaux administratifs de Hesse et de Francfort ne désarmèrent pas. Alors que le premier déclarait, dans un jugement du 1^{er} mars 1971, que « le juge allemand doit examiner la compatibilité des dispositions communautaires avec les normes de base de la loi fondamentale, que le législateur fédéral n'a le pouvoir ni de modifier, ni de limiter »¹⁴⁴, le second refusait de se plier à l'arrêt rendu par

¹³⁸ Cf. *supra*, n°122.

¹³⁹ Liberté d'action et de disposition, liberté économique et proportionnalité.

¹⁴⁰ Conclusions du 2 décembre 1970, *Rec.*, 1970, p.1149.

¹⁴¹ Aff. 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft*, 17 décembre 1970, *Rec.*, 1970, p.1135.

¹⁴² Outre l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*, cf. aussi aff. 25/70 *Köster* (*Rec.*, 1970, p.1161), aff. 26/70 *Henck* (*Rec.*, 1970, p.1183) et aff. 30/70 *Otto Scheer* (*Rec.*, 1970, p.1197) tous rendus le 17 décembre 1970.

¹⁴³ *Rec.*, 1970, p.1149 : « [les principes fondamentaux des droits nationaux] (...) contribuent à former ce substratum philosophique, politique et juridique commun aux Etats membres à partir duquel se dégage de façon prétorienne un droit communautaire non écrit dont l'un des buts essentiels est précisément d'assurer le respect des droits fondamentaux de l'individu. En ce sens, les principes fondamentaux des droits nationaux contribuent à permettre au droit communautaire de trouver en lui-même les ressources nécessaires pour assurer, en cas de besoin, le respect des droits fondamentaux qui forment le patrimoine commun des Etats membres ».

¹⁴⁴ Cité par G. COHEN JONATHAN, « Cour... », *loc. cit.*, p.180.

la Cour de justice dans *Internationale Handelsgesellschaft* et introduisait un recours auprès du *Bundesverfassungsgericht*¹⁴⁵. Notons au passage que ce dernier avait, entre-temps, accepté la primauté du traité CEE sur les lois allemandes, tout en se gardant bien d'étendre cette conclusion aux dispositions de la Loi fondamentale¹⁴⁶.

128. – Les juridictions allemandes n'étaient pas les seules à regimber face au discours moniste de la Cour de justice et à ses accents prétendument rassurants. Exprimant leur perplexité à l'égard de la constitutionnalité de l'article 189 CEE (249 CE)¹⁴⁷, les tribunaux de Turin et de Gênes entreprirent d'interroger leur cour constitutionnelle. Dans un arrêt *Frontini* du 27 décembre 1973, celle-ci déclara la question non fondée au motif que les limitations de souveraineté consenties par République italienne au profit de la CEE étaient conformes à l'article 11 de la Constitution. Elle ajouta toutefois, en guise d'avertissement :

Il faut donc exclure que ces limitations [de souveraineté], concrètement précisées dans le traité de Rome (...) puissent de quelque manière, comporter, pour les institutions de la C.E.E., un pouvoir inadmissible de violer les principes fondamentaux de notre ordre juridique constitutionnel ou les droits inaliénables de la personne humaine. Il est évident que si l'on devait donner une interprétation aussi aberrante de l'article 189, la garantie du contrôle juridictionnel de cette Cour sur la compatibilité constante du traité avec les principes fondamentaux susdits serait, dans ce cas, toujours assurée »¹⁴⁸.

129. – Tandis que la résistance s'organisait du côté des juridictions nationales, les institutions communautaires réitéraient, de manière plus ou moins symbolique, leur attachement au respect des droits de l'homme et de la démocratie. Lors du sommet de Paris d'octobre 1972, les chefs d'Etat et de gouvernement réaffirmèrent ainsi leur « volonté de fonder le développement de leur communauté sur la démocratie, la liberté des opinions, la libre circulation des personnes et des idées, la participation des peuples par l'intermédiaire de leurs représentants librement élus » et chargèrent les institutions de la CEE d'élaborer dans les trois ans un rapport sur la création d'une Union européenne¹⁴⁹. Un an plus tard, au sommet de Copenhague, le message était répété, plus clairement encore, dans une « Déclaration sur l'identité européenne »¹⁵⁰. Dans le même temps, le Parlement européen adoptait une résolution relative à la sauvegarde des droits fondamentaux des citoyens des Etats membres dans l'élaboration du droit communautaire¹⁵¹, apportant son soutien au processus de constitutionnalisation jurisprudentielle des droits de l'homme et invitant la Cour à ouvrir plus grand les portes de son prétoire.

130. – Mise en garde par les uns, encouragée et conseillée par les autres, la Cour de justice était une fois encore incitée à confirmer et renforcer sa jurisprudence en matière de droits fondamentaux. L'occasion lui en fut donnée lors d'une demande en annulation introduite dans le cadre du traité

¹⁴⁵ Décision du 14 juillet 1971, citée et commentée par A. BLECKMANN, *C.D.E.*, 1973, p.219.

¹⁴⁶ Arrêt du 9 juin 1971, commenté *ibidem*, p.217-219, rendu suite à un recours constitutionnel contre une décision du tribunal fédéral des finances se conformant à une décision de la Cour de justice (aff. 28/67 *Mölkerei*, 3 avril 1968, *Rec.*, 1968, p.211). Cf. également G. COHEN JONATHAN, « Cour... », *loc. cit.*, p.183-184.

¹⁴⁷ Lequel rendait directement applicables en droit italien des « actes ayant force et valeur de loi ordinaire, promulgués par des institutions autres que celles auxquelles la constitution attribue l'exercice de la fonction législative » (ordonnances des 21 août 1972 et 15 mai 1973, citées par la Cour constitutionnelle italienne dans son arrêt *Frontini* du 27 décembre 1973, *R.T.D.E.*, 1974, p.149.)

¹⁴⁸ *Ibidem*, p.153, et note S. NERI, p.154-159.

¹⁴⁹ *Bull. C.E.*, octobre 1972, n°10, p.15-16.. Il y est encore déclaré que dans le développement futur de la Communauté, « (...) conformément au génie européen, une attention particulière sera portée aux valeurs et biens non matériels et à la protection de l'environnement afin de mettre le progrès au service de l'homme ».

¹⁵⁰ *Bull. C.E.*, décembre 1973, n°12, p.127-130. Les neuf chefs d'Etat et de gouvernements s'y déclarent « (...) désireux d'assurer le respect de valeurs d'ordre juridique, politique, et moral auxquelles ils sont attachés, soucieux de préserver la riche variété de leurs cultures nationales, partageant une même conception de la vie, fondée sur la volonté de bâtir une société conçue et réalisée au service des hommes, ils entendent sauvegarder les principes de la démocratie représentative, du règne de la loi, de la justice sociale – finalité du progrès économique – et du respect des droits de l'homme, qui constituent les éléments fondamentaux de l'identité européenne. »

¹⁵¹ Résolution du 4 avril 1973, *J.O.*, 30 avril 1973, n°C 26, p.7.

CECA. Le recours visait une décision de la Commission en matière d'achat de combustible, qui avait pour effet de compromettre la viabilité économique de l'entreprise requérante et violait prétendument son droit au libre exercice de l'activité économique et son droit de propriété. Dans son arrêt, la Cour considéra qu'outre les traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, « les instruments internationaux concernant les droits de l'homme auxquels [ils] ont coopéré ou adhéré peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire »¹⁵². Consacrés dans les ordres juridiques des Etats membres et dans certaines conventions internationales, le droit de propriété et le libre exercice de l'activité économique faisaient leur entrée dans le droit communautaire. Cette avancée importante sur le plan des principes ne fit toutefois pas obstacle au rejet de la demande au motif que les objectifs d'intérêt général de la Communauté étaient de nature à justifier l'imposition de certaines limites aux droits fondamentaux¹⁵³.

F. Révolte et conflits (1974-1975) : le Bundesverfassungsgericht, la doctrine et le Parlement

131. – Quinze jours après l'arrêt *Nold*, le *Bundesverfassungsgericht* répondait à la question qui lui avait été posée par le tribunal administratif de Francfort. Dans son célèbre arrêt communément dénommé « *Solange I* », la Cour de Karlsruhe déclara :

« (...) tant que le processus d'intégration de la Communauté n'a pas atteint un stade suffisamment avancé pour que le droit communautaire comporte également un catalogue en vigueur des droits fondamentaux consacrés par la Loi fondamentale, le renvoi au *Bundesverfassungsgericht* par une juridiction de la République fédérale d'Allemagne dans le cadre de la procédure de contrôle de la constitutionnalité des lois et des autres actes de l'autorité publique (...) est recevable »¹⁵⁴

132. – Cette décision de révolte, rendue par cinq juges contre trois, eut un écho retentissant dans l'ordre communautaire. Vertement critiquée par la doctrine¹⁵⁵, imposant l'adoption d'un catalogue écrit de droits fondamentaux et la mise sur pied de processus de décision plus démocratiques au sein des Communautés, elle forçait une fois encore les institutions européennes à réagir. Nous verrons plus loin comment, en réaction à cette jurisprudence, naquirent les premières tentatives de doter les Communautés d'un « *Bill of Rights* ».

133. – Bien que – paradoxalement – relativement épargnée par le juge constitutionnel allemand¹⁵⁶, la Cour de justice ne resta pas insensible à l'arrêt du *Bundesverfassungsgericht*. Si l'adoption d'un catalogue de droits ne ressortissait pas de leurs compétences, les juges de Luxembourg s'efforcèrent néanmoins de combler quelque peu le « vide des textes » en recourant, par le biais des principes généraux, à la Convention européenne des droits de l'homme. Dans un arrêt *Rutili c. Ministre de l'Intérieur*, rendu un peu plus d'un après l'arrêt « *Solange I* », la Cour de justice estima ainsi que les restrictions à la libre circulation des travailleurs fondées sur l'ordre public constituaient « l'expression d'un principe plus général consacré par les articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (...) et de l'article 2 du protocole n°4 à la même

¹⁵² Aff. 4/73 *Nold c. Commission*, 14 mai 1974, *Rec.*, 1974, p.491.

¹⁵³ Cette réserve relative aux objectifs d'intérêt général se retrouve déjà dans l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* commenté *supra*, n°124-125.

¹⁵⁴ Arrêt du 29 mai 1974, *R.T.D.E.*, 1975, p.322.

¹⁵⁵ Cf. par exemple G. COHEN JONATHAN, « Cour... », *loc. cit.*, p.193 : « Non seulement la Cour constitutionnelle usurpe le rôle de la Cour des Communautés en se prononçant sur la régularité d'un acte communautaire, mais, qui plus est, elle devient une juridiction de deuxième degré, facile d'accès, que l'on pourra saisir après « épuisement des voies de recours communautaires » ! (...) Si un réquisitoire était prononcé contre les juges allemands, parmi les griefs on devrait ajouter à la violation patente du droit communautaire, « l'injure grave à magistrats » (européens) ».

¹⁵⁶ Lequel considéra que la jurisprudence de la Cour de justice avait « manifestement été favorable jusqu'à présent aux droits fondamentaux » (pt.4)

Convention »¹⁵⁷. Sur base de ces considérations, la Cour déclara incompatible avec le traité CEE une décision du ministère français de l'Intérieur limitant l'accès de Roland Rutili – un syndicaliste italien – à certaines parties du territoire national.

134. – S'il n'aboutissait pas à doter les Communautés européennes d'un catalogue de droits fondamentaux, cet arrêt – rapidement suivi de bien d'autres – entendait néanmoins répondre partiellement aux inquiétudes exprimées par la Cour constitutionnelle allemande. En faisant de la CSDH une source d'inspiration privilégiée dans la détermination des principes généraux du droit communautaire, la Cour de justice tentait de remédier à la carence des traités et de satisfaire autant que possible aux impératifs de la sécurité juridique. Par la même occasion, elle achevait de jeter les bases du système de constitutionnalisation prétorienne des droits fondamentaux. Fondé sur les principes généraux du droit, inspiré des traditions constitutionnelles communes et des instruments internationaux de protection des droits de l'homme, ménageant un statut particulier à la CSDH¹⁵⁸, ce système était désormais pleinement opérationnel¹⁵⁹.

G. Des principes aux catalogues (1975-2008)

§1^{er}. La suprématie des principes généraux (1975-2008)

135. – Une fois mise en place, la « dynamique des principes généraux » se révéla extrêmement féconde dans le domaine des droits de l'homme. Rythmée par la reconnaissance de nouveaux droits et par l'extension progressive de leur champ d'application aux confins du droit communautaire, cette dynamique connut un essor d'autant plus grand qu'elle n'était encadrée par aucun « *Bill of Rights* ». Soutenue sans relâche par le Parlement¹⁶⁰ et la Commission¹⁶¹, consacrée dans le droit primaire depuis le traité de Maastricht¹⁶², l'œuvre de la Cour de justice a continué à prospérer dans le domaine des droits fondamentaux, gagnant progressivement la confiance des juridictions nationales¹⁶³. Aujourd'hui encore, elle constitue le meilleur garant des droits de l'homme dans l'ordre juridique communautaire.

¹⁵⁷ Aff. 36/75 *Roland Rutili c. Ministre de l'Intérieur*, 28 octobre 1975, *Rec.*, 1975, p.1219.

¹⁵⁸ Pour être tout à fait précis, on notera que si l'affaire *Rutili* contient la première référence explicite à la CSDH, la Cour attendra l'affaire *Hauer* (Aff. 44/79 *Hauer*, 13 décembre 1979, *Rec.*, 1979, p.3727) pour affirmer le statut « particulier » de la Convention par rapport aux autres instruments internationaux de protection des droits de l'homme.

¹⁵⁹ Au rang des événements qui eurent une influence probable sur la décision de la Cour, on comptera la ratification de la CSDH par la France le 3 mai 1974. Au jour du prononcé de l'arrêt *Rutili*, tous les Etats membres s'étaient donc engagés à respecter la Convention. « Il est cependant notable qu'à la date de l'arrêt, le protocole n°4 [ndlr : cité par la Cour] (...) n'ait été en vigueur qu'à l'égard de six seulement des huit Etats alors membres de la Communauté économique européenne. On peut voir dans ce détail davantage qu'une anecdote (...) : on peut y lire le symptôme du statut ambigu que (...) la Convention (...) a toujours eu dans le droit communautaire. A la fois reçue parfois dans l'ordre juridique communautaire comme si elle y avait force juridiquement contraignante (...), et présentée dans d'autres cas comme servant de simple source d'inspiration au juge communautaire (...), [elle] doit la « signification particulière » que lui reconnaît le juge communautaire à cette hésitation caractéristique de l'utilisation qui en est faite » (O. DE SCHUTTER, « L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour de justice des Communautés européennes », *CRIDHO Working Paper 2005/07*, disponible sur <http://cridho.cpdr.ucl.ac.be/index.php?pageid=9>, p.6-7).

¹⁶⁰ Cf. par exemple la réaction du Parlement européen à l'arrêt *Solange* dans sa Résolution du 15 juin 1976 sur la primauté du droit communautaire et la sauvegarde des droits fondamentaux, *J.O.*, 12 juillet 1976, C 159/13.

¹⁶¹ Cf. par exemple le rapport de la Commission du 4 février 1976 relatif à « la protection des droits fondamentaux lors de la création et du développement du droit communautaire », *Bull. C.E.*, suppl. 5/76.

¹⁶² Article F.2 du traité sur l'Union européenne : « L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire ». Cette disposition se retrouve aujourd'hui à l'article 6.2 UE. On rappellera toutefois que l'Acte Unique européen contenait déjà une référence aux droits de l'homme dans son préambule : « Décidés à promouvoir ensemble la démocratie en se fondant sur les droits fondamentaux reconnus dans les constitutions et lois des Etats membres, dans la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la charte sociale européenne, notamment la liberté, l'égalité et la justice sociale (...) ».

¹⁶³ Cf. e.a. pour l'Allemagne les célèbres arrêts « *Solange II* » (22 octobre 1986) et « *Bananes* » (7 juin 2000) du *Bundesverfassungsgericht* ; en revanche, la Cour constitutionnelle italienne ne semble pas avoir désarmé (cf. la décision

136. – Pour intéressante qu'elle soit, cette jurisprudence longue de plus de trente ans (1975-2007) ne sera pas étudiée dans cette section. Le désir de conserver un certain équilibre entre les différentes parties de cette étude nous pousse à renoncer à cette entreprise, qui n'apporterait qu'une faible valeur ajoutée aux observations faites plus haut. On conviendra du reste que cette jurisprudence se prête plus difficilement à une analyse contextuelle. Opérant dans un arrière-plan globalement favorable, elle porte moins les traces d'un véritable dialogue constitutionnel ; cela ne signifie pas qu'il en soit absent. Mais si l'on observe çà et là les signes plus ou moins tangibles d'une interaction entre la Cour et divers acteurs institutionnels¹⁶⁴, on remarquera que la plupart des interlocuteurs, satisfaits des évolutions de la jurisprudence, ont progressivement « quitté le front » pour venir grossir les rangs d'un auditoire enthousiaste et confiant¹⁶⁵.

137. – Que l'on ne se méprenne cependant pas. Les réformes des traités témoignent, jusqu'à aujourd'hui, de la défiance de leurs « maîtres » face à l'action de la Cour de justice dans le domaine des droits fondamentaux. Ainsi, les Etats se gardèrent bien de valider la légitimité de cette action dans l'Acte unique européen. Quant au traité de Maastricht, si son article F, §2 ratifia *a posteriori* la jurisprudence des « principes généraux » en affirmant l'attachement de l'Union européenne aux droits de l'homme, son article L omit de rendre la CJCE compétente pour s'assurer du respect de cet engagement. Le traité d'Amsterdam ne corrigea pas totalement cette bévue. Il reconnut la compétence de la Cour pour contrôler le respect des droits de l'homme par les institutions européennes, mais n'étendit pas ce pouvoir de contrôle aux actes des autorités nationales (art.46 UE). Le traité de Nice n'a rien changé à cet état de fait.

138. – Le traité de Lisbonne, qui devrait entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2009, fait preuve d'une relative ouverture à cet égard. Il abroge l'article 46 UE et donne à la Charte des droits fondamentaux « la même valeur juridique que les traités »¹⁶⁶. Or, nul n'ignore que la Charte s'adresse aussi bien aux institutions européennes qu'aux Etats membres – même si ceux-ci y sont tenus « uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union » (art.51). Et nul n'ignore non plus que la Cour est compétente pour contrôler le respect de la Charte dans la mesure où elle est chargée d'assurer « (...) le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités » (futur art.19 UE). Il faut donc en conclure que le traité de Lisbonne habilite enfin la Cour à contrôler la conformité de certains actes nationaux au regard des droits de l'homme. Cette habilitation n'en demeure pas moins doublement limitée. D'une part, il faut y insister, seuls les actes nationaux assurant la *mise en œuvre* du droit de l'Union rentrent dans la compétence de la Cour de justice¹⁶⁷. D'autre part, un protocole annexé au traité de Lisbonne soustrait expressément au contrôle de la Cour le respect de la Charte par les autorités polonaises et britanniques¹⁶⁸.

139. – Quels qu'en soient les motifs et l'envergure, force est de reconnaître que ces diverses tentatives de limitation des compétences de la haute juridiction sont jusqu'ici demeurées sans effet¹⁶⁹. Aussi est-

n°232 du 21 avril 1989, *Fragd c. Amministrazione delle Finanze*). Sur les arrêts « Solange II » et « Bananes », cf. *infra*, respectivement n°157-158 et 378-381.

¹⁶⁴ H. RASMUSSEN voit ainsi dans l'arrêt *Hauer* (aff. 44/79 13 décembre 1979, *Rec.*, 1979, p.3727) de la Cour de justice la cause probable du revirement de jurisprudence du *Bundesverfassungsgericht* dans son arrêt « *Solange II* » (« On Legal Normative Dynamics... », *loc. cit.*, p.43).

¹⁶⁵ Attention, cependant. Loin de nous l'idée de prétendre que les arrêts rendus par la CJCE en matière de droits fondamentaux ont tous été accueillis avec enthousiasme. On ne connaît que trop les attaques doctrinales que cette jurisprudence a dû essuyer (Cf. en particulier H. RASMUSSEN, *Law and Policy...*, *op. cit.*, p. 393-425; J. COPPEL, M. O'NEILL, « Taking Rights... », *loc. cit.* ; D. PHELAN, *Revolt or Revolution Revolt or Revolution: The Constitutional Boundaries of the European Community*, 1997, p.369-431). On notera néanmoins que ces critiques portaient sur l'étendue et l'intensité du contrôle opéré par la Cour de justice en matière de droits fondamentaux et n'entendaient pas remettre en cause le principe même de la consécration jurisprudentielle de ces droits.

¹⁶⁶ Futur article 6 UE.

¹⁶⁷ Sur cette expression, cf. *infra*, n°892.

¹⁶⁸ Cf. *infra*, n°216-217.

¹⁶⁹ Cf. e.a., à propos des limites à la compétence de la Cour maintenues dans le traité d'Amsterdam, K. LENAERTS, « Le respect des droits fondamentaux en tant que principe constitutionnel de l'Union européenne », in M. DONY (dir.), *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, 1999, p.423-457, spéc. p.430-432.

il difficile d'y voir les traces d'un « dialogue constitutionnel » entre les maîtres des traités et la Cour de justice. Celle-ci est restée sourde aux souhaits exprimés à demis-mots par ceux-là.

140. – De ce qui précède on se gardera cependant bien de conclure que le processus d'écriture à plusieurs mains de la norme constitutionnelle a cessé avec l'arrêt *Rutili*. Loin d'être déserté, il semble plutôt qu'à partir de cette époque, le front se soit déplacé vers des préoccupations plus institutionnelles. On se rappellera à cet égard les revendications exprimées par le *Bundesverfassungsgericht* en faveur d'un catalogue des droits fondamentaux liant les Communautés européennes. Cette question, qui n'a pas encore trouvé de réponse définitive, sera désormais au centre de toutes les attentions. C'est donc tout naturellement qu'elle constituera le point focal de nos deux prochaines sections. Quant à la dynamique des principes généraux, loin de disparaître de notre champ de vision, elle rejoindra l'arrière-plan et donc, paradoxalement, le point central de cette analyse contextuelle.

141. – Avant de poursuivre notre étude historique, il convient toutefois de s'arrêter un instant et d'évaluer le chemin parcouru jusqu'ici. Force est de constater qu'au regard de notre hypothèse de départ, ce retour aux origines de la jurisprudence communautaire en matière de droits fondamentaux s'est avéré très instructif. Malgré ses insuffisances et ses partis pris, l'analyse historique à laquelle nous nous sommes livré a permis de déceler la présence d'un « dialogue constitutionnel » au fondement de cette jurisprudence et de la dynamique qu'elle traduit. Certes, ce dialogue n'a pas toujours pris les traits d'une conversation tranquille mue par la seule recherche de la meilleure solution. Les « sourdes oreilles » et les tentatives d'intimidation n'ont pas joué le moindre des rôles dans ces interactions teintées de jeux de force. Il n'en demeure pas moins que l'émergence de la jurisprudence des droits fondamentaux ne fut pas l'œuvre de la seule Cour de justice. Par leurs encouragements, leurs conseils, leurs menaces et leurs révoltes, les particuliers, les juridictions nationales, les avocats généraux, la doctrine, le Parlement, la Commission et les Etats ont tous contribué au développement de la dynamique des principes généraux et à la mise en place du système de constitutionnalisation prétorienne des droits de l'homme.

142. – On notera en passant que les fictions ont la vie dure dans le domaine juridique et que les apparences y sont bien souvent trompeuses. Evoquant la cohérence, la complétude et la systématisme de l'ordre juridique, le langage des « principes généraux du droit communautaire » utilisé par la Cour en fournit une illustration éclatante¹⁷⁰. Loin de refléter un processus d'écriture à plusieurs mains de la norme constitutionnelle, il renvoie l'image d'un juge omnipotent – certains diront « herculéen »¹⁷¹ – qui « découvre » le droit à la seule lumière de son intelligence. Les quelques pages qui précèdent ont tenté de mettre en évidence le caractère mystificateur de cette présentation. *Importés* au sommet de l'ordre communautaire et non *découverts* dans l'un de ses recoins, les droits fondamentaux doivent leur consécration à l'action conjointe des acteurs européens.

§2. L'émergence d'une double dynamique (1976-1978)

143. – Une fois remis de leur surprise, le Parlement et la Commission ne tardèrent pas à réagir au « *Solange Beschluss* » de la Cour constitutionnelle allemande. L'indignation et l'incompréhension dictèrent ces premières réactions. A l'heure où la Cour de justice témoignait d'une réceptivité

¹⁷⁰ La catégorie des principes généraux du droit a suscité une littérature pharamineuse en théorie du droit. La plupart des études qui y sont consacrées mettent en évidence la capacité de ces principes à assurer la cohérence du système juridique. Pour un aperçu très général de cette littérature, cf. F. MODERNE, « Les principes : permanence et nouveauté », *R.F.D.A.*, 1999, n°4, p.722-762 ; P. GERARD, « Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit », *Déviance et Société*, 1988, n°1, p.75-90. On notera avec intérêt que dans son *Introduction à la science du droit* (Luxembourg, 1960, avec mise à jour en 1978), P. PESCATORE considère qu'« il faut indiquer la limite des principes généraux. Ils sont, par nature, des orientations générales et flexibles, mais ils ne sont pas des règles de droit positif » (p.120 ; comp. avec les notions de « directives » et de « standards » analysés p.197-198). Une position qui peut sembler curieuse au regard des écrits précités de l'illustre professeur en ce qui concerne la protection des droits fondamentaux par la Cour de justice...

¹⁷¹ R. DWORKIN, *L'Empire du droit* trad. E. Soubrenie, 1994.

grandissante aux droits fondamentaux, la critique émise par le *Bundesverfassungsgericht* paraissait sans fondement, inspirée par quelque sursaut d'orgueil souverainiste.

144. – La Commission fut la première à réagir. Dans un rapport du 4 février 1976¹⁷², elle déclara que la jurisprudence de la Cour de justice garantissait une protection suffisante des droits fondamentaux dans les Communautés européennes. Tout en reconnaissant les avantages d'un texte écrit, elle considéra que « l'établissement d'un catalogue de droits fondamentaux exigerait, en l'état actuel de la Communauté, une négociation intergouvernementale et serait soumis à l'accord unanime des Etats membres. La détermination des droits fondamentaux qui devraient figurer dans le catalogue communautaire pourrait donc conduire à des compromis et à des amputations. Ainsi se préciserait le risque de voir ces efforts n'aboutir qu'à un consensus minimum sur le contenu de ces droits »¹⁷³. La Commission apparut toutefois désireuse de répondre aux inquiétudes formulées par le *Bundesverfassungsgericht*. Elle proposa dès lors « de confirmer par une déclaration commune solennelle des trois institutions politiques communautaires le principe du respect des droits fondamentaux dans la Communauté » afin de parer aux critiques qui reprochaient au système de protection en vigueur son caractère exclusivement prétorien.

145. – Le Parlement embraya rapidement, en deux temps. Dans une première résolution, il réaffirma avec force la primauté du droit communautaire, blâmant l'attitude de la haute juridiction allemande et rappelant les développements récents de la jurisprudence de la Cour de justice en matière de droits de l'homme¹⁷⁴. Dans une deuxième résolution, le Parlement fit siennes les conclusions du rapport de la Commission et appela de ses vœux la signature d'une déclaration commune exprimant l'attachement des institutions communautaires au respect des droits de l'homme¹⁷⁵.

146. – Quelques mois plus tard, les présidents du Parlement, de la Commission et du Conseil apposaient leur signature au bas d'une déclaration commune par laquelle ils s'engageaient à respecter les droits fondamentaux tels qu'ils résultent notamment des constitutions nationales et de la CSDH¹⁷⁶. Ce texte, juridiquement non contraignant, fut également adopté par les chefs d'Etat et de gouvernement lors du Conseil européen de Copenhague des 7 et 8 avril 1978¹⁷⁷.

147. – Si bienvenues fussent-elles, ces déclarations politiques rassurantes ne permettaient pas de combler le vide sur lequel la Cour constitutionnelle allemande avait attiré l'attention¹⁷⁸. Malgré leurs témoignages de confiance envers la Cour de justice et sa jurisprudence, les institutions européennes convinrent très vite de la nécessité de l'adoption d'un catalogue des droits fondamentaux juridiquement contraignant dans l'ordre communautaire¹⁷⁹. La première déclaration significative en ce sens vint du Parlement. Dans une résolution du 16 novembre 1977¹⁸⁰, il invita la Commission :

¹⁷² Rapport de la Commission du 4 février 1976 relatif à « la protection des droits fondamentaux lors de la création et du développement du droit communautaire », *Bull. C.E.*, suppl. 5/76. On notera que la rédaction de ce rapport, commandée par le Parlement européen dans sa résolution du 4 avril 1973, a été expressément retardée afin de prendre en compte, entre autres, les décisions des cours constitutionnelles allemande et italienne.

¹⁷³ P.16, n°34.

¹⁷⁴ Résolution du 15 juin 1976 sur la primauté du droit communautaire et la sauvegarde des droits fondamentaux, *loc cit*.

¹⁷⁵ Résolution du 12 octobre 1976 sur le rapport de la Commission des Communautés européennes sur la protection des droits fondamentaux, *J.O.*, 4 novembre 1976, C259/17.

¹⁷⁶ Déclaration commune de l'Assemblée, du Conseil et de la Commission du 5 avril 1977 concernant le respect des droits fondamentaux et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *J.O.*, 27 avril 1977, C103/1-2.

¹⁷⁷ Déclaration sur la démocratie, *Bull. C.E.*, 1978, n°3, p.5.

¹⁷⁸ On notera que la CJCE s'est référée au moins une fois à la déclaration commune de 1977 (Aff. 44/79 *Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, 13 décembre 1979, *Rec.*, 1979, p.3727, pt 15).

¹⁷⁹ Voyez ainsi la déclaration de M. COLOMBO, alors président du Parlement, au cours de la cérémonie de signature de la déclaration commune de 1977. Il déclara que cette dernière n'était qu'« un premier élément qui prépare un code ou une charte qui devrait être élaborée et qui prendra en considération l'ensemble des droits civils, politiques et sociaux des citoyens de nos Etats membres » (cité par G. COHEN JONATHAN, « Le Parlement européen et les droits de l'homme », p.387).

¹⁸⁰ Résolution sur l'attribution de droits spéciaux aux citoyens de la Communauté européenne, *J.O.*, 12 décembre 1977, C299/26.

« (...) à promouvoir un accord entre les Etats membres (...) ayant pour effet de considérer, à la lumière de la déclaration universelle des droits de l'homme (...), comme partie intégrante des traités instituant les Communautés européennes :

- a) la convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 et les protocoles additionnels ;
- b) le pacte international relatif aux droits civils et politiques adopté par l'Assemblée générale des Nations unies le 19 décembre 1966 ;
- c) les droits civils et politiques prévus par les constitutions ou les législations des Etats membres »

148. – Dans la même résolution, le Parlement entreprit de dresser une liste de droits fondamentaux destinés aux citoyens européens et invita la Commission à prévoir « l'extension aux droits civils et politiques de moyens de protection communautaires équivalant à ceux que prévoient les traités instituant les Communautés européennes pour les droits économiques »¹⁸¹.

149. – Si elle ne manquait pas d'exprimer un enthousiasme quelque peu naïf¹⁸², cette résolution ambitieuse portait en elle les germes de l'avenir. En recommandant l'incorporation de la CSDH au droit primaire et en jetant les bases d'un « *Bill of Rights* » communautaire, elle préfigurait la double dynamique d'intégration des droits de l'homme dans le *texte* constitutionnel européen. A partir de cette époque en effet, les acteurs institutionnels et la doctrine verraient dans l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme et la rédaction d'une déclaration communautaire de droits fondamentaux les réponses les plus adéquates au vide des traités et aux inquiétudes des juridictions nationales.

150. – Conçues tantôt comme complémentaires, tantôt comme concurrentes, ces deux techniques de constitutionnalisation écrite des droits fondamentaux possèdent – au moins – deux points en commun. D'une part, à l'heure où s'écrivent ces lignes, ni l'une ni l'autre n'ont formellement abouti. L'intérêt de leur analyse ne doit pas pour autant être sous-estimé. Il est d'abord fort probable qu'un futur proche verra ces initiatives accéder à la pleine « positivité » juridique. En effet, s'il entre en vigueur le 1^{er} janvier 2009 – après avoir été ratifié par tous les Etats membres –, le traité de Lisbonne confèrera à la Charte un statut juridiquement contraignant et permettra de franchir un grand pas en direction de l'adhésion de l'Union européenne à la CSDH¹⁸³. Par ailleurs – et ceci rejoint le second point commun –, cette double dynamique revêt un intérêt considérable pour notre hypothèse théorique. Nous verrons à cet égard qu'à l'instar de la dynamique des principes généraux, les projets d'*adhésion* et de *rédaction* ont chacun mobilisé un grand nombre d'acteurs. Loin d'être le fruit de l'action individuelle d'une institution, ils portent la marque d'efforts collectifs.

151. – De manière plus intéressante encore, l'histoire de cette double dynamique pose la question des *limites* de l'écriture constitutionnelle à plusieurs mains. Les échecs successifs des tentatives d'adhésion et d'adoption d'un « *Bill of Rights* » contraignant semblent nous montrer que l'enthousiasme des uns ne peut pas toujours compenser l'apathie des autres et que, si les séparations entre les niveaux de pouvoirs se sont indéniablement affaiblies, il n'en résulte pas qu'elles ont totalement disparu. En d'autres termes, ils paraissent confirmer l'idée selon laquelle les acteurs formellement habilités à dire et/ou à créer le droit primaire demeurent, en dernière instance, les seuls gardiens des voies d'accès à la constitution. Les développements récents intervenus aussi bien du côté de l'adhésion que du côté de la Charte nous inciteront toutefois à nuancer sérieusement cette affirmation et à repousser un peu plus loin les limites du dialogue constitutionnel. La section précédente nous a montré que, si ses décisions étaient souvent influencées voire déterminées par le contexte institutionnel qui l'entoure, le juge constitutionnel – la CJCE – restait, avec le constituant, le maître de « l'alchimie constitutionnelle ». Les pages qui suivent nous apprendront que ce privilège se trouve aujourd'hui compromis.

¹⁸¹ Le souhait de voir élaborer une liste de droits des citoyens européens avait déjà été exprimé dans la résolution sur l'Union européenne du 10 juillet 1975, *J.O.*, 6 août 1975, C179/28.

¹⁸² Cf. e.a. les réactions de G. COHEN JONATHAN, « Le Parlement européen et les droits de l'homme », *loc. cit.*, p.389-395.

¹⁸³ Sur le contenu du traité de Lisbonne sur ces deux points, cf. *infra*, n°170-171 et 216-217.

Section 3. La dynamique de l'adhésion¹⁸⁴

« “La Communauté établit avec le Conseil de l'Europe toutes coopérations utiles” : l'article 230 du TCE (nouvel article 303) fait partie, incontestablement, des dispositions les plus négligées qu'il contient. »¹⁸⁵

A. La naissance d'une question (1953-1978)

152. – Dès les années soixante, la doctrine se pencha sur la question des rapports entre le droit communautaire et la CSDH. Certes, la possibilité de conflits entre ces normes semblait fort restreinte eu égard au champ d'application très limité des traités européens. On n'ignorait pas cependant que, tôt ou tard, le problème de leur articulation ne se poserait dans la pratique. En effet,

« (...) the transfer of competence involved in acceding to the Community resulted in a corresponding diminution in the jurisdiction of the organs of the Convention, in the sense that matters which would previously have been dealt with at the national level were now to be dealt with by the institutions of an entity which was not subject to the control mechanisms established by the Convention. This was seen in some quarters as incompatible with the Community's increasingly-frequently proclaimed commitment to respecting fundamental rights. »¹⁸⁶

153. – Assez rapidement, la doctrine se divisa en deux camps¹⁸⁷. Les uns estimaient, sur base d'un arrêt de la Cour de justice¹⁸⁸ et d'une interprétation large de l'article 234 CEE¹⁸⁹ (art.307 CE), que les Communautés européennes avaient succédé aux Etats membres dans leur engagement de respecter la CSDH à l'égard des matières qui rentraient dans le champ d'application des traités¹⁹⁰. Selon ces

¹⁸⁴ La question de l'adhésion des Communautés – ou de l'Union – européenne à la CSDH fait l'objet d'une littérature infinie. Nous ne prétendons bien évidemment pas ici en faire le tour. Tout au plus nous contenterons-nous de retracer à gros traits les événements relevant au regard de notre hypothèse de travail. Pour le reste, nous nous permettons de renvoyer le lecteur aux quelques éléments bibliographiques suivants, choisis pour leur complétude, leur rigueur ou leur originalité : I. CANOR, « *Primus inter pares*. Who is the Ultimate Guardian of Fundamental Rights in Europe? », *E.L.R.*, 2000, p.3-21; J-Y. CARLIER, « La garantie des droits fondamentaux en Europe: pour le respect des compétences concurrentes de Luxembourg et de Strasbourg », *R.Q.D.I.*, 2000, p.37-61; G. COHEN-JONATHAN, « La problématique de l'adhésion des Communautés européennes à la Convention européenne des Droits de l'Homme », in *Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, 1984, p.81-108 ; O. DE SCHUTTER O., in *Courrier hebdomadaire du CRISP*, n°1440-1994, p.1-40; A.G. TOTH, « The European Union and Human Rights: The Way Forward », *C.M.L.R.*, 1997, vol.34, p.491-529; C. TURNER, « Human Rights Protection in the European Community : Resolving Conflict and Overlap Between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights », *E.P.L.*, 1999, Vol.5, N° 3, p.453-470; 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*, 1999, p.757-780.

¹⁸⁵ O. DE SCHUTTER, « Les droits fondamentaux dans le traité d'Amsterdam », in Y. LEJEUNE (dir.), *Le Traité d'Amsterdam - Espoirs et déceptions*, 1998, p.164.

¹⁸⁶ A. ARNULL, « Opinion 2/94 and its Implications for the Future Constitution of the Union », in *CELS' Occasional Paper*, Cambridge, 1996, p.4.

¹⁸⁷ Pour un compte-rendu détaillé et rigoureux de ces controverses, cf. E. BRIBOSIA, *La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire*, op. cit., p.232 et s.

¹⁸⁸ 21-24/72 *International Fruit Company c. Produktschap voor groenten en fruit*, 12 décembre 1972, *Rec.*, 1972, p.1219.

¹⁸⁹ « Les droits et obligations résultant des conventions conclues antérieurement à l'entrée en vigueur du présent traité, entre un ou plusieurs Etats membres, d'une part, et un ou plusieurs Etats tiers, d'autre part, ne sont pas affectés par les dispositions du présent traité »

¹⁹⁰ Dans ce sens, mais avec quelques variations entre les auteurs, cf. P. PESCATORE, « Les droits de l'homme et l'intégration européenne », loc. cit., 1968, p.651 ; ID., « La Cour de justice des Communautés européennes et la Convention européenne des droits de l'Homme », in *Mélanges Gérard Wiarda*, 1986, p.441-455 ; ID., « La coopération entre la Cour communautaire, les juridictions nationales et la Cour européenne des Droits de l'Homme dans la protection des droits fondamentaux »,

auteurs, l'adhésion formelle des Communautés à la Convention européenne des droits de l'homme n'était donc pas nécessaire dans la mesure où la signature des traités avait entraîné le transfert automatique des engagements des Etats membres à l'égard de la CSDH. D'autres commentateurs, plus sceptiques, considéraient au contraire que seule l'insertion formelle de la Convention européenne des droits de l'homme dans les traités permettrait de la rendre opposable aux institutions communautaires¹⁹¹. Les termes restrictifs de l'article 234 CEE, l'existence de réserves exprimées par certains Etats membres lors de la ratification de la CSDH, la jurisprudence « complaisante » de la Commission européenne des droits de l'homme¹⁹² et les impératifs de la sécurité juridique conduisaient ces auteurs à plaider résolument en faveur de l'adhésion.

154. – Quels que soient ses mérites, la thèse de la succession fut rapidement démentie par la pratique des cours et tribunaux. Ce fut d'abord l'arrêt *Solange* du *Bundesverfassungsgericht* qui, en dénonçant l'absence d'un catalogue de droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire, estimait implicitement que la CSDH n'y occupait aucune place. Ce fut ensuite la Cour de justice qui, tout en se référant à la CSDH dans son arrêt *Rutili*, se garda bien de se déclarer liée par celle-ci. L'arrêt rendu quatre années plus tard dans l'affaire *Hauer*¹⁹³ prolongea l'incertitude, plongeant la doctrine dans la perplexité¹⁹⁴. Ce fut enfin la Commission européenne des droits de l'homme qui, dès 1978, se déclara incompétente *ratione personae* pour connaître d'une requête dirigée contre les Communautés européennes¹⁹⁵. Ces développements jurisprudentiels contribuèrent incontestablement à accroître l'intérêt de l'adhésion dans les cénacles institutionnels et académiques. Rompant avec leurs déclarations en faveur du *statu quo*, le Parlement et la Commission ne tardèrent pas à se rallier avec enthousiasme à cette solution.

B. Une première tentative (1979-1986) : le « non » des Etats

155. – Dans un mémorandum du 4 avril 1979¹⁹⁶, la Commission se déclara pour la première fois favorable à l'adhésion des Communautés européennes à la Convention européenne des droits de l'homme. Rapidement soutenue par le Parlement¹⁹⁷, cette initiative entendait pallier les lacunes des traités en matière de droits fondamentaux tout en évitant, à court terme¹⁹⁸, la difficile entreprise de

R.M.C., 2003, p.157-159 ; A.G. TOTH, *Legal Protection of Individuals in the European Community*, 1978, vol.1, p.109 et s. ; P. REUTER, in *Les Communautés européennes et les droits de l'homme*, 1980, cité par G. COHEN-JONATHAN, « La problématique de l'adhésion... », *loc. cit.*, p.88. Dans des procédures menées devant la Cour de justice, cette position a également été défendue par la Commission et certains Avocats généraux. M. Waelbroeck quant à lui, s'exprimant à une époque où la France n'avait pas encore ratifié la CSDH, considéra que les Etats membres qui avaient ratifié celle-ci continuaient d'être responsables devant les organes de Strasbourg pour les actes accomplis par une institution communautaire sur lesquels ils avaient « une prise » (un acte du Conseil, par exemple, mais pas un arrêt de la CJCE) (« La Convention européenne des droits de l'homme lie-t-elle les Communautés européennes ? », *loc. cit.*, p.314-317).

¹⁹¹ Cf. e.a. en ce sens G. COHEN-JONATHAN, « Rapport », in *Les droits de l'homme dans l'Europe de demain*, 1972, p.615-649 ; *Id.*, « la problématique de l'adhésion... », *loc. cit.*, p.82-108 ; O. DE SCHUTTER, in *Courrier hebdomadaire du CRISP*, n°1440-1994, p.1-40 ; ; O. DE SCHUTTER, 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, p.141-210, spéc. p.171-178.

¹⁹² Cf. *infra*, n°173.

¹⁹³ Aff. 44/79 *Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, 13 décembre 1979, *Rec.*, 1979, p.3727 et s., où la Cour se livre à un examen approfondi de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel de la CSDH consacrant le droit de propriété.

¹⁹⁴ Cf.e.a. les interventions de J.L. DEWOST (p.70), C. EHLERMANN (p.75) et M. MELCHIOR (p.81), in W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *L'adhésion des Communautés européennes à la Convention européenne des droits de l'homme*, 1981.

¹⁹⁵ Comm. E.D.H., *CFDT c. les Communautés européennes*, req. n°8030/77, 10 juillet 1978.

¹⁹⁶ Mémorandum concernant l'adhésion des Communautés européennes à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *Bull. C.E.*, supplément 2/79. Sur ce mémorandum, cf. K. ECONOMIDES, J. WEILER, « Accession to the European Convention on Human Rights: Commission Memorandum », *M.L.R.*, 1979, vol.42, p.683-695.

¹⁹⁷ Résolution du 27 avril 1979, *J.O.*, 21 mai 1979, C127.

¹⁹⁸ « Sans méconnaître les mérites d'un tel catalogue, il est clair que son élaboration sera nécessairement une œuvre de longue haleine. Si on voulait trop la hâter, il est à craindre qu'elle ne fasse apparaître des divergences entre les Etats membres, notamment en ce qui concerne les droits économiques et sociaux, et qu'elle n'aboutisse qu'à un accord sur le plus petit

rédaction d'un « *Bill of Rights* » communautaire¹⁹⁹. Il ne s'agissait certes pas de remettre en cause l'acquis jurisprudentiel communautaire ni de retirer la confiance placée deux ans plus tôt dans l'œuvre de la Cour de justice. Cependant,

« (...) aussi satisfaisante et digne d'approbation que soit la méthode mise au point par la Cour, il est au moins une lacune, parmi celles qui résultent pour l'ordre juridique de la Communauté de l'absence d'un catalogue écrit des droits fondamentaux, qu'elle ne peut combler : l'impossibilité de savoir d'avance quelles sont les libertés auxquelles les institutions communautaires ne doivent en aucun cas porter atteinte. Le citoyen européen a un intérêt légitime à voir fixés préalablement ses droits aussi à l'égard des communautés (...) Il est dans la nature des choses qu'une jurisprudence, qui ne produit ses effets qu'après coup, ne puisse satisfaire pleinement cette exigence de sécurité des rapports juridiques (...) »

156. – Cette prise de position des institutions communautaires, saluée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe²⁰⁰, reçut un accueil inégal parmi les Etats. Alors que le *Bundesrat* allemand se prononçait en faveur de l'adhésion²⁰¹, la *House of Lords* exprimait ses doutes quant à l'intérêt d'une telle entreprise²⁰². Malgré une nouvelle résolution en faveur de l'adhésion, adoptée à l'unanimité par le Parlement européen le 28 octobre 1982, les hésitations des Etats membres, traduites par le mutisme embarrassé du Conseil, eurent finalement raison du projet de la Commission²⁰³. Les engagements pris en faveur des droits de l'homme lors de la *Déclaration solennelle sur l'Union européenne*²⁰⁴ du 19 juin 1983 ne permirent pas de relancer le débat sur l'adhésion, lequel fut soigneusement écarté des discussions lors de la signature de l'Acte Unique en 1986²⁰⁵.

157. – Du reste, ce débat parut perdre beaucoup de son intérêt – ou en tout cas de son urgence – lorsque, dans un arrêt du 10 octobre 1986²⁰⁶, le *Bundesverfassungsgericht* apporta un important tempérament à sa jurisprudence *Solange I*²⁰⁷. Sans renoncer à ses thèses dualistes, la Cour considéra qu'

« aussi longtemps que les Communautés européennes, notamment la jurisprudence de la C.J.C.E., garantissent d'une façon générale une protection efficace des droits fondamentaux

dénominateur commun » (pt.5) ; Toutefois, « il convient de dire (...) qu'une adhésion des Communautés européennes à la CEDH n'irait pas à l'encontre de l'élaboration d'un catalogue communautaire particulier (...) » (pt.8)

¹⁹⁹ Outre les raisons pointées plus haut, cette prise de position de la Commission semblait, aux dires de son directeur de l'époque, obéir au souci de mettre l'ordre juridique communautaire en concordance avec la politique extérieure des Communautés : « Si le respect et le maintien des droits de l'homme constituent un des éléments essentiels de l'appartenance aux Communautés, n'est-il pas surprenant – voire choquant – que les Communautés ne soient pas soumises elles-mêmes aux mécanismes de contrôle de la Convention ? » (C. EHLERMANN, in GANSHOF VAN DER MEERSCH W.J., *L'adhésion ...*, op. cit., p.59).

²⁰⁰ Résolution 745(1981) du 29 janvier 1981 relative à l'adhésion des Communautés européennes à la Convention européenne des Droits de l'homme.

²⁰¹ Résolution du 9 novembre 1979 citée par G. COHEN-JONATHAN, « La problématique... », loc. cit., note n°4.

²⁰² *Select Committee on the European Communities*, « Human Rights », session 1979-1980, rapport n°71.

²⁰³ En ce sens, cf. A. ARNULL, « Opinion 2/94 and its Implications for the Future Constitution of the Union », loc. cit., p.4 ; Cf. également l'avis défavorable à l'adhésion exprimé par J.L. DEWOST, alors directeur adjoint du service juridique du Conseil, in GANSHOF VAN DER MEERSCH W.J., *L'adhésion ...*, op. cit., p.69-73.

²⁰⁴ *Bull. C.E.*, 1983, n°6, p.26-31 : « (...) décidés à promouvoir ensemble la démocratie en se fondant sur les droits fondamentaux reconnus dans les constitutions et lois des Etats membres, dans la convention européenne pour la protection des droits de l'homme et la charte sociale européenne, notamment la liberté, l'égalité et la justice sociale (...) »

²⁰⁵ On notera que lors de ces discussions, la délégation belge proposa d'intégrer le texte de la déclaration commune de 1977 dans l'article 4 du traité CEE, lui donnant par là même une valeur juridique contraignante. Nul besoin de préciser que cette proposition fut écartée sans ambages (J. DE RUYT, *L'Acte unique européen*, 1987, p.102).

²⁰⁶ 2 BVerfGE 197/83, rendu sur recours d'une décision du *Bundesverwaltungsgericht* qui se fondait elle-même sur un arrêt rendu sur question préjudicielle par la CJCE (aff. 126/81, *Wunsche Handellsgesellschaft*, 6 mai 1982, *Rec.*, 1982, p.1479 et s.). Pour une traduction française partielle, cf. *R.T.D.E.*, 1987, vol.23, n°3, p.537-545. Cette décision, mieux connue sous le nom de « *Solange II* », a fait l'objet d'un grand nombre de commentaires. Parmi ceux-ci, cf. e.a. V. CONSTANTINESCO, « Cour constitutionnelle allemande, droits fondamentaux et droit communautaire: Une musique nouvelle sur un air ancien... », *R.T.D.E.*, 1987, vol.23, n°3, p.545-553 ; J. FROWEIN, « *Solange II* (BVerfGE 73, 339). Constitutional complaint Firma W. », *C.M.L.R.*, 1988, vol.25, p.201-206.

²⁰⁷ Des signes annonciateurs de ce revirement étaient déjà apparus dans deux décisions antérieures, l'une du 25 juillet 1979, l'autre du 14 février 1983 (cf. V. CONSTANTINESCO, loc. cit., p.547)

(...) qui puisse être considérée par essence comme d'égal niveau à celui (...) qu'assure la loi fondamentale (...), le *Bundesverfassungsgericht* n'exercera plus sa compétence relativement à l'applicabilité du droit communautaire dérivé (...) et ne contrôlera donc plus ce droit au regard des droits fondamentaux de la *Grundgesetz* »

158. – L'évolution de la jurisprudence de la CJCE et les déclarations politiques des institutions et des Etats membres étaient, de l'aveu même de la Cour constitutionnelle, à l'origine de son revirement. L'absence d'un catalogue de droits fondamentaux, fustigée dans l'arrêt *Solange I*, était désormais compensée par la place importante de la CSDH dans l'ordre communautaire. Ratifiée par tous les Etats membres, citée dans les engagements politiques en faveur des droits de l'homme, présente dans la jurisprudence de la C.J.C.E., elle garantissait un niveau minimal de protection des droits de l'homme. Allant plus loin encore, la Cour estimait « (...) indifférent, à cet égard, que la Communauté ne soit pas partie en tant que telle à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ». Le sujet semblait donc clos. En réalité, le projet d'adhésion paraissait d'autant plus caduc que les références croissantes de la Cour de justice à la CSDH semblaient consacrer l'intégration *matérielle* de celle-ci dans le droit communautaire²⁰⁸. Enfin, la décision *M&Co c. Allemagne* de la Commission européenne des droits de l'homme, encore plus favorable aux Communautés que la jurisprudence *Solange II*²⁰⁹, éloignait pour un temps les menaces que faisaient peser les organes de Strasbourg sur l'autonomie du droit communautaire.

C. Une deuxième tentative (1990-1996) : le « non » de la Cour et des Etats

159. – La Commission ne désarma pas pour autant. Dans une communication du 19 novembre 1990, émise à l'occasion du quarantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme, la Commission sollicita « l'accord du Conseil sur la demande d'adhésion (...) ainsi qu'un mandat de négociation lui permettant de définir les modalités de cette adhésion »²¹⁰. Cette demande, très vite relayée par le Parlement²¹¹, ne reçut guère d'écho dans le traité de Maastricht du 7 février 1992. Alors que le nouveau traité sur l'Union européenne consacrait pour la première fois les droits fondamentaux dans le droit primaire, la Convention européenne des droits de l'homme n'y apparaissait que comme une source indirecte, passée au filtre des principes généraux du droit communautaire²¹².

160. – Malgré les réactions hostiles de certains Etats²¹³, un groupe *ad hoc* fut constitué, à l'initiative de la présidence belge de 1993, afin de se pencher sur la requête de la Commission. Quelques semaines plus tard, le « *Maastricht Urteil* » de la Cour constitutionnelle allemande venait alourdir le climat des

²⁰⁸ Cf. e.a. aff. 44/79 *Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, 13 décembre 1979, *Rec.*, 1979, p.3727 ; aff. 136/79 *National Panasonic c. Commission*, 26 juin 1980, *Rec.*, 1980, p.2033 et s. ; aff. 100 à 103/80, *Musique Diffusion Française c. Commission*, 7 juin 1983, *Rec.*, 1983, p.1825 et s. ; aff. 63/83 *Regina c. Kent Kirk*, 10 juillet 1984, *Rec.*, 1984, p.2682, pt.22 ; aff. 222/84 *Johnston*, 15 mai 1986, *Rec.*, 1986, p.1651, pt.18 ; aff. 249/86 *Commission c. R.F.A.*, 18 mai 1989, *Rec.*, 1989, p.1263, pt.10 ; aff. 46/87 et 227/88 *Hoechst AG c. Commission*, 21 septembre 1989, *Rec.*, 1989, p.2859 et s.

²⁰⁹ Décision du 9 février 1990 (requête n°13258/87, D.R. 64, p.146 et s.). Après avoir rappelé que le transfert de compétences à une organisation internationale n'exonérait pas les Etats parties de leur responsabilité à l'égard de la Convention, la Commission estima que ce transfert « (...) n'est pas incompatible avec la Convention, à condition que, dans cette organisation, les droits fondamentaux reçoivent une protection équivalente ». Considérant que cette condition était remplie dans le cadre communautaire, elle déclara la requête irrecevable. Comme le dit F. TULKENS, « alors que dans le cadre de sa jurisprudence *Solange II*, la Cour constitutionnelle allemande avait (...) déclaré renoncer à exercer sa compétence « aussi longtemps » que la Communauté accorde une protection « équivalente » à celle qui dérive de la loi fondamentale, on ne retrouve pas une telle réserve dans la décision de la Commission » (« L'Union européenne devant la Cour européenne des droits de l'homme », *R.U.D.H.*, 2000, p.54).

²¹⁰ *Bull. C.E.*, 1990, n°10, p.78 et n°11, p.76.

²¹¹ Cf. e.a. la résolution sur les droits de l'Homme du 9 juillet 1991 (*J.O.*, 16 septembre 1991, C240/45) et la résolution sur l'adhésion à la CEDH du 18 janvier 1994.

²¹² Article F.2. Le texte de l'article est repris *supra*, n°135. Pour un commentaire du traité de Maastricht, cf. J. CLOOS, G. REINESCH, D. VIGNES, J. WEYLAND, *Le Traité de Maastricht - Genèse, analyse, commentaire*, 1993.

²¹³ Cf. e.a. *House of Lords Select Committee on the European Communities*, « Human Rights Re-examined », session 1992-1993, rapport n°3.

négociations²¹⁴. En s'octroyant la « *Kompetenz-Kompetenz* »²¹⁵ et en rappelant que les Etats restaient les seuls maîtres des traités, le *Bundesverfassungsgericht* soulignait les limites de l'intégration européenne et mettait en garde contre des modifications de la structure de l'Union qui ne résulteraient pas d'une révision formelle des traités.

161. – Quelques mois plus tard, l'absence d'accord en son sein conduisait le Conseil à s'octroyer un ingénieux moratoire : par une décision du 19 avril 1994, il interrogeait la Cour de justice sur la compatibilité de l'adhésion avec le traité CE.²¹⁶ Dans un avis du 28 mars 1996 qui fit couler beaucoup d'encre²¹⁷, la Cour répondit au Conseil en des termes devenus célèbres :

« Si le respect des droits de l'homme constitue (...) une condition de la légalité des actes communautaires, force est toutefois de constater que l'adhésion à la Convention entraînerait un changement substantiel du régime communautaire actuel de la protection des droits de l'homme (...). Une telle modification (...) revêtirait une envergure constitutionnelle et dépasserait de par sa nature les limites de l'article 235. Elle ne saurait être réalisée que par la voie d'une modification du traité. »

162. – Cet avis fut assez mal accueilli par la doctrine. On lui reprochait entre autres de ne pas avoir tenu compte des avancées enregistrées par le traité de Maastricht en matière de droits de l'homme et d'avoir développé une interprétation restrictive de l'article 235 CEE²¹⁸, à contre-courant de sa jurisprudence antérieure. Quels qu'en aient été les motifs, cet avis avait pour effet de « renvoyer la balle » dans le camp des Etats, dont les représentants s'apprêtaient à entamer les négociations nécessaires à la révision du traité sur l'Union européenne.

²¹⁴ BVerfGE, 12 octobre 1993, 89, 155. Nous nous permettons de renvoyer à l'immense littérature suscitée par cet arrêt : cf. e.a. S. BOOM, « The European Union after the Maastricht Decision : Is Germany the "Virginia of Europe" ? », *Jean Monnet Working Paper*, 1995, disponible sur www.jeanmonnetprogram.org ; D. HANF, « Le jugement de la Cour constitutionnelle fédérale allemande sur la constitutionnalité du Traité de Maastricht », *RTDE*, 1994, vol.30(3), p.391-423 ; M. HERDEGEN, « Maastricht and the German Constitutional Court : Constitutional Restraints for an "Ever Closer Union" », *C.M.L.R.*, 1994, vol.31, p.235-249 ; N. MACCORMICK, « The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now », *E.L.J.*, 1995, vol.1, p.259-266 ; J. WEILER, « The State "über alles". Demos, Telos and the German Maastricht Decision », *Jean Monnet Working Paper*, 1995, disponible sur www.jeanmonnetprogram.org ; M. ZULEEG, « The European Constitution under Constitutional Constraints: The German Scenario », *E.L.R.*, 1997, n°22, p.19-34.

²¹⁵ « Si (...) des institutions ou des organes européens pratiquaient ou faisaient évoluer le Traité d'Union d'une façon qui ne serait plus couverte par le traité tel qu'il a servi de base à la loi d'approbation allemande, les actes qui en découleraient ne seraient pas obligatoires sur le territoire allemand (...) C'est pourquoi il appartient à la Cour constitutionnelle de vérifier si les actes des institutions et organes européens se situent dans les limites des droits de leurs compétences qui leurs sont conférés ou s'ils les excèdent » (traduit par D. HANF, *loc. cit.*, p.415-416). La « *Kompetenz-Kompetenz* » vise ainsi la compétence du contrôle du respect des règles de répartition des compétences par les différents niveaux de pouvoir.

²¹⁶ *Bull. U.E.*, 1994, n°4, point 1.1.4.

²¹⁷ Avis 2/94, *Rec.*, 1996, p.1759. Sur cet avis, cf. e.a. A. ARNULL, « Opinion 2/94 and its Implications... », *loc. cit.* ; O. DE SCHUTTER, Y. LEJEUNE, « L'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des Droits de l'Homme. A propos de l'avis 2/94 de la Cour de justice des Communautés », *C.D.E.*, 1996, p.555-606 ; S. O'LEARY, « Accession by the European Community to the European Convention on Human Rights - The Opinion of the ECJ », *E.H.R.L.R.*, 1996, p.362-377 ; G. GAJA, note sous Opinion 2/94, *C.M.L.R.*, 1996, vol.33, p.973-989 ; P. WACHSMANN, « L'avis 2/94 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *R.T.D.E.*, 1996, vol.32(3), p.467-491.

²¹⁸ Devenu aujourd'hui l'article 308, cet article énonce : « Si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objets de la Communauté, sans que le présent traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, prend les dispositions appropriées ». Il n'est guère douteux que cette interprétation restrictive fait écho à la mise en garde contenue dans l'arrêt *Maastricht* précité de la Cour constitutionnelle allemande : « Si jusqu'à présent un élargissement dynamique des traités existants s'est appuyé sur une pratique libérale de l'article 235 CEE (...), l'interprétation future, par les institutions et les organes de la Communauté, devra respecter la distinction de principe que fait le Traité de l'Union entre l'exercice d'une compétence de pouvoir attribuée d'une manière limitée d'une part, et la révision du Traité de l'autre » (trad. D. HANF, *loc. cit.*, p.417). Par une sorte d'effet « boule de neige », ces décisions ont incontestablement influencé la Cour suprême du Danemark dans son arrêt du 6 avril 1998 sur la constitutionnalité du traité de Maastricht. Sur cet arrêt, cf. *infra*, n°414, et H. RASMUSSEN, « Confrontation or Peaceful Co-existence? On the Danish Supreme Court's Maastricht Ratification Judgment », in D. O'KEEFE, A. BAVASSO (eds.), *Judicial Review in European Union Law – Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, vol.1, 2000, p.377-389 et références y citées). Un nouvel exemple de communication inter-juridictionnelle...

163. – Comme chacun sait, ces négociations – desquelles émergea le traité d'Amsterdam – permirent de renforcer la place des droits fondamentaux dans l'Union européenne²¹⁹. L'extension de la compétence de la Cour (art.46 UE)²²⁰, l'introduction d'une procédure de suspension des droits d'un Etat membre en cas de violation « grave et persistante » de principes sur lesquels se fonde l'Union européenne²²¹ (art.7 UE) ou encore l'insertion d'une clause générale anti-discrimination (art.13 CE) ont incontestablement contribué à ce renforcement. Ces avancées ne s'accompagnèrent cependant pas des modifications nécessaires à l'adhésion. En outre, en omettant d'inscrire le respect des droits fondamentaux au rang des objectifs de la Communauté européenne énumérés aux articles 2 et 3 CE, les Etats fermaient résolument la porte à l'entame de négociations sur base de l'ancien article 235 (nouveau 308 CE).

D. Une troisième tentative (1998-2004) : le « non » du peuple

164. – La question de l'adhésion fut remise sur la table en décembre 1998, lorsque un comité d'experts, réuni à l'institut universitaire européen de Florence grâce au soutien de la Commission, rendit son rapport intitulé « *Leading by Example : A Human Rights Agenda for the European Union for the Year 2000* »²²². Ce comité, présidé par C. LALUMIERE, estimait en effet qu'« en dépit de son hésitation persistante, la Communauté devrait adhérer à la Convention (...) même s'il faut à cette fin amender le traité (...) »²²³, laissant entendre plus loin qu'un tel amendement n'était pas nécessaire à leurs yeux²²⁴. Quelques mois plus tard, un autre « comité des sages » établi par la Commission s'exprimait dans le même sens :

« Plus que jamais, l'heure n'est pas à de nouvelles délibérations, mais à la prise d'une décision claire. Plutôt que de concentrer tous les efforts sur la formulation d'une nouvelle « Bill of Rights », il conviendrait en particulier de fonder la reconnaissance des droits sur la Convention européenne des droits de l'homme, qui est devenue, par la jurisprudence de ses organes, une « Bill of Rights » commune à l'Europe »²²⁵.

165. – A peine relancée, la question de l'adhésion se retrouva subitement au centre de l'actualité lorsque, le 18 février 1999, la Cour européenne des Droits de l'Homme rendit son arrêt dans l'affaire *Matthews c. Royaume-Uni*²²⁶. Suite à une requête introduite par un citoyen de Gibraltar, la Cour considéra que le fait pour le Royaume-Uni de ne pas avoir organisé d'élections au Parlement européen en 1994 constituait une atteinte à l'article 3 du premier protocole additionnel à la CSDH. Le Royaume-Uni avait argué de l'irrecevabilité de la requête au motif que la violation qui lui était reprochée découlait directement de normes européennes, en l'occurrence une décision du Conseil et un

²¹⁹ Pour une analyse détaillée, cf. O. DE SCHUTTER, « Les droits fondamentaux dans le traité d'Amsterdam », *loc. cit.*, p.153-187.

²²⁰ L'article 6.2 UE, le nouveau titre IV CE (visas, asile, immigration) et, dans une moindre mesure, le titre VI UE (le « troisième pilier ») rentrent désormais dans sa juridiction.

²²¹ Ces principes sont énumérés à l'article 6, §1 UE : « l'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'Etat de droit, principes qui sont communs aux Etats membres ».

²²² Le comité des sages était composé de A. CASSESE, C. LALUMIERE, P. LEUPRECHT, M. ROBINSON. Une version française de ce rapport a été publiée dans P. ALSTON (dir.), *L'Union européenne et les droits de l'homme*, 2001, p.957-962.

²²³ Point 19, g).

²²⁴ « Le recoupement naturel de ces questions justifie également un usage prudent des pouvoirs inhérents à la Communauté au titre de l'article 308 (= ancien article 235) du traité C.E. » (point 21)

²²⁵ Rapport du groupe d'experts en matière de droits fondamentaux (dir. S. SIMITIS), *Affirmation des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Il est temps d'agir*, 1999, Commission européenne, p.16, point 9.

²²⁶ Requête n°24833/94. Une fois de plus, nous nous contenterons de rappeler les grandes lignes de cette décision. Pour une analyse plus détaillée, cf. e.a. I. CANOR, « *Primus inter pares*. Who is the Ultimate Guardian of Fundamental Rights in Europe? », *E.L.R.*, 2000, p.3-21; G. COHEN-JONATHAN, J-F. FLAUSS, « A propos de l'arrêt *Matthews c/ Royaume-Uni* », *R.T.D.E.*, 1999, vol.35(4), p.637-657 ; O. DE SCHUTTER, O. L'HOEST, « La Cour européenne des droits de l'homme ... », *loc. cit.*, p.141-210.

Acte y annexé du 20 septembre 1976 ainsi que certaines dispositions du traité de Maastricht. La Cour rejeta cet argument, au motif que ces textes constituaient « (...) tous des instruments internationaux auxquels le Royaume-Uni a librement souscrit » et qu'ils n'étaient pas soumis à la compétence de la Cour de justice²²⁷. Les violations de la Convention qu'ils contenaient étaient donc imputables à leurs signataires.

166. – Cette extension du « contrôle de conventionnalité » aux normes de droit primaire (ou « constitutionnel »), conjuguée à la nécessité de concilier les dispositions de la Charte naissante avec celles de la CSDH²²⁸, eut pour effet de relancer le débat sur l'adhésion. Cette fois-ci, personne ne sembla s'y opposer. Au contraire même, les plus farouches opposants de l'adhésion commencèrent à plaider en sa faveur, convaincus peut-être qu'entre deux maux, il convenait de choisir le moindre²²⁹. Et tandis que le Parlement et la Commission continuaient de défendre la complémentarité des techniques de l'adhésion et de la Charte²³⁰, les rédacteurs de celle-ci se montraient soucieux d'éviter les discordances entre les textes²³¹.

167. – Soigneusement passée sous silence dans le traité de Nice du 26 février 2001²³², la question de l'adhésion resurgit à l'occasion des travaux de la Convention pour l'avenir de l'Europe. Dans son rapport final, le groupe de travail n°II – chargé de se pencher sur l'opportunité de l'intégration de la Charte au droit primaire et/ou de l'adhésion à la CSDH – déclara :

« (...) l'intégration de la Charte dans les traités et l'adhésion de l'Union à la CEDH ne devraient pas être considérées comme *des démarches alternatives*, mais comme des mesures complémentaires garantissant le plein respect par l'Union des droits fondamentaux : de même que l'existence de la Charte ne réduit en rien l'avantage que présente l'extension du contrôle de la Cour de Strasbourg aux actes de l'Union, de même l'adhésion à la CEDH ne réduit pas l'utilité pour l'Union de se doter de son propre catalogue de droits fondamentaux. Les deux mesures donneront lieu à une situation analogue à celle qui existe dans les ordres juridiques des Etats membres dont les constitutions protègent les droits fondamentaux, mais qui ont en même temps accepté en plus que le système de Strasbourg exerce un contrôle externe en matière de droits de l'homme. »²³³

168. – Les recommandations du groupe de travail n°II furent approuvées par la Convention plénière et intégrées au « projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe ». Alors que la Charte était

²²⁷ Selon J. Callewaert cependant, seul le premier de ces arguments fut réellement décisif dans l'arrêt de la Cour : « si la Cour [européenne des droits de l'Homme] a relevé l'absence de compétence de la Cour de justice, il ne ressort pas de l'arrêt qu'elle ait voulu donner à cet élément une importance déterminante » (J. CALLEWAERT, « Les droits fondamentaux entre cours nationales et européennes », *R.T.D.H.*, 2001, p.1186-1205, ici p.1193).

²²⁸ Sur l'élaboration de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, cf. *infra*, n°190 et s. Parallèlement au processus d'élaboration de la Charte, plusieurs initiatives ont été prises au sein du Conseil de l'Europe afin de dégager des solutions aux problèmes techniques que susciterait une éventuelle adhésion de l'UE/CE à la CSDH. Sur ces initiatives, cf. e.a. P-H. IMBERT, « De l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH », *Droits fondamentaux*, n°2, 2002, p.11-19 ; J-L. SAURON, « Les divergences de jurisprudence - Le traitement des divergences de jurisprudence - La question en droit communautaire et européen », in P. ANCEL, M-C. RIVIER (dir.), *Les divergences de jurisprudence*, 2003, p.283-300. S'il entre un jour en vigueur, le protocole n°14 rendra formellement possible une telle adhésion.

²²⁹ On pense bien évidemment au revirement du *European Union Select Committee of the House of Lords*. On notera que cette volte-face est fort probablement liée à l'entrée en vigueur du *Human Rights Act* de 1998, qui, en faisant de la CSDH une norme directement applicable dans l'ordre juridique anglais, rendait caduc le fameux « *back door argument* » (cf. « EU Charter of Fundamental Rights », 8th Report, session 1999-2000, 16 May 2000 et « The Future Status of the EU Charter of Fundamental Rights », 6th Report, session 2002-2003, 3 February 2003. Ces rapports sont disponibles sur www.publications.parliament.uk).

²³⁰ Cf. e.a. la résolution du 16 mars 2000 sur l'élaboration d'une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (*J.O.*, 29 décembre 2000, C377/329) et la communication de la Commission du 11 octobre 2000 sur la nature de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (COM/2000/0644).

²³¹ Cf. l'article 52, §3 de la Charte : « Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. (...) ». La Charte, telle que proclamée au sommet de Nice, a été publiée au *Journal officiel* (18 décembre 2000, C364/1).

²³² *J.O.*, 10 mars 2001, C80/1.

²³³ CONV 354/02, p.12-13, disponible sur <http://register.consilium.eu.int/pdf/fr/02/cv00/00354f2.pdf>

incorporée – moyennant quelques modifications²³⁴ – dans le titre II du projet de Constitution, l'article I-7.2 dudit projet énonçait : « L'Union s'emploie à adhérer à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Une telle adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans la Constitution ». Présenté lors du Conseil européen de Thessalonique le 20 juin 2003, le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe fit l'objet d'âpres négociations au sein de la Conférence intergouvernementale qui s'ouvrit le 4 octobre 2003. Après une première tentative manquée lors du Conseil européen des 12 et 13 décembre 2003, les chefs d'Etat et de gouvernement parvinrent à un accord sur le texte du traité le 18 juin 2004. Signé à Rome le 29 octobre de la même année, le *traité établissant une Constitution pour l'Europe*²³⁵ réaffirmait, dans son article I-9.2, la volonté de l'Union d'adhérer à la CSDH. Formulée en des termes injonctifs (« L'Union adhère à la Convention... »), cette volonté apparaissait plus nette encore que dans le projet remis par la Convention sur l'avenir de l'Europe (« L'Union s'emploie à adhérer ... »). L'obligation de moyen semblait devenue une obligation de résultat.

169. – Nécessaire, l'accord des chefs d'Etat et de gouvernement n'était toutefois pas suffisant pour permettre l'entrée en vigueur du nouveau traité. Celui-ci devait encore passer avec succès les procédures de ratification prévues dans le droit des différents Etats membres. Comme chacun sait, ce dernier obstacle fut fatal au projet de Constitution. Le rejet du traité par les citoyens français²³⁶ et néerlandais²³⁷ empêcha sa ratification par deux Etats fondateurs des Communautés européennes et précipita l'Europe dans une crise sans précédent.

170. – Après s'être accordé une longue « période de réflexion »²³⁸, les chefs d'Etat et de Gouvernement relancèrent le processus de modification des traités. Lors du Conseil européen de Bruxelles des 21 et 22 juin 2007, ils convoquèrent une Conférence intergouvernementale chargée de la rédaction d'un « traité modificatif » dans le but d'« [a]méliorer la vie quotidienne des citoyens européens et [de] garantir la capacité de l'Union européenne à agir à l'avenir »²³⁹. Munie du mandat détaillé que lui avaient donné les Etats, la CIG entama ses travaux le 23 juillet 2007 sous le contrôle du Parlement européen et du Conseil européen. Quelque deux mois plus tard, le projet de traité était ficelé. Il fut approuvé – moyennant quelques amendements de dernière minute – par les chefs d'Etat et de Gouvernement lors d'un sommet informel à Lisbonne les 18 et 19 octobre 2007. Signé officiellement le 13 décembre 2007, le « traité de Lisbonne »²⁴⁰ est à présent ouvert au processus de ratification dans les différents Etats membres. Il entrera en vigueur « (...) le 1^{er} janvier 2009, à condition que tous les instruments de ratification aient été déposés » (art. 6, §2, du traité modificatif).

171. – Le traité de Lisbonne reprend une grande partie des innovations contenues dans le projet de traité constitutionnel. Il affirme ainsi que « l'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ». Inscrite dans le futur article 6, §2, du traité sur l'Union européenne, concrétisée dans un Protocole et dans une déclaration annexés au nouveau traité²⁴¹, cette déclaration péremptoire demeurera cependant lettre morte aussi longtemps que le traité

²³⁴ Sur cette question, cf. *infra*, n°210-215.

²³⁵ J.O., 16 décembre 2004, C310.

²³⁶ 54,68% de « non » (référendum du 29 mai 2005)

²³⁷ 61,6% de « non » (référendum du 1^{er} juin 2005).

²³⁸ Cf. la déclaration des chefs d'Etat ou de gouvernement sur la ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe lors du Conseil européen des 16 et 17 juin 2005, qui instaure une « période de réflexion (...) pour permettre un large débat dans chacun de nos pays (...) ».

²³⁹ Conclusions de la présidence, 23 juin 2007, 11177/07 CONCL 2, pt.6.

²⁴⁰ J.O., 17 décembre 2007, C306/01.

²⁴¹ Cf. le Protocole relatif à l'article 6, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne sur l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, qui déclare notamment que l'accord relatif à l'adhésion « (...) doit refléter la nécessité de préserver les caractéristiques spécifiques de l'Union et du droit de l'Union » (art.1^{er}) et « (...) doit garantir que l'adhésion de l'Union n'affecte ni les compétences de l'Union, ni les attributions de ses institutions » (art.2) (C306/155-156). Cf. également la déclaration ad article 6, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne (CIG 3/1/07 REV 1, p.3).

de Lisbonne n'aura pas été ratifié²⁴². Or, à l'heure où certains Etats envisagent de subordonner cette ratification à la tenue d'un référendum, rien ne dit que les peuples européens ne s'opposent pas une fois encore à cette adhésion en bonne et due forme.

E. L'adhésion forcée (1987-2007) : les « présomptions » de la CEDH

172. – Les frontières constitutionnelles sont plus poreuses qu'elles ne paraissent, exposées aux invasions et aux pressions d'acteurs « étrangers ». Nous verrons dans cette section que l'impérialisme des canaux de constitutionnalisation traditionnels n'a pas empêché le « parachutage » de la CSDH au sommet de l'ordre juridique européen. Les évolutions plus ou moins récentes de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme sont à l'origine de ce « court-circuit », qui a provoqué selon certains une adhésion « de fait »²⁴³ ou « contrainte »²⁴⁴ de l'U.E. à la Convention.

173. – La question des rapports entre le droit communautaire et la CSDH s'est très vite posée en des termes contradictoires dans la jurisprudence des organes de Strasbourg. D'une part, il fut rapidement acquis que le transfert des compétences d'un Etat à une organisation internationale n'exonérât pas cet Etat de sa responsabilité à l'égard de la CSDH dans l'exercice de ces compétences²⁴⁵. Dédit de l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et maintes fois répété par la CEDH²⁴⁶, ce principe semblait impliquer que le droit communautaire – fruit d'une organisation internationale créée par des Etats parties à la Convention – était soumis au contrôle des organes de Strasbourg. Cette règle de bon sens se heurta cependant très vite aux réticences de la Commission européenne des droits de l'homme lorsqu'elle fut saisie de recours dirigés contre les Communautés européennes. Peu encline à contrôler le droit d'une entité juridique non partie à la CSDH, consciente de la « spécificité » de la construction communautaire²⁴⁷, la Commission – plus tard suivie par la Cour – se déclara incompétente *ratione personae* pour connaître de ces requêtes²⁴⁸.

174. – Excluant à la fois l'impunité des Etats et la responsabilité des Communautés, la jurisprudence indiquait la seule voie à suivre : les Etats eux-mêmes devaient être tenus responsables pour les mesures prises dans le cadre du droit communautaire. Si le principe était simple, sa mise en œuvre fut plus délicate. Entre le désir de « percer le voile communautaire » et le souci de respecter l'autonomie d'une organisation dotée de la personnalité juridique, la jurisprudence des organes de Strasbourg fut longtemps hésitante, voire erratique, et laisse aujourd'hui encore subsister certains doutes. Ces zones d'ombre ne doivent cependant pas masquer les conséquences pratiques de ce régime général de responsabilité des Etats. En étendant progressivement leur compétence à l'égard du droit

²⁴² Et, évidemment, aussi longtemps que le Conseil de l'Europe n'aura pas procédé aux aménagements institutionnels nécessaires par le biais de l'adoption du Protocole n°14.

²⁴³ M. FISHBACH, « Le Conseil de l'Europe et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *R.U.D.H.*, 2000, n°1-2, p.8.

²⁴⁴ F. BENOÎT-ROHMER, « A 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, p.827-853. Cf. dans le même sens J-P. JACQUE, « L'arrêt *Bosphorus*, une jurisprudence "*Solange II*" de la Cour européenne des droits de l'homme? », *R.T.D.E.*, 2005, p.762. De manière plus nuancée, cf. R. HARMSSEN, « National Responsibility for European Community Acts Under the European Convention on Human Rights: Recasting the Accession Debate », *E.P.L.*, vol. 7, 2001, p. 623-647.

²⁴⁵ Ce principe fut établi explicitement pour la première fois dans la décision de la Comm.E.D.H. du 9 février 1990, *M.&Co. c. RFA*, req. n°13258/87. Il ne constitue toutefois que l'application aux traités constitutifs d'organisations internationales d'une règle de droit international public plus générale affirmée de longue date par la Comm.E.D.H. (cf. e.a. les décisions des 10 juin 1958, (*X et Y c. FRG*, req. n°235/56), 11 janvier 1961 (*Autriche c. Italie*, req. n°788/60) et 9 décembre 1987 (*Etienne Tête c. France*, req. n°11123/84).

²⁴⁶ Cf. e.a. les arrêts *Matthews c. Royaume Uni* (précité), *Waite et Kennedy c. Allemagne* (18 février 1999, req. n°26083/94) et *Bosphorus Airways c. Irlande* (30 juin 2005, req. n°45036/98).

²⁴⁷ CEDH, 18 février 1991, *Moustaquim c. Belgique*, §49.

²⁴⁸ Cf. e.a. Comm.E.D.H., 10 juillet 1978, *CFDT c. les Communautés européennes*, subsidiairement : la collectivité des Etats membres et les Etats membres pris individuellement, req. n°8030/77 ; Comm.E.D.H., 19 janvier 1989, *Dufay c. les Communautés européennes*, subsidiairement : la collectivité de leurs Etats membres et leurs Etats membres pris individuellement, req. n°13539/88. Cf. encore les décisions et arrêts *M&Co*, *Matthews* et *Bosphorus* précités.

communautaire, nous verrons que les organes de Strasbourg ont en réalité largement modifié la perspective de l'adhésion, la rendant, selon les points de vue, caduque ou indispensable. Cette extension du contrôle de conventionnalité fut progressive et tâtonnante, jalonnée par une longue série de décisions et d'arrêts dont il est souvent difficile de cerner la portée. Les limites de cette étude 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 conventionnalité du droit communautaire à travers quatre cas de figure.

175. – La première situation, qui concerne les normes communautaires de droit *primaire* et leur mise en œuvre au niveau national, fut examinée par la CEDH dans l'affaire *Matthews c. Royaume Uni*. Nous ne reviendrons pas sur les faits de la cause, ni sur les motifs de l'arrêt²⁴⁹. Qu'il nous suffise de rappeler qu'aux termes de celui-ci – et conformément au principe dégagé dans l'affaire *M&Co* –, les Etats parties sont responsables des violations de la Convention qui découlent d'un accord conclu entre eux dans le cadre de la Communauté ou de l'Union européenne. Si l'arrêt *Matthews* mettait en cause la seule responsabilité britannique, ses conclusions rendent désormais possible une requête dirigée contre l'ensemble des Etats membres suite à la conclusion d'un traité prétendument contraire à la Convention.

176. – Dans une affaire *Etienne Tête c. France*²⁵⁰, la Commission fut appelée à se prononcer sur le deuxième cas de figure, qui concerne les mesures nationales mettant en œuvre, *avec une marge d'appréciation*, des normes communautaires de droit *dérivé*. La législation en cause en l'espèce précisait les modalités d'application de l'élection du Parlement européen au suffrage universel direct, complétant par là une réglementation communautaire. Estimant qu'« on ne saurait (...) admettre que par le biais de transferts de compétence, les Hautes Parties contractantes puissent soustraire (...) des matières normalement visées par la Convention aux garanties qui y sont édictées », la Commission s'estima compétente pour contrôler la loi française au regard de la CSDH. La Cour se rallia près de dix ans plus tard à cette position, dans son arrêt *Cantoni c. France* du 15 novembre 1996. La requête était dirigée contre une disposition du Code de la santé publique transposant une directive communautaire. La Cour se déclara compétente pour connaître de l'affaire, affirmant que « la circonstance que l'article L 511 du Code de la santé publique s'inspire presque mot pour mot de la directive communautaire 65/65 ne le soustrait pas à l'empire (...) de la Convention européenne des droits de l'homme ».

177. – L'extension du contrôle de conventionnalité à ces deux premiers cas de figure semblait difficilement contestable. S'autorisant de l'article 30 de la Convention de Vienne²⁵¹, ne portant pas d'atteinte fondamentale à l'autonomie du droit communautaire, elle ne suscita guère de critiques. La troisième situation était en revanche nettement plus délicate. Un Etat membre pouvait-il être tenu responsable pour l'*exécution servile* d'une norme de droit communautaire dérivé ? Ces cas de figure au demeurant fréquents, dans lesquels les autorités nationales ne disposent d'aucune marge d'appréciation, firent naître certaines hésitations dans la jurisprudence de la Commission. Celle-ci adopta d'abord une attitude de retrait dans l'affaire *M&Co c. RFA*, qui mettait en cause l'exequatur accordé par les autorités allemandes à un arrêt de la CJCE relatif à l'article 85 CEE (81 CE). Considérant que l'ordre juridique communautaire offrait une protection des droits fondamentaux « équivalente » à celle prévue par la CSDH, la Commission déclara la requête irrecevable *ratione materiae*²⁵². Cette jurisprudence – sans doute inspirée de l'arrêt *Solange II*²⁵³ – fut toutefois remise en cause dans l'affaire *Procola c. Luxembourg*²⁵⁴ qui vit la Commission examiner *au fond* la validité d'une mesure nationale prise en exécution d'un règlement communautaire imposant des quotas laitiers

²⁴⁹ Cf. *supra*, n° 165.

²⁵⁰ Décision du 9 décembre 1989, requête n° 1123/84.

²⁵¹ Auquel fait écho l'article 307 CE (ex-234)

²⁵² Comp. CEDH *Pellegrini c. Italie*, 20 juillet 2001 concernant l'exequatur d'une décision d'un tribunal d'un Etat non partie à la Convention.

²⁵³ Cf. sur ce point J. CALLEWAERT, « Les droits fondamentaux... », *loc. cit.*, p.1186-1205, spéc. p.1191.

²⁵⁴ Décision du 1^{er} juillet 1993, req. n° 14570/89.

aux différents Etats membres. Incertaine, l'attitude des organes de Strasbourg demandait à être clarifiée.

178. – L'arrêt *Bosphorus Airways c. Irlande* du 30 juin 2005 fournit à la Cour européenne des Droits de l'Homme l'occasion de mettre un terme – provisoire ? – à ces incertitudes. Cette affaire concernait la saisie par les autorités irlandaises d'un aéronef donné en location à une compagnie turque – Bosphorus Airways – par une société yougoslave. La confiscation avait été opérée en exécution d'un règlement communautaire qui se limitait lui-même à appliquer des sanctions adoptées par le Conseil de sécurité des Nations unies. Contestant la légalité de la saisie, la compagnie Bosphorus poursuivit les autorités irlandaises devant les tribunaux nationaux. Au cours de la procédure, la Cour suprême irlandaise posa une question préjudicielle à la CJCE en interprétation du règlement communautaire sur lequel était fondée la confiscation. Dans sa réponse, la Cour de Luxembourg déclara le règlement applicable aux faits de l'espèce et ajouta qu'au regard du but poursuivi, la saisie de l'aéronef ne constituait pas une atteinte disproportionnée au droit de propriété et au libre exercice de l'activité économique de Bosphorus²⁵⁵. Se rangeant aux côtés de la CJCE, la Cour suprême admit la légalité de la mesure contestée.

179. – La société Bosphorus décida alors d'introduire une requête contre l'Irlande devant la CEDH au motif que la saisie de l'aéronef avait emporté violation de ses droits garantis à l'article 1 du Protocole n°1 additionnel à la Convention. Suite à une brève discussion de la notion de « juridiction » contenue dans l'article 1 CSDH²⁵⁶, la Cour – réunie en formation de Grande Chambre – se considéra compétente *ratione loci, personae et materiae* pour connaître de la requête.

180. – Se penchant sur la violation alléguée de l'art.1^{er} du premier Protocole, 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 poursuivit 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 – suite à une analyse relativement détaillée du droit communautaire primaire et de la jurisprudence de la CJCE – 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 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 Convention.

181. – Inspiré de certaines propositions doctrinales²⁵⁷, cet arrêt important a suscité une avalanche de commentaires²⁵⁸, qu'il ne nous appartient pas de réécrire. L'on se contentera donc de pointer les

²⁵⁵ C-84/95 *Bosphorus c. Minister for Transport, Energy and Communications*, 30 juillet 1996, *Rec.*, 1996, I-3953.

²⁵⁶ Cf. en particulier le §137 : « En l'espèce, il n'est pas contesté que la mesure dénoncée par la société requérante, à savoir la saisie de l'aéronef qu'elle avait loué pour une certaine période, a été mise en œuvre par les autorités de l'Etat défendeur, sur le territoire de celui-ci, à la suite d'une décision du ministre irlandais des Transports. Dès lors, la société requérante, en tant que destinataire de la mesure litigieuse, relève de la « juridiction » de l'Etat irlandais, et son grief relatif à cette mesure est compatible *ratione loci, personae et materiae* avec les dispositions de la Convention ». Cette interprétation extensive de la notion de juridiction semble dans la ligne de l'arrêt *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie*, req. n° 48787/99, 8 juillet 2004 (cf. aussi *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, arrêt du 30 janvier 1998, *Recueil* 1998-I, § 29).

²⁵⁷ Cf. ainsi J-P. JACQUE, « La Cour de justice, la Cour européenne des droits de l'homme et la protection des droits fondamentaux. Quelques observations », in M. DONY, E. BRIBOSIA (dir.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, 2002, p.257-263.

²⁵⁸ Cf.e.a. F. BENOIT-ROHMER, « A propos de l'arrêt *Bosphorus Airlines*... », *loc. cit.* ; J-P. JACQUE, « L'arrêt *Bosphorus*, une jurisprudence "*Solange II*"... », *loc. cit.* ; C. BANNER, A. THOMSON, « Human Rights Review of State Acts Performed in

éléments les plus saillants de cette décision qui clôture – provisoirement – la saga des relations entre la CEDH et la CJCE. Remarquons d’abord que l’arrêt du 30 juin 2005 rompt très clairement avec la jurisprudence *M&Co*. Alors que cette dernière faisait état d’une incompétence *ratione materiae* de la Commission pour connaître des mesures nationales prises en exécution du droit communautaire, l’arrêt *Bosphorus* voit la Cour se prononcer sur le fond du droit. Et s’il maintient un mécanisme de « *self-restraint* » – la présomption en cas de « protection équivalente » des droits fondamentaux –, force est de reconnaître que ce dernier n’intervient pas au même stade de la décision.

182. – On relèvera en outre que la présomption de légalité instaurée par la Cour est en réalité « doublement réfragable », laissant ouvertes deux voies d’accès au contrôle de conventionnalité du droit communautaire. La première se situe au niveau du degré général de protection des droits de l’homme dans la Communauté qui, aux dires de la Cour elle-même, « (...) doit pouvoir être réexaminé à la lumière de tout changement pertinent » (§155). Si une baisse de ce niveau de protection devait être constatée dans l’avenir, la présomption de « conventionnalité » tomberait. Cette hypothèse n’apparaît pas seulement théorique. L’échec du traité constitutionnel et l’avenir incertain de la Charte des droits fondamentaux – deux textes qui ont été pris en compte par la Cour dans son appréciation – nous rappellent que la protection des droits de l’homme demeure fragile au sein de l’Union européenne. Du reste, on notera que cette appréciation portait sur le niveau de protection offert par le droit *communautaire*. Rien ne permet de penser que lorsqu’elle sera confrontée à une mesure prise dans le cadre du deuxième ou du troisième pilier de l’Union européenne, la Cour fera preuve d’autant d’indulgence²⁵⁹. La compétence restreinte de la CJCE dans ces domaines risque de rendre difficile la transposition de ce « brevet de conventionnalité » à l’Union européenne dans son ensemble.

183. – La seconde « voie d’accès » au contrôle du droit communautaire se trouve au niveau de la présomption elle-même, qui peut être renversée par le requérant s’il démontre que la protection de ses droits fondamentaux a été entachée d’une insuffisance manifeste²⁶⁰. Dans son opinion concordante, le juge Ress mentionne, au titre de ces insuffisances, une décision de la CJCE rompant avec la jurisprudence de la CEDH ou restreignant excessivement l’accès des particuliers au prétoire (pt.3).

184. – S’il dissipe de nombreuses incertitudes, l’arrêt *Bosphorus* soulève également certaines interrogations. Il est d’abord permis de mettre en doute l’idée selon laquelle les droits fondamentaux jouissent, dans l’ordre juridique communautaire, d’une « protection équivalente » à celle qui est assurée par la CEDH. S’il est vrai que la CJCE prend désormais au sérieux son rôle de gardienne des droits de l’homme, on reconnaîtra qu’il n’en va pas différemment des nombreuses juridictions constitutionnelles et suprêmes des Etats parties à la CSDH. Or, celles-ci ne se sont jamais vu décerner une « présomption de protection équivalente » par la Cour de Strasbourg. Les juges du Kirchberg feraient-ils preuve d’un zèle particulier, susceptible de justifier le traitement de faveur que leur accorde la CEDH ? On peut en douter. Bien au contraire même, on rappellera que l’ordre juridique communautaire présente certaines lacunes sur le plan de l’effectivité des droits procéduraux. D’une part, la Cour a toujours privilégié une interprétation très stricte des conditions de recevabilité des

Compliance with EC Law – *Bosphorus Airways v. Ireland* », *E.H.R.L.R.*, 2005, p.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 p., disponible sur www.germanlawjournal.com ; S. ADAM, F. KRENC, « La responsabilité des Etats membres de l’Union européenne devant la Cour européenne des droits de l’homme », *J.T.*, 11 février 2006, n°6212, p.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, p.363-378.

²⁵⁹ Il n’est évidemment pas certain que la CEDH adopterait le même raisonnement dans ce type de situation (cf. CEDH, *Segi et autres et Gestoras Pro-Amnestia et autres c. l’Allemagne, la Belgique, le Danemark, l’Espagne, la Finlande, la France, la Grèce, l’Irlande, l’Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal, le Royaume-Uni et la Suède*, arrêt du 23 mai 2002).

²⁶⁰ On ne peut s’empêcher de remarquer les parallèles entre l’arrêt *Bosphorus* et la jurisprudence du *Bundesverfassungsgericht*. Alors que le mécanisme de la présomption fait écho aux arrêts *Solange II* et *Bananen*, la notion d’« insuffisance manifeste » n’est pas sans rappeler un arrêt dans lequel la Cour constitutionnelle a rejeté un recours dirigé contre une décision rendue par l’organe d’appel de l’Office européen des brevets. La Cour a considéré le recours non fondé au motif qu’il n’avait pas été démontré que le système de garantie des droits prévu par cette organisation offrait une protection substantiellement insuffisante (arrêt cité par F. SCHORKOPF, *loc. cit.*, p.5).

recours en annulation dirigés contre des actes communautaires²⁶¹. Il n'est pas dit que cette lecture extrêmement restrictive de l'article 230, al.4, CE respecte pleinement le « droit à un juge » consacré à l'article 6 CSDH²⁶². Et si la CJCE semble aujourd'hui disposée à s'enquérir des standards de la CEDH dans ce domaine²⁶³, force est de constater que sa jurisprudence *Plaumann*²⁶⁴ ne cadre guère avec l'interprétation généreuse du droit à une protection juridictionnelle effective défendue par les juges de Strasbourg. D'autre part, on rappellera que la CJCE s'est toujours refusée à voir une atteinte à l'article 6 CSDH dans l'impossibilité, pour les parties devant elles, de répondre aux conclusions présentées par l'avocat général²⁶⁵. Ici encore, il n'est pas sûr qu'une telle limitation du droit à être entendu soit conforme à la jurisprudence de la CEDH²⁶⁶.

185. – Par-delà ces considérations critiques, on peut ensuite se demander si le raisonnement adopté par la Cour dans le cas de l'espèce est transposable à notre quatrième cas de figure, qui concerne des requêtes dirigées contre l'ensemble des Etats membres pour des actes émanant *directement* des institutions communautaires. De plus en plus nombreuses, ces requêtes ont jusqu'à présent toujours été rejetées pour des motifs étrangers à la nature de leurs cibles, permettant aux organes de Strasbourg d'éviter de se prononcer sur une question délicate²⁶⁷. Si à première vue, aucun obstacle majeur ne s'oppose à l'application du « raisonnement *Bosphorus* » à ces cas de figure, on remarquera tout de même que cette transposition nécessitera quelques aménagements.

186. – D'une part, on se rappellera que dans *Bosphorus*, l'intérêt légitime de la mesure résidait dans la nécessité pour l'Etat de se conformer à ses obligations internationales. Difficilement transposable à des normes communautaires, l'intérêt légitime devra-t-il dès lors être mesuré au cas par cas, en fonction des objectifs de ces normes ? On se rapprocherait alors à nouveau de la décision *Procola c. Luxembourg*, peu respectueuse de la spécificité communautaire. D'autre part, on conviendra que la condamnation de l'ensemble des Etats membres au nom de la Communauté ne va pas sans poser problème. Outre qu'elle méconnaît totalement la personnalité juridique et l'autonomie institutionnelle de cette dernière, on ne voit guère comment la condamnation des Etats membres permettrait de réparer un dommage causé par la Communauté.

187. – Quels que soient les développements futurs de cette jurisprudence, nul ne contestera qu'elle n'est pas sans incidence sur la perspective de l'adhésion. En étendant progressivement leur contrôle sur des mesures prises dans le cadre communautaire, les organes de Strasbourg introduisent

²⁶¹ Cf. le fameux arrêt C-50/00 P *UPA*, 25 juillet 2002, *Rec.*, 2002, p.I-6677, qui tranche avec les positions plus généreuses affichées par le TPI (T-177/01 *Jégo-Quéré c. Commission*, 3 mai 2002, *Rec.*, 2002, p.II-2365) et par l'AG Jacobs (conclusions présentées le 21 mars 2002 dans l'affaire C-50/00 P *UPA* précitée).

²⁶² Cf. toutefois l'arrêt de la CEDH *Posti et Rahko c. Finlande* du 24 septembre 2002, pt.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 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 ».

²⁶³ Cf. C-229/05 P *PKK et KNK c. Conseil*, 18 janvier 2007, non encore publié au Recueil, pt.75-83.

²⁶⁴ Aff. 25/62 *Plaumann c. Commission*, 15 juillet 1963, *Rec.*, 1963, p.197. Les particuliers ne sont recevables à intenter un recours en annulation contre une mesure communautaire dont ils ne sont pas les destinataires exprès que si cette mesure « les atteint en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre personne et, de ce fait, les individualise d'une manière analogue à celle d'un destinataire » (p.223).

²⁶⁵ C-17/98 *Emesa Sugar* (ord.), 4 février 2000, *Rec.*, 2000, p.I-665 ; C-466/00 *Kaba (II)*, 6 mars 2003, *Rec.*, 2003, p.I-2219.

²⁶⁶ C.E.D.H., arrêt *Vermeulen* du 20 février 1996.

²⁶⁷ Cf. e.a. Comm.E.D.H., 10 juillet 1978, *CFDT c. les Communautés européennes*, subsidiairement : la collectivité des Etats membres et les Etats membres pris individuellement, req. n°8030/77 ; Comm.E.D.H., *Christiane Dufay c. les Communautés européennes* : la collectivité de leurs Etats membres et leurs Etats membres pris individuellement, 19 janvier 1989, req.13539/88 ; Comm.E.D.H. *Garzili c. les Etats membres de l'Union européenne*, 22 octobre 1998, req. n°32384/95. ; CEDH *Guérin Automobiles c. les quinze Etats de l'Union européenne*, 4 juillet 2000 ; *Senator Lines c.* 10 mars 2004, req n°56672/00 ; *Emesa Sugar c. Pays-Bas*, 13 janvier 2005, req. n°62023/00 ; dans le contexte de l'OTAN, cf. CEDH, *Bankovis et autres c. 17 pays membres du Conseil de l'Europe également membres de l'OTAN*, 12 décembre 2001.

subrepticement la Convention européenne des droits de l'homme au sein de la « Constitution » européenne. Ce faisant, on peut à première vue considérer qu'ils ôtent à l'adhésion tout son intérêt – celui de placer le droit communautaire sous le contrôle d'un arbitre « impartial » ou « extérieur ». Dans le même temps, on peut voir dans cette jurisprudence « (...) une incitation directe à l'adhésion (...). En effet, [elle] place l'Union dans la pire des situations possibles, celle d'être justiciable devant une Cour où elle ne peut être partie au litige »²⁶⁸.

*
* *

188. – Ce survol rapide de l'histoire de l'adhésion a confirmé la porosité des frontières constitutionnelles de l'Union européenne. D'abord, il nous a permis d'observer la présence de ce phénomène d'écriture à plusieurs mains de la norme que nous avons déjà rencontré dans la section précédente. Amorcée par la Commission, appuyée par le Parlement, freinée par les Etats, empêchée par la CJCE, bloquée par le « peuple », forcée par la CEDH, la constitutionnalisation de la Convention européenne des droits de l'homme renvoie l'image d'un dialogue incessant entre les différents acteurs européens. On rétorquera peut-être que si elle ne manque pas de pertinence dans le cadre de l'étude de la dynamique des principes généraux – bousculant quelque peu l'image traditionnelle de la *juris-dictio* comme activité solitaire – la figure du dialogue perd beaucoup de son intérêt lorsqu'elle est appliquée à l'adhésion – processus institutionnel et politique qui, par sa nature même, intéresse et réunit un grand nombre d'acteurs.

189. – Cette objection nous amène à notre second point. Contrairement à la dynamique des principes généraux, l'histoire de l'adhésion nous montre que le dialogue ne se situe pas seulement *en amont* du processus de « juridicisation » ou de « cristallisation constitutionnelle ». En ce sens, il ne se limite pas à un débat politique au terme duquel une autorité formellement habilitée pour ce faire tranche, décide, légifère, ou, dans le cas qui nous occupe, constitutionnalise. Certes, les initiatives de la Commission et les encouragements du Parlement en faveur de l'adhésion exercèrent une pression politique importante sur les gardiens officiels de la Constitution, comme en témoigne le jeu de passe-passe embarrassé auquel se livrèrent la CJCE et les Etats à l'occasion de l'Avis 2/94. Mais par-delà ces évidences, l'histoire de l'adhésion nous montre que le *processus de constitutionnalisation lui-même* ne fait plus l'objet d'un monopole. Que le triple « non » des Etats, de la CJCE et du peuple (les trois gardiens de la « Constitution » européenne) n'ait pas suffi à dénier toute normativité à la CSDH dans l'ordre communautaire est sans doute la meilleure preuve du phénomène de dilution du « pouvoir constituant ». Et que l'adhésion *de facto* provoquée par la C.E.D.H ait pour effet de « mettre la pression » sur les maîtres des traités témoigne de l'inévitable présence du dialogue et de la communication au cœur de ce phénomène.

Section 4. La dynamique de la Charte

« Neither the UN Convention nor the European Charter [of Fundamental Rights] is at present legally binding in our domestic law and they are therefore not sources of law in the strict sense. But both can, in my judgment, properly be consulted insofar as they proclaim, reaffirm or elucidate the content of those human rights that are generally recognised throughout the European family of Nations (...) »²⁶⁹

²⁶⁸ F. BENOIT-ROHMER, « A propos de l'arrêt *Bosphorus Airlines...* », *loc. cit.* p.853.

²⁶⁹ M. Justice MUNBY, in *R v. Secretary of State for the Home Department*, ex parte Howard League for Penal Reform, cité par European Union Select Committee of the House of Lords, « The Future Status of the EU Charter of Fundamental Rights », 6th Report, session 2002-2003, 3 February 2003, disponible sur www.publications.parliament.uk.

190. – Le processus qui vit l’Union européenne se doter d’une Charte des droits fondamentaux fut particulièrement long et laborieux. En retraçant les différentes étapes qui jalonnèrent l’adoption progressive d’un « *Bill of Rights* » pour l’Europe, cette section nous permettra de mesurer une fois encore la friabilité des frontières constitutionnelles. Nous verrons d’une part (A) que la Charte – qui plonge ses racines très loin dans l’histoire de l’intégration européenne – est le produit d’un travail collectif de longue haleine. Evoquée dès les années 1970, entamée dans les années 1980, achevée vingt ans plus tard, sa rédaction porte la marque incontestable du dialogue et de la concertation²⁷⁰.

191. – Mais si elle ne fut pas l’œuvre instantanée d’un auteur unique – le « constituant » –, la Charte n’accéda pas non plus d’un coup et à l’initiative d’un seul à la « positivité » juridique (B). Nous verrons que l’échec actuel de la procédure formelle de constitutionnalisation n’a pas empêché la Charte d’acquérir déjà une certaine force contraignante. Tout comme l’histoire de l’adhésion, la dynamique de la Charte met en lumière le flou qui règne aujourd’hui sur les limites entre droit et politique, et entre « pouvoir constituant » et « autorités constituées ».

A. La rédaction de la Charte (1975-2004) : le Parlement, les Etats et les autres

§1^{er}. Les antécédents de la Charte (1975-1989)

192. – Avant même qu’il fût question d’une charte communautaire des droits de l’homme²⁷¹, de nombreuses voix s’élevaient en faveur de l’adoption d’une déclaration des droits des *citoyens* européens. Evoqué par les Neuf au sommet de Paris de décembre 1974, le projet de doter les ressortissants des Etats membres d’une kyrielle de droits civils et politiques « spéciaux » fut accueilli avec enthousiasme par le Parlement européen²⁷² et fit l’objet de plusieurs suggestions²⁷³.

193. – Si elles firent long feu, ces premières initiatives eurent toutefois le mérite d’ouvrir la voie à l’établissement d’une charte de droits propre à l’ordre communautaire. Quelques années plus tard, conscient de son rôle de représentant « direct » du peuple européen²⁷⁴, le Parlement donnait un nouvel élan à ces questions dans son « projet de traité d’Union européenne »²⁷⁵. Après avoir rappelé l’attachement de l’Union aux droits et libertés fondamentaux – en ce compris les droits civils, sociaux et culturels –, l’article 4 du projet donnait un délai de cinq ans à la future Union pour délibérer de son adhésion à certains instruments internationaux de protection des droits de l’homme et pour adopter « sa propre déclaration des droits fondamentaux »²⁷⁶.

²⁷⁰ Pour un résumé du processus de longue haleine qui conduisit à l’adoption de la Charte, cf. E. BRIBOSIA, « La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne : un exemple de codification au plan européen », *Rev. dr. ULB*, vol.28, 2003, p.231-258.

²⁷¹ Cf. cependant le rapport de la Commission sur l’Union européenne (suppl. 5/75, *Bull.C.E.*). Comp. Rapport du 4 février 1976 sur la protection des droits fondamentaux lors de la création et du développement du droit communautaire (suppl.5/76, *Bull.C.E.*), point 32.

²⁷² Résolution sur l’Union européenne, *J.O.*, 6 août 1975, C179/28, spéc. pt.12.

²⁷³ Cf. le « rapport Tindemans » du 29 décembre 1975 (Suppl.1/76, *Bull.C.E.*, p.26-28) et le rapport de la Commission européenne du 3 juillet 1975 (suppl.6/75, *Bull.C.E.*), qui regroupent des droits civils – tels que la libre circulation – et politiques – tels que le droit de vote et d’éligibilité. Cf. surtout la résolution du Parlement européen du 16 novembre 1977 (résolution sur l’attribution de droits spéciaux aux citoyens de la Communauté européenne, *J.O.*, 12 décembre 1977, C299/26) qui établit une liste de droits assez fournie, où se côtoient entre autres le droit de séjour, le droit d’appartenir à un syndicat et le droit de pétition.

²⁷⁴ On rappellera que les premières élections du Parlement européen au suffrage universel direct se tinrent les 7 et 10 juin 1979.

²⁷⁵ Projet dit « Spinelli », adopté le 14 février 1984. Cf. également la résolution du 14 septembre 1983 relative au contenu de l’avant-projet de traité instituant l’Union européenne, *J.O.*, 17 octobre 1983, C277/95. Sur ce projet, cf. R. BIEBER, J-P. JACQUE, J.H.H. WEILER (dir.), *L’Europe de demain – Une Union sans cesse plus étroite – Analyse critique du projet de traité instituant l’Union européenne*, 1985 ; F. CAPOTORTI, M. HILF, F. JACOBS, J-P. JACQUE, *Le Traité d’Union européenne - Commentaire du projet adopté par le Parlement européen le 14 février 1984*, 1985.

²⁷⁶ « [D]e nombreux membres du Parlement estimaient que le traité aurait dû contenir (...) une liste des droits de l’homme (...). Au stade des travaux préparatoires, c’est (...) M. De Gucht qui avait indiqué quels étaient tous les droits qui auraient dû

194. – Réunis au sommet de Fontainebleau quatre mois plus tard, les chefs d'Etat et de gouvernement négligeaient de se pencher sur le projet du Parlement. Pour faire bonne mesure, ils décidaient toutefois de mettre sur pied un comité sur l'Europe des citoyens. Présidé par P. Adoninno, ce comité ne tarderait pas à remettre deux rapports, soulignant entre autres la nécessité d'octroyer un certain nombre de droits politiques aux citoyens européens²⁷⁷.

195. – La signature de l'Acte unique européen, les 17 et 28 février 1986, ne permit pas de progresser dans la voie de l'établissement d'un catalogue de droits fondamentaux. Les références aux droits de l'homme dans le préambule et l'introduction du traité CEE de nouvelles dispositions relatives à la protection des travailleurs²⁷⁸ paraissaient fort pauvres au regard du projet du Parlement européen et confirmaient l'idée selon laquelle l'Acte unique était destiné à établir l'Europe des marchands davantage que celle des citoyens²⁷⁹.

196. – Loin des conférences intergouvernementales, les projets de « *bills of rights* » continuaient cependant de prospérer. Moins de trois ans après l'entrée en vigueur de l'Acte unique, deux déclarations de droits fondamentaux étaient adoptées dans le cadre communautaire. La première faisait écho à la date butoir prévue dans le projet de traité « Spinelli », qui exigeait l'établissement d'un catalogue de droits dans un délai de cinq ans. Le 12 avril 1989, le Parlement européen votait une résolution adoptant la « déclaration des droits et libertés fondamentaux »²⁸⁰. Elaborée sous l'égide du Comité des affaires institutionnelles et malgré les réticences de la Commission européenne²⁸¹, cette déclaration préfigurait, à plus de dix ans d'écart, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Consacrant des droits civils, (droit à la vie, liberté d'opinion, respect de la vie privée,...), sociaux (droit à des conditions de travail équitables, droit de grève,...) et politiques (droit de pétition), le texte adopté par le Parlement paraissait assez prometteur, en dépit de son champ d'application limité et de son relatif conservatisme.

197. – Dénuée de toute force juridique contraignante, la déclaration avait pour ambition de servir d'instrument de référence à la Cour de justice – se présentant largement comme une codification à droit constant. Ses auteurs avaient par ailleurs tenté de lui conférer une sorte de statut *sui generis* : « [t]his was to be achieved by two devices. First, the Declaration was separated from the Resolution adopting it. Secondly, its preamble was given a particular solemn dimension opening with the words : 'In the Name of the Peoples of Europe' thereby emphasising the unique legitimacy that Parliament enjoys in respect of the other Community organs »²⁸². Ignorée par la CJCE et par le constituant communautaire, cette Déclaration des droits et libertés fondamentaux demeura cependant lettre morte.

198. – Pendant ce temps, la rédaction d'un autre « *Bill of Rights* », relatif aux droits sociaux, divisait les institutions communautaires et suscitait l'hostilité de certains Etats membres. Conçu dès 1987 sous la présidence belge des Communautés européennes²⁸³, le projet d'établissement d'un catalogue de droits sociaux naissait dans un contexte politique quelque peu tendu²⁸⁴. Alors que le projet d'adhésion

être inclus dans la liste (...). Mais le consensus nécessaire n'a pas été obtenu sur cette proposition (une liste différente a même été proposée par M. van Aerssen) » (F. CAPOTORTI, M. HILF, F. JACOBS, J-P. JACQUE, *op. cit.* p.37).

²⁷⁷ Rapports des 29 mars (*Bull.C.E.*, mars 1985, n°3, p.120-126) et 28-29 juin 1985 (suppl.7/85, *Bull.C.E.*, 1985, p.19-32)

²⁷⁸ Articles 118A et 118B CEE.

²⁷⁹ On notera toutefois que la CJCE s'est référée au moins une fois au principe de respect des droits fondamentaux contenu dans le préambule de l'Acte Unique (249/86, *Commission c. Allemagne*, 18 mai 1989, *Rec.*, 1989, p.1263, pt.10).

²⁸⁰ *J.O.*, 16 mai 1989, C120/51.

²⁸¹ Cf. J. WEILER, « Methods of Protection: Towards a Second and Third Generation of Protection », in A. CASSESE, A. CLAPHAM, J. WEILER (eds), *European Union: The Human Rights Challenge*, 1991, p.621.

²⁸² *Ibid.*, p.625.

²⁸³ Cf. le mémorandum sur la flexibilité-adaptabilité du 11 mai 1987, cité par E. VOGEL-POLSKY, J. VOGEL, *L'Europe sociale 1993 : Illusion, alibi ou réalité ?*, 1991, p.154. On rappellera également l'engagement pris dans ce sens par J. Delors – alors président de la Commission – devant la Confédération européenne des syndicats lors du Congrès de Stockholm en mai 1988.

²⁸⁴ Cf. E. VOGEL-POLSKY, J. VOGEL, *op. cit.*, p.153-184.

à la Charte sociale européenne de 1961 semblait abandonné²⁸⁵ et que le Royaume-Uni s'opposait fermement à toute concession en matière sociale, le besoin de dépasser la perspective du « grand marché » se faisait de plus en plus pressant²⁸⁶. Sollicité par la Commission européenne, le Comité économique et social (CES) fut le premier à se pencher sérieusement sur la question de l'élaboration d'une déclaration des droits sociaux. Son rapport²⁸⁷, qui soulignait la nécessité d'une coordination entre les garanties offertes aux niveaux national, communautaire et international et qui proposait une liste de droits, fut accueilli sans enthousiasme, critiqué par les uns pour son conservatisme, par les autres pour son audace. Dans le même temps, le Parlement européen adoptait une résolution sur la dimension sociale du marché intérieur et établissait son propre catalogue de droits sociaux²⁸⁸.

199. – Confrontée à ces deux propositions, la Commission décida d'élaborer son propre projet²⁸⁹. Formulée dans les termes d'une déclaration purement politique, invoquant le principe de subsidiarité dans la mise en œuvre des droits qui y étaient proclamés, la « Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux » proposée par la Commission passa cependant elle aussi à la trappe. Le 30 octobre 1989, le Conseil des affaires sociales parvint finalement à un accord sur un texte baptisé « Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs ». Ce catalogue, limité aux droits des travailleurs, fut adopté sous la forme d'une déclaration politique lors du Sommet de Strasbourg (8 et 9 décembre 1989) par tous les Etats membres à l'exception du Royaume-Uni. Formellement dénué de toute force juridique contraignante, ce texte n'en est pas moins bien présent dans la jurisprudence de la CJCE²⁹⁰, et se trouve même mentionné à l'article 136 CE depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam. Il semble cependant que « [s]on mérite principal est d'avoir encouragé la Commission à faire au Conseil des propositions en matière sociale, dans les domaines relevant de la compétence communautaire »²⁹¹.

200. – La Déclaration du Parlement et la Charte communautaire demeurèrent pendant dix ans les deux entreprises les plus abouties de rédaction d'un « *Bill of Rights* » communautaire. La « Déclaration » fut du reste intégrée, moyennant un léger toilettage, dans le « projet de Constitution de l'Union européenne » adopté par le Parlement le 10 février 1994²⁹².

201. – Nul ne l'ignore, les traités de Maastricht et d'Amsterdam ne permirent pas de couler ces initiatives dans les textes fondateurs de l'ordre juridique européen²⁹³. Et si une référence à la Charte

²⁸⁵ Sur cette question, cf. O. DE SCHUTTER, « L'adhésion de l'Union européenne à la Charte sociale européenne révisée », EUI Working Paper LAW No. 2004/11, disponible sur www.iue.it/LAW/.

²⁸⁶ Cf. e.a. Comité économique et social, « Avis sur les aspects sociaux du marché intérieur (espace social européen) », *J.O.*, 31 décembre 1987, C 356/31. Sur cette question, cf. E. BRIBOSIA, *op. cit.*, spéc. p.52-57. L'entrelacement des logiques économiques et sociales apparaît très nettement dans les considérants du préambule de la Charte : « Considérant que la réalisation du marché intérieur est le moyen le plus efficace pour la création d'emplois et pour assurer le maximum de bien-être dans la Communauté (...); considérant que le consensus social contribue au renforcement de la compétitivité des entreprises (...) ».

²⁸⁷ « Avis sur les droits sociaux fondamentaux communautaires », 22 février 1989, Doc. CES 270/89.

²⁸⁸ Résolution du 15 mars 1989, *J.O.*, 17 avril 1989, C-96/61. Cf. aussi la résolution sur la notion de milieu de travail et sur le champ d'application de l'article 118A du traité CEE, *J.O.*, 16 janvier 1989, C 12/181.

²⁸⁹ COM 89 (471) final, du 2 octobre 1989. Ce faisant, elle suscita l'ire du Parlement (cf. les résolutions du 14 septembre 1989, *J.O.*, 9 octobre 1989, C 256/128).

²⁹⁰ Cf. e.a. C-84/94 *Royaume-Uni c. Conseil*, 12 novembre 1996, *Rec.*, I-5755, pt.76 ; C-173/99 *BECTU*, 26 juin 2001, *Rec.*, 2001, p.I-4881, pt.39 ; C-151/02 *Jager*, 9 septembre 2003, *Rec.*, 2003, p.I-8389, pt.47 ; C-484/04 *Commission c. Royaume-Uni*, 7 septembre 2006, *Rec.*, 2006, p.I-7471, pt.35 ; C-13/05 *Chacon Navas*, 11 juillet 2006, *Rec.*, 2006, p.I-6467, pt.11 ; C-116/06 *Sari Kiiski*, 20 septembre 2007, pt.48, non encore publié au Recueil.

²⁹¹ O. DE SCHUTTER, « Les transformations de l'Europe sociale », disponible sur www.sante.gouv.fr/drees/colloques/19decembre05/deschutter.pdf, p.9. On notera qu'un grand nombre de textes communautaires édictés dans le domaine social mentionnent la Charte dans leur préambule.

²⁹² Résolution sur la Constitution de l'Union européenne, *J.O.*, 28 février 1994, C 61/155. Cf. également la résolution sur les bases constitutionnelles de l'Union européenne du 12 décembre 1990, *J.O.*, 28 janvier 1991, C 19/65. Au nombre des modifications apportées à la déclaration de 1989, on notera entre autres l'apparition d'un droit au respect de l'environnement (point 21), la prohibition de la condamnation à mort (point1) et l'extension des bénéficiaires des droits à « toute personne » (comp. la référence au « citoyen » dans l'art.25 de la déclaration de 1989).

²⁹³ Malgré les pressions répétées du Parlement en faveur de l'incorporation de la Charte communautaire dans le texte des traités et de l'établissement d'une liste de droits fondamentaux s'inspirant de la Déclaration de 1989 : cf. e.a. les résolutions

communautaire fut introduite en 1997 à l'article 136 CE, sa portée demeure largement mystérieuse²⁹⁴. Les réformes des traités fournirent toutefois l'occasion d'inscrire une première salve de droits fondamentaux dans la « charte constitutionnelle de base ». L'introduction à Maastricht d'une série de droits politiques destinés aux citoyens européens est à cet égard tout à fait remarquable²⁹⁵. En outre, si elles ne se traduisirent pas par l'attribution de droits directement justiciables, les modifications intervenues à Maastricht et Amsterdam dotèrent la Communauté des compétences nécessaires à la protection effective de certains droits civils²⁹⁶ et sociaux²⁹⁷. Enfin, on ne mentionnera plus les références aux droits fondamentaux et à la CSDH contenues dans le traité sur l'Union européenne²⁹⁸. Si elles n'incorporaient pas comme tel de nouveaux droits dans l'ordre juridique européen, elles avaient au moins le mérite de souligner la nécessité de l'adoption d'un « *Bill of Rights* » juridiquement contraignant au niveau communautaire²⁹⁹.

§2. L'écriture de la Charte (1999-2007)

202. – Malgré les avancées qu'il consacrait, le traité d'Amsterdam n'était pas parvenu à assurer un niveau satisfaisant de protection des droits fondamentaux dans le droit de l'Union européenne. Consciente de cette réalité, la Commission entreprit de demander à un groupe d'experts dirigé par S. Simitis³⁰⁰ d'évaluer l'opportunité d'une reconnaissance explicite des droits de l'homme au sein même des traités. Parmi les questions soumises à l'examen dudit groupe, figuraient entre autres celles relatives à la « justiciabilité » des droits fondamentaux, aux relations entre l'Union et le Conseil de l'Europe dans la protection de ces droits, ou encore au rôle de ceux-ci dans le développement de l'UE. Dans le rapport qu'il rendit en février 1999 intitulé « Affirmation des droits fondamentaux dans l'Union européenne – Il est temps d'agir »³⁰¹, le groupe d'experts préconisa l'adoption d'un catalogue de droits fondamentaux au niveau de l'Union. Il estima toutefois que loin de requérir « (...) la formulation d'une nouvelle « *Bill of Rights* », il conviendrait en particulier de fonder la reconnaissance des droits sur la Convention européenne des droits de l'homme, qui est devenue, par la jurisprudence de ses organes, une « *Bill of Rights* » commune à l'Europe » (p.16). Les droits pertinents contenus dans la CSDH et ses protocoles, complétés par une série de nouveaux droits³⁰² à la lumière d'autres instruments internationaux, devaient donc, selon le groupe d'experts, être incorporés dans le droit communautaire.

203. – Quatre mois plus tard, à l'initiative du gouvernement allemand, le Conseil européen réuni à Cologne déclarait :

des 14 juin 1991 (*J.O.*, 15 juillet 1991, C 183/473, pt.1), 13 mars 1996 (*J.O.*, 1^{er} janvier 1996, C96/77, pt. 4.1, 4.4 et 7.2) et 11 juin 1997 (*J.O.*, 30 juin 1997, C200/70, pt.10(11)). Parallèlement, le « comité des sages » désigné par la Commission européenne et dirigé par Mme PINTASILGO avait plaidé pour la rédaction d'un catalogue de droits juridiquement contraignant et susceptible d'intégrer dans l'avenir des droits économiques et sociaux (« Pour une Europe des droits civils et sociaux – Rapport du Comité des sages », 1996, cité par G. QUINN, *loc. cit.*, p.867-868). On notera enfin que la doctrine s'est elle aussi mobilisée à cette époque en faveur de l'incorporation d'un catalogue de droits fondamentaux dans le droit communautaire : cf. en particulier K. LENAERTS, « Fundamental Rights to be Included in a Community Catalogue », *E.L.R.*, 1991, p.367-390.

²⁹⁴ « La Communauté et les Etats membres, conscients des droits sociaux fondamentaux, tels que ceux énoncés dans la Charte sociale européenne signée à Turin le 18 octobre 1961 et dans la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989, ont pour objectifs (...) ».

²⁹⁵ Art.8 à 8E CE, devenus art.17 à 22. On notera également, au titre des acquis d'Amsterdam dans le domaine des droits civils, l'introduction à l'art.286 CE de la protection des données à caractère personnel.

²⁹⁶ On pense évidemment à l'article 13 CE, introduit par le traité d'Amsterdam, qui donne compétence à la Communauté pour combattre « toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ».

²⁹⁷ Cf. en particulier les articles 125 à 130 CE et 136 à 145 CE (ex- art.117 à 122).

²⁹⁸ Cf. *supra*, n°135.

²⁹⁹ On notera cependant que cette lacune des traités fut totalement passée sous silence dans la « déclaration de l'Union européenne à l'occasion du 50^{ème} anniversaire de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme » du 10 décembre 1998 (disponible sur www.eu.int/comm/external_relations/human_rights/doc/50th_decl_98fr.htm).

³⁰⁰ Cf. *supra*, n°164.

³⁰¹ Disponible sur http://europa.eu.int/comm/dgs/employment_social/publicat/fundamri/simitis_fr.pdf.

³⁰² E.a. le droit de négociation collective, le droit au regroupement familial, le droit à l'égalité des chances et de traitement, etc.

« Le respect des droits fondamentaux est l'un des principes fondateurs de l'Union européenne et la condition indispensable pour sa légitimité. La Cour de Justice européenne a confirmé et défini dans sa jurisprudence l'obligation de l'Union de respecter les droits fondamentaux. Au stade actuel du développement de l'Union, il est nécessaire d'établir une charte de ces droits afin d'ancrer leur importance exceptionnelle et leur portée de manière visible pour les citoyens de l'Union »³⁰³.

204. – Cette prise de position inattendue, motivée selon certains par l'arrêt *Matthews* de la CEDH³⁰⁴, était accompagnée de mesures concrètes. Une enceinte devait être désignée, qui s'attellerait à la rédaction de la Charte et présenterait ses conclusions avant le sommet de Nice de décembre 2000. La composition de cette enceinte – autoproclamée « Convention » – fut arrêtée au Conseil extraordinaire de Tampere des 15 et 16 octobre 1999. Quinze représentants des chefs d'Etat ou de gouvernement, un représentant du président de la Commission, seize membres du Parlement européen et trente membres des parlements nationaux (deux par parlement) étaient appelés à se pencher sur l'établissement d'un catalogue de droits pour l'Union. A ce groupe furent adjoints, à titre d'observateurs, deux représentants de la CJCE et deux représentants du Conseil de l'Europe – dont un représentant de la CEDH. En outre, le Comité économique et social, le Comité des régions, le Médiateur européen et les délégations des pays candidats à l'adhésion devaient être entendus.

205. – Les conventionnels se réunirent pour la première fois le 17 décembre 1999 et élurent un président et trois vice-présidents. Dès le Sommet de Cologne, il avait été clairement établi que la Charte n'aurait, au moins dans un premier temps, qu'un statut politique. Il fut toutefois rapidement admis au sein de la Convention que l'on procéderait « comme si » le catalogue de droits en cours d'élaboration était destiné à sortir des effets juridiques. Les travaux avancèrent rapidement et dans la plus grande transparence. Les séances de la Convention étaient ouvertes au public et les documents de travail se trouvaient sur Internet. De nombreux rapports furent remis par des organisations non gouvernementales, qui furent par ailleurs invitées à s'exprimer à la tribune de la Convention. Il avait « (...) été décidé dès le début, sur la proposition du président Herzog, de ne jamais voter. Cette solution peut paraître étrange pour une assemblée qui se réclamait de la démocratie. Mais elle était le moyen d'éviter des blocages, des clivages, des frustrations. Si nous voulions aboutir et réunir l'unanimité ou presque, il fallait éviter la cristallisation des affrontements politiques ou nationaux »³⁰⁵.

206. – Nous n'aborderons pas ici les questions de fond qui divisèrent les conventionnels. Nous renvoyons à l'imposante littérature qui a pris soin de disséquer les problèmes qui se posèrent à la Convention, liés entre autres à l'indivisibilité des droits fondamentaux, aux relations entre la CSDH et la Charte, ou encore à l'étendue du champ d'application de celle-ci³⁰⁶. Il semble en revanche

³⁰³ Décision du Conseil européen concernant l'élaboration d'une Charte des droits fondamentaux, annexe IV aux conclusions de la présidence du Conseil européen de Cologne des 3 et 4 juin 1999, disponible sur http://europa.eu.int/comm/justice_home/unit/charte/fr/mandates.html.

³⁰⁴ Cf. G. BRAIBANT, « Conclusions », *R.U.D.H.*, 2000, p.66.

³⁰⁵ G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Témoignages et commentaires*, 2001, p.27.

³⁰⁶ Cf.e.a. L.F.M. BESSELINK, « The Member States, the National Constitutions and the Scope of the Charter », *M.J.*, 2001, p.68-101; G. DE BURCA, « Human Rights : The Charter and Beyond », *Jean Monnet Working Paper N°10/01*, disponible sur www.jeanmonnetprogram.org ; G. DELLA CANANEA, « The Concept of Fundamental Rights in the EU Charter », *R.E.D.P.*, 2002, vol.14, p.795-813 ; C. LALUMIERE, « La Charte des droits fondamentaux et la Convention européenne des droits de l'homme », *R.Q.D.I.*, 2000, p.167-186 ; J. POLAKIEWICZ, « The Relationship between the European Convention on Human Rights and the EU Charter of Fundamental Rights », in V. KRONENBERG (ed.), *The European Union and the International Legal Order: Discord or Harmony?*, 2001, p.69-92; *European Union Select Committee of the House of Lords*, « EU Charter of Fundamental Rights », 8th Report, session 1999-2000, 16 May 2000, disponible sur publications.parliament.uk; J.-Y. CARLIER, O. DE SCHUTTER (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 2002 ; G. SACERDOTI, « The European Charter of Fundamental Rights: From a Nation-State Europe to a Citizens' Europe ? », *C.J.E.L.*, 2002, p.37-52; H. HAENEL (dir.), « Rapport d'information fait au nom de la délégation du Sénat pour l'Union européenne sur l'élaboration d'une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Sénat* (France), sess. ord. 1999-2000, n°395 ; J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, « L'Europe a-t-elle besoin d'une charte des droits fondamentaux? », *Gazette du palais*, 2000, p.964-968 ; W. HEUSEL (ed.), *The Charter of Fundamental Rights and Constitutional Development in the EU*, 2002; G. BRAIBANT, *op. cit.*

important, eu égard à notre hypothèse théorique, de souligner l'originalité de la composition de la Convention, qui tenait à « sa « double mixité » (...) : mélange des représentants des institutions européennes et nationales, mélange des représentants des exécutifs et des parlements. C'est la première fois que toutes ces institutions siégeaient sur un pied d'égalité au point que, pour les placer dans les salles de réunion, il a été décidé de suivre l'ordre alphabétique des délégués »³⁰⁷.

207. – Un projet de Charte, rédigé par le *praesidium*³⁰⁸, fut adopté par la Convention le 2 octobre 2000 et approuvé par les chefs d'Etat ou de gouvernement lors du Conseil européen de Biarritz une dizaine de jours plus tard. Répartis en six chapitres (dignité, libertés, égalité, solidarité, citoyenneté et justice) les droits et principes consacrés par la Charte constituaient, à quelques exceptions près, une codification de l'acquis communautaire et s'inspiraient très largement de la CSDH. Le septième chapitre reprenait les dispositions générales de la Charte. Celles-ci fixaient son champ d'application (art.51), ses relations avec les autres instruments de protection des droits de l'homme (art.53), les possibilités de limitations des droits consacrés (art.52), et interdisaient l'abus de droit (art.54). La Charte était en outre accompagnée d'une note du *praesidium* comprenant des « explications » relatives à chacun de ses articles.

208. – La Charte fut solennellement proclamée le 7 décembre 2000 lors du Conseil européen de Nice par le Parlement, le Conseil et la Commission³⁰⁹. Conformément à ce qui avait été annoncé dix-huit mois plus tôt, la question de son statut juridique fut relancée. Dans sa déclaration relative à l'avenir de l'Union³¹⁰, la Conférence intergouvernementale appela de ses vœux la tenue d'un large débat sur le futur de la construction européenne, qui porterait notamment sur l'opportunité de conférer à la Charte une force juridiquement contraignante. Neuf mois plus tard, ce souhait était concrétisé par le Conseil européen. La déclaration de Laeken sur l'avenir de l'Union européenne du 15 décembre 2001³¹¹ mettait sur pied une nouvelle Convention chargée de préparer la prochaine Conférence intergouvernementale. Pour ce faire, la « Convention sur l'avenir de l'Europe » était invitée à « (...) examiner les questions essentielles que soulève le développement futur de l'Union et (...) [à] rechercher les différentes réponses possibles ». L'incorporation de la Charte dans les traités existants et l'adhésion de l'Union européenne à la CSDH faisaient partie des questions sur lesquelles cette nouvelle Convention était amenée à se pencher.

209. – Par sa composition, la « Convention II » ressemblait fort à sa devancière. S'il est vrai que ses président et vice-présidents avaient été désignés d'office par le Conseil européen, les chefs d'Etat ou de gouvernement, les parlements nationaux et le Parlement européen conservaient le même « quota », tandis que la Commission se voyait octroyer deux représentants. Quant aux pays candidats, s'ils bénéficiaient de la même représentation que les Etats membres, ils n'étaient pas autorisés à empêcher ces derniers de dégager un consensus.

210. – Pas plus que l'analyse du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe, l'étude des travaux de la Convention « Giscard » ne rentre dans le cadre de la présente recherche³¹². Nous nous limiterons donc à décrire les transformations subies par la Charte au cours de ce nouveau processus conventionnel. Comme nous le savons déjà, l'examen des questions liées à l'incorporation de la Charte dans les traités et à l'adhésion de l'UE à la CSDH échut au groupe de travail n°II, présidé par A. Vitorino³¹³. Nous avons également déjà vu que, se refusant à choisir entre l'option de l'adhésion et

³⁰⁷ G. BRAIBANT, *op. cit.*, p.21.

³⁰⁸ Composé du président, des trois vice-présidents, et du représentant de la Commission.

³⁰⁹ *J.O.*, 18 décembre 2000, C 364/1.

³¹⁰ Déclaration n°23 du 26 février 2001, *J.O.*, 10 mars 2001, C 80/85.

³¹¹ *Bull.U.E.*, 2001, n°12, p.20-25.

³¹² Pour un compte-rendu détaillé des travaux de la Convention pour l'avenir de l'Europe, cf. P. NORMAN, *The Accidental Constitution : The Story of the European Convention*, 2nd ed., 2005. Pour une analyse fouillée du traité constitutionnel, cf. K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, « La Constitution pour l'Europe et l'Union comme entité politique et ordre juridique », *C.D.E.*, 2005, p.13-126.

³¹³ Cf. la note du 31 mai 2002 relative au mandat du groupe de travail sur la Charte (CONV 72/02 disponible sur <http://register.consilium.eu.int/pdf/fr/02/cv00/00072f2.pdf>

celle de l'incorporation, le rapport final de ce groupe avait préconisé l'une et l'autre. Approuvée tant par l'assemblée plénière de la Convention que par les chefs d'Etat ou de gouvernement, cette position avait été coulée dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe.

211. – Il reste maintenant à se pencher sur les modifications apportées à la Charte qui permirent de convaincre les Etats originaires opposés à sa constitutionnalisation. On en relèvera trois d'importance. La première concerne la mystérieuse distinction entre « droits » et « principes », déjà présente à l'article 51 de la première version de la Charte, qui disposait que les autorités communautaires et nationales « (...) respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives »³¹⁴. Si cette distinction aux contours flous³¹⁵ permit aux premiers conventionnels de parvenir à un accord sur la place des droits économiques et sociaux dans la Charte, la notion même de « principe » revêtait manifestement des significations diverses aux yeux des différents négociateurs. Là où les uns y voyaient des « objectifs de valeur constitutionnelle » bénéficiant d'une « justiciabilité objective » ou « normative »³¹⁶, les autres considéraient qu'ils « donnent naissance à des droits uniquement dans la mesure où ils sont mis en œuvre par le droit national ou, dans les domaines relevant de sa compétence, par le droit communautaire »³¹⁷. Les explications du Praesidium quant à elles se gardaient bien de résoudre l'ambiguïté.

212. – Cette obscurité a été partiellement levée par la deuxième Convention au nom de la sécurité juridique. L'article 52, §5 et les explications qui y sont attachées affirment désormais très clairement que, loin d'être directement applicables, les principes *peuvent* être mis en œuvre par les Etats et la Communauté dans le cadre de leurs compétences respectives ; « leur invocation devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle de tels actes ». Si elle ne permet pas d'identifier, parmi les dispositions de la Charte, lesquelles contiennent des principes³¹⁸, cette clarification de la notion eut tout au moins le mérite de rasséréner les opposants à la constitutionnalisation de la Charte.

213. – Nous ne nous étendrons pas sur le deuxième amendement au texte original de la Charte, proposé comme le premier par le groupe de travail n°II, et introduit lui aussi au nom de la sécurité juridique. En ajoutant à l'article 51 que la Charte « (...) n'étend pas le champ d'application du droit de l'Union (...) », les nouveaux conventionnels entendaient répondre aux craintes « hamiltoniennes »³¹⁹ de ceux qui voyaient dans la Charte un outil d'expansion des compétences communautaires. Nous verrons plus tard pourquoi, eu égard à la jurisprudence de la CJCE, cette disposition risque de se ramener à un vœu pieux.

214. – La troisième modification fut quant à elle introduite, pour une part, par l'assemblée plénière de la Convention et pour une autre part, par la Conférence intergouvernementale sous les pressions de la délégation britannique³²⁰. Le but avoué était une fois encore de préserver la sécurité juridique, en s'assurant que la Charte ferait l'objet de l'interprétation la plus uniforme possible par les juridictions

³¹⁴ On retrouve aussi une référence aux principes dans le dernier alinéa du préambule de la Charte, qui dispose que l'« Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés ci-après ».

³¹⁵ « (...) a sharp distinction between rights and principles *per se* may at least be called into question (perhaps especially in regard to Dworkin for whom principles describe rights), and that even to Hart any distinction between « all-or-nothing rules and non-conclusive principles » is merely a matter of degree (...). Fundamental rights are general principles of Community law: to Dworkin principles may describe rights, but to the Court of Justice rights are principles (...) » (R. DAVIS, « A Brake ? The Union's New "Bill of Rights" », *E.H.R.L.R.*, 2005, p.453).

³¹⁶ G. BRAIBANT, « Conclusions », *loc. cit.*, p.68

³¹⁷ Nous traduisons du texte suivant : « (...) the principles only give rise to rights to the extent that they are implemented by national law or, in those areas where there is such competence, by Community law » (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, p.40).

³¹⁸ On notera que les explications modifiées du Praesidium mentionnent, à titre d'exemples de principes, les droits des personnes âgées (art.25), le droit à l'intégration des personnes handicapées (art.26) et la garantie d'un niveau élevé de protection de l'environnement (art.37).

³¹⁹ Cf. *supra*, n°81.

³²⁰ Cf. L. BURGOGUE-LARSEN, « Ombres et lumières de la constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *C.D.E.*, 2004, n°5-6, p.671.

communautaires et nationales. La mise en exergue des explications – modifiées – du Praesidium³²¹ parut être le meilleur moyen d’assurer cette uniformité. A l’initiative de la Convention, il fut ainsi décidé de préciser dans le préambule de la Charte que les juridictions étatiques et communautaires devaient interpréter cette dernière « en prenant dûment en considération les explications (...) ».

215. – Cette directive quelque peu sybilline adressée aux juges européens fut dupliquée et introduite, lors de la Conférence intergouvernementale à l’article II-112 du traité établissant une Constitution pour l’Europe (art.52 de la Charte). Les explications furent quant à elles insérées dans une Déclaration annexée au traité³²². Celle-ci dispose à titre liminaire que « bien que ces explications n’aient pas en soi de valeur juridique, elles constituent un outil d’interprétation précieux destiné à éclairer les dispositions de la Charte ». Nous reviendrons dans un instant sur les difficultés que pose ce procédé de « semi-constitutionnalisation » d’un texte originellement dépourvu de toute valeur juridique.

216. – Destiné à remplacer le défunt traité constitutionnel, le traité de Lisbonne a laissé intact le contenu de la Charte et le statut « semi-normatif » des explications y afférentes³²³. En revanche, il soustrait – *de facto* – la Pologne et le Royaume-Uni à l’empire du nouveau « *Bill of Rights* » de l’Union européenne. Aux termes de l’article 1^{er} du Protocole sur l’application de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne à la Pologne et au Royaume-Uni, « [l]a Charte n’étend pas la faculté de la Cour de justice de l’Union européenne, ou de toute autre juridiction de la Pologne ou du Royaume-Uni, d’estimer que les lois, règlements ou dispositions, pratiques ou actions administratives de la Pologne ou du Royaume-Uni sont incompatibles avec les droits, les libertés et les principes fondamentaux qu’elle affirme ». Afin d’évacuer toute ambiguïté, il est affirmé que « (...) rien dans le titre IV de la Charte [« Solidarité »] ne crée de droits justiciables applicables à la Pologne ou au Royaume-Uni, sauf dans la mesure où la Pologne ou le Royaume-Uni a prévu de tels droits dans sa législation nationale »³²⁴.

217. – Deux déclarations annexées au traité de Lisbonne viennent encore préciser la position polonaise. D’une part, dans la Déclaration n°51, le gouvernement polonais souligne que la Charte « ne porte atteinte en aucune manière au droit des Etats membres de légiférer dans le domaine de la moralité publique, du droit de la famille ainsi que de la protection de la dignité humaine et du respect de l’intégrité humaine et physique »³²⁵. D’autre part, dans la Déclaration n°53, les autorités polonaises affirment que, nonobstant leur refus de se soumettre à la compétence de la Cour sur ce point, « [la Pologne] respecte intégralement les droits sociaux et du travail établis par le droit de l’Union européenne, et en particulier ceux qui sont consacrés au titre IV de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne »³²⁶.

*
* *

³²¹ Les différences entre les explications d’octobre 2000 et celles de 2003 sont relativement minimales concernant les articles reprenant les droits fondamentaux. Tout au plus des références à la jurisprudence de la CJCE ont-elles été ajoutées dans la seconde version. En revanche, les « nouvelles » explications sont beaucoup plus prolixes à l’égard des dispositions horizontales de la Charte (art.51 et s.) dans la mesure où celles-ci ont été substantiellement complétées par la deuxième Convention.

³²² Déclaration n°12 concernant les explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, *J.O.*, 16 décembre 2004, C 310/424.

³²³ Il insère ainsi un nouvel article 6 UE, qui prévoit que les « droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte sont interprétés (...) en prenant dûment en considération les explications visées dans la Charte, qui indiquent les sources de ces dispositions ». Notons également que dans la Déclaration n°29 sur la Charte des droits fondamentaux, les Etats membres soulignent que celle-ci doit s’entendre d’une codification « à droit constant ». Ils affirment en effet que la Charte « (...) confirme les droits fondamentaux garantis par la [CSDH] et tels qu’ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres » (CIG 3/1/07 REV 1, p.14).

³²⁴ *J.O.*, 17 décembre 2007, C306/157.

³²⁵ CIG 3/1/07 REV 1, p.25.

³²⁶ *Ibid.*

218. – La dynamique qui vit l'Union européenne se doter d'un catalogue de droits fondamentaux ne fut pas l'œuvre d'un jour, ni d'un auteur. Ebauché depuis plus de trente ans, le projet de rédaction d'un « *Bill of Rights* » européen a mobilisé un grand nombre d'acteurs tout au long de son histoire, qui culmina dans les travaux des Conventions « Herzog » et « Giscard »³²⁷. Ce nouvel exemple d'écriture à plusieurs mains de la norme témoigne une fois encore de la porosité des frontières entre droit et politique d'une part, et entre « pouvoir constituant » et « autorités constituées » d'autre part. Certes, on conviendra que les Conventions furent toutes les deux mises sur pied à l'instigation des chefs d'Etat ou de gouvernement réunis en Conseil européen. On n'ignore pas non plus que le résultat des délibérations de ces assemblées fut soumis à l'imprimatur des autorités nationales. Il importe toutefois de rappeler d'une part que les pressions exercées depuis de nombreuses années par le Parlement européen, par les Cours constitutionnelles nationales et plus récemment par la CEDH ne sont sans doute pas étrangères à la mise sur pied de la première Convention. Quant à la seconde objection, on répondra que la légitimité des Conventions était telle qu'elle rendait quasiment impossible une remise en question totale de leurs travaux lors de la Conférence intergouvernementale. En procédant dans la transparence et en favorisant le dialogue, les conventionnels ne laissaient en réalité aux dirigeants des Etats membres qu'une marge de discussion minime et un pouvoir de décision formel.

219. – On objectera encore que si la rédaction de la Charte des droits fondamentaux fit sans doute l'objet d'un processus collégial, sa constitutionnalisation – sa « juridicisation » – n'en dépendait pas moins du bon vouloir des autorités formellement habilitées à cet effet. L'échec du traité constitutionnel suite aux « non » français et néerlandais et les échappatoires ménagées par les gouvernements polonais et britannique lors de la négociation du traité de Lisbonne démontreraient à cet égard que les frontières entre droit et politique, « pouvoir constituant » et « pouvoir constitué », « parole parlante » et « parole parlée »³²⁸ sont encore bel et bien debout. La suite de cette section s'attachera à nuancer cette affirmation.

B. La « constitutionnalisation douce » de la Charte (2000-2007) : les institutions et les juridictions

220. – Dans les pages qui suivent, nous essaierons de montrer que la Charte n'a attendu ni les résultats des référendums nationaux relatifs à la Constitution européenne ni l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne pour accéder à une certaine « positivité » juridique. Les déclarations des institutions européennes (§1^{er}) et les décisions des juridictions nationales et européennes (§2) témoignent de ce processus de « para-constitutionnalisation » de la Charte³²⁹.

³²⁷ Nous ne reviendrons pas sur l'originalité de la « technique conventionnelle », ni sur ses liens avec les théories de la gouvernance politique. Sur ce sujet, cf. e.a. O. DE SCHUTTER, « La « Convention » : un instrument au service de l'art de gouverner ? », *La Revue Nouvelle*, 2001, n°6, p.63-74 ; G. DE BURCA, J. ASCHENBRENNER, « The Development of European Constitutionalism and the Role of the EU Charter of Fundamental Rights », *Columbia J.E.L.*, vol.9, 2003, p.355-382; Cf. aussi le numéro spécial *Law, Civil Society and Transitional Economic Governance*, *E.L.J.*, 2003, p.387-526.

³²⁸ M. MERLEAU-PONTY, cité, dans le cadre d'une discussion sur les pouvoirs constituants et constitués dans l'UE, par H. LINDAHL, « Acquiring a Community : The *Acquis* and the Institution of European Legal Order », *E.L.J.*, vol.9, 2003, p.433-450, spéc. p.436-437 : « Merleau-Ponty's distinction between 'speaking word' and 'spoken word' sheds light on the distinction between *pouvoir constituant* et *pouvoir constitué*. For power can manifest itself as an act which either primarily institutes a novel legal meaning or primarily repeats an acquired legal meaning. Power in a strong sense – constituent power – refers to the capacity to institute legal meaning, and this means to generate a normative point of view from which individuals can understand and identify themselves as members of a legal community. (...) [T]here is no simple disjunction between constituent and constituted power : the European Court of Justice acts as constituent power by presenting itself as constituted power. Yet more forcefully, the European Court of Justice can only function as a constituent power to the extent that it *credibly* presents itself as constituted power ».

³²⁹ Faute de place, l'on n'analysera pas ici les canaux *législatifs* par lesquels s'est également opérée la « constitutionnalisation douce » de la Charte. Signalons simplement que celle-ci se trouve mentionnée dans les préambules d'un nombre croissant de règlements et de directives, et qu'elle a inspiré certaines entreprises de refonte du système de protection des droits de l'homme au niveau national.

§1^{er}. Les institutions communautaires

221. – La Charte des droits fondamentaux, telle que proclamée le 7 décembre 2000 par le Conseil, la Commission et le Parlement, fut publiée quelques jours plus tard dans la partie C (« Communications ») du *Journal officiel*. Privée par là même de tout statut juridique formel, la Charte semblait donc – dans l’attente de son éventuelle constitutionnalisation – vouée au même destin que la déclaration commune de 1977 sur les droits de l’homme. Les institutions communautaires allaient toutefois en décider autrement, qui très rapidement donnèrent à la Charte une véritable effectivité.

222. – Ce fut d’abord la Commission qui, moins de trois mois après la proclamation solennelle de Nice, déclara qu’elle ferait « du respect des droits contenus dans la Charte sa ligne directrice de conduite. Cela doit constituer un impératif dans l’action quotidienne de la Commission, aussi bien dans nos relations avec les citoyens et les destinataires de nos décisions, comme dans nos règles et procédures internes »³³⁰. Cet engagement fut très rapidement suivi d’effets, de telle sorte qu’un nombre croissant de propositions législatives émanant de la Commission font aujourd’hui référence, dans l’exposé des motifs, aux droits fondamentaux garantis par la Charte³³¹.

223. – Estimant que cela ne suffisait pas, la Commission décida ensuite d’aller plus loin. Dans une communication du 27 avril 2005³³², elle s’imposa de prendre en compte les droits fondamentaux dans l’évaluation d’impact de ses propositions³³³ et d’introduire, pour chaque proposition se targuant de respecter la Charte, une section expliquant brièvement les motifs de cette affirmation. La Commission déclara en outre son intention de contrôler, au regard de la Charte, les règlements et décisions adoptés directement par elle sur base du traité.

224. – Les autres institutions montrèrent elles aussi très vite leur intention de respecter et faire respecter la Charte. Le jour même de la proclamation solennelle de celle-ci, la présidente du Parlement européen n’hésita pas à s’exprimer très clairement à ce sujet, cherchant visiblement à rassurer ceux qui regrettaient le caractère non contraignant d’une telle déclaration :

« Signer, c’est s’engager (...). Que tous les citoyennes et citoyens de l’Union sachent que, dès à présent (...) la Charte sera la loi de l’Assemblée (...). Elle sera dorénavant notre référence pour tous les actes du Parlement européen qui auront un lien direct ou indirect avec les citoyens de toute l’Union »³³⁴.

225. – Le règlement du Parlement européen stipule en outre que ce dernier « accorde une attention particulière au respect des droits fondamentaux et veille notamment à ce que l’acte législatif soit conforme à la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne (...) »³³⁵. Quant au Conseil, s’il est demeuré plus discret à l’égard de la Charte, il s’y est toutefois référé de nombreuses fois dans des décisions³³⁶, des décisions-cadre³³⁷ ou des résolutions³³⁸. Enfin, notons que suite aux modifications qui

³³⁰ Communication du 13 mars 2001 relative à l’application de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne, SEC(2001), 380/3.

³³¹ Cf. p.ex. le considérant n°27 de l’exposé des motifs du projet de directive relative aux droits des citoyens de l’Union et des membres de leurs familles de circuler séparément librement sur le territoire des Etats membres, COM(2001) 257 final, *J.O.*, 25 septembre 2001, C 270 E/150.

³³² COM(2005) 172 final du 27 avril 2005, « Le respect de la Charte des droits fondamentaux dans les propositions législatives de la Commission ».

³³³ Sur ce procédé utilisé depuis 2002, cf. la communication de la Commission sur l’évaluation d’impact du 5 juin 2002, COM(2002) 276 final.

³³⁴ Déclaration consultable sur http://www.europarl.europa.eu/charter/default_fr.htm#declarations.

³³⁵ Art.34 (version du mois de novembre 2007). Le règlement est disponible sur <http://www.europarl.europa.eu/sides/getLastRules.do?language=FR&reference=TOC>.

³³⁶ Cf.e.a. Décision 2001/903 du Conseil relative à l’année européenne des personnes handicapées ; décision 2002/187/JAI du Conseil instituant Eurojust.

³³⁷ Cf. décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil relative à la lutte contre le terrorisme ; décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil relative au mandat d’arrêt européen et aux procédures d’extraditions entre Etats membres

y ont été apportées lors de la rédaction et de la signature du traité constitutionnel, la Charte des droits fondamentaux a fait l'objet d'une nouvelle proclamation solennelle par le Parlement, le Conseil et la Commission le 12 décembre 2007³³⁹.

226. – Ces engagements ne sont assurément pas sans conséquence sur le plan normatif dans la mesure où ils obligent leurs auteurs à promouvoir et respecter les droits fondamentaux inscrits dans la Charte. La nature de cette obligation reste cependant douteuse. Doit-on y voir, au-delà de la simple promesse politique, l'expression d'une contrainte juridique ? A première vue, on considérera que ces déclarations n'ont pas pour effet de rendre la Charte « directement justiciable »³⁴⁰ et qu'en ce sens, elles ne lui confèrent aucun statut juridique. Outre qu'elle se trouve partiellement contestée par l'arrêt *Parlement c. Conseil* du 27 juin 2006³⁴¹, cette affirmation appelle trois tempéraments.

227. – Premièrement, sauf à partager les convictions de la théorie « réaliste » du droit, on rappellera que le droit ne se résume pas à ce qu'en disent les tribunaux. Du reste, nul n'ignore que le fait pour une norme de ne pas être directement applicable n'empêche pas une juridiction de s'y appuyer dans les motifs de sa décision. Nous verrons plus loin à cet égard que les cours et tribunaux européens n'ont pas attendu son intronisation officielle dans l'ordre juridique de l'Union pour se référer à la Charte dans leurs jugements et arrêts.

228. – Deuxièmement, on remarquera que, s'ils n'ont pas eu pour effet de rendre la Charte justiciable, les déclarations et engagements des institutions exposent néanmoins ces dernières à des formes de contrôle plus douces mais non moins efficaces. On notera à cet égard que le Médiateur européen n'a pas hésité à invoquer la Charte pour pointer des manquements dans le mode de fonctionnement des organes communautaires³⁴².

229. – Enfin, il convient de souligner que le principe du respect de la confiance légitime ouvre peut-être une piste qui permettrait à un plaignant d'invoquer la Charte devant les juridictions communautaires dans le cadre de recours dirigés contre une institution³⁴³. On peut en effet concevoir que les engagements répétés des organes européens en faveur de la Charte ont fait naître une attente légitime dans le chef des citoyens, laquelle attente serait déçue en cas de non-respect du nouveau « *Bill of Rights* » européen. On conviendra que les exemples concrets d'une telle mise en œuvre indirecte de la Charte ne sont pas légion. L'hypothèse n'est cependant pas tout à fait théorique.

230. – Imaginons par exemple qu'une entreprise de transport décide, dans un but purement désintéressé, d'engager un grand nombre de personnes légèrement handicapées au titre de chauffeurs

³³⁸ Cf. résolution 2002/C50/01 du Conseil sur la promotion de la diversité linguistique et de l'apprentissage des langues dans le cadre de la mise en œuvre de l'année européenne des langues ; résolution 2002/C163/01 du Conseil sur l'éducation et la formation tout au long de la vie.

³³⁹ J.O., 14 décembre 2007, C303/1.

³⁴⁰ Résolution du Parlement européen sur l'impact de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et son statut futur, J.O., 11 décembre 2003, C 300 E/432, Q.

³⁴¹ Sur cet arrêt, cf. *infra*, n°238-242.

³⁴² Cf. par exemple la lettre du Médiateur européen au président du Parlement européen concernant l'Office européen de recrutement en date du 7 mars 2002, selon laquelle « l'Article 21 de la Charte est la première disposition adressée, entre autres, aux institutions et organes qui mentionne l'âge parmi les bases de discrimination interdites. Les citoyens sont, dès lors, en droit d'attendre que les institutions et organes de l'Union mettent fin à leur pratique traditionnelle imposant des limites d'âge dans les procédures de recrutement, à moins que ces limites n'aient une justification objective et une base juridique » (disponible sur <http://www.euro-ombudsman.eu.int/letters/fr/20020307-1.htm>). Cf. aussi la lettre du 19 novembre 2003 annonçant au président de la Commission l'ouverture d'une enquête relative à l'intégration des personnes handicapées et se référant à l'article 26 de la Charte (<http://www.euro-ombudsman.eu.int/letters/fr/20031119-1.htm>).

³⁴³ Le principe du respect de la confiance légitime fait l'objet d'une jurisprudence importante au TPI et à la CJCE. Cf. e.a. T-203/96 *Embassy Limousines & Services contre Parlement européen*, 17 décembre 1998, *Rec.*, 1998, II-04239, §74 : « Il ressort de la jurisprudence que le droit de réclamer la protection de la confiance légitime s'étend à tout particulier qui se trouve dans une situation de laquelle il ressort que l'administration communautaire a fait naître dans son chef des espérances fondées (...) ». M. WATHELET semble partager ce point de vue lorsqu'il estime que « (...) la Cour de justice pourrait considérer que cette Charte est en réalité un accord interinstitutionnel, auquel s'appliquerait l'adage « *patere legem quam ipse fecisti* », les particuliers pouvant exiger des institutions qu'elles respectent à leur égard les droits que la Charte leur reconnaît » (« Le point de vue d'un juge à la Cour de justice des Communautés européennes », in J-Y. CARLIER, O. DE SCHUTTER (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 2002, p.249).

de poids lourds. Dans le respect de la législation – européenne – en vigueur, elle décide d'abaisser ses camions afin de les rendre plus accessibles à leurs conducteurs. Un règlement communautaire est alors édicté, qui fixe une hauteur minimale pour l'ensemble des poids lourds à des fins de visibilité. L'entreprise en question se voit imposer une amende au motif que ses camions ne sont pas conformes à la nouvelle législation. Dans une telle hypothèse, on ne voit pas pourquoi ladite entreprise ne pourrait pas postuler l'invalidité de la mesure communautaire en se fondant sur l'article 26 de la Charte³⁴⁴ et sur le respect de la confiance légitime qu'ont fait naître en elle les engagements des institutions communautaires à l'égard de celle-ci. Au regard de l'arrêt *Parlement c. Conseil* du 27 juin 2006³⁴⁵, cette piste argumentative – qui, par l'intermédiaire du principe de confiance légitime, fait de la Charte une source de droits à part entière – paraît plus prometteuse que jamais.

§2. Les juridictions européennes

« S'il est un point qui ne fait guère de doutes, c'est l'utilisation par les requérants de la Charte dans leur stratégie argumentaire. Imposante personne morale aux prises avec des intérêts économiques dans le domaine sensible de la concurrence, société anonyme évoluant dans le domaine agricole ou simple particulier qui entend défendre ses droits dans les méandres de la fonction publique communautaire, le fait est là : les demandeurs évoquent la Charte »³⁴⁶.

231. – Les références de plus en plus nombreuses aux dispositions de la Charte dans les argumentaires des parties ont progressivement amené les juges européens à mentionner cette dernière dans les motifs de leurs décisions. Si ces « évocations » prennent les formes les plus variées, elles n'en traduisent pas moins une certaine normativité de la Charte³⁴⁷.

a) Les avocats généraux et le Tribunal de première instance

232. – Au sein des organes de Luxembourg, les avocats généraux sont sans conteste ceux qui s'appuient le plus volontiers sur la Charte des droits fondamentaux. Mentionnée pour la première fois par l'AG Alber dans ses conclusions du 1^{er} février 2001³⁴⁸, celle-ci fut rapidement élevée au rang de « paramètre de référence substantiel pour les acteurs de la scène communautaire » par l'AG Tizzano qui n'hésita pas à voir dans son article 31, §2 « la confirmation la plus qualifiée et définitive de la nature de droit fondamental que revêt le droit au congé annuel payé »³⁴⁹. Depuis lors, la Charte a été évoquée plus d'une centaine de fois dans les conclusions des avocats généraux, sous des qualifications et à des titres les plus divers.

233. – Parmi les usages qui en ont été faits, on en retiendra trois en particulier. Il n'est d'abord pas rare que la Charte soit invoquée à titre *confortatif*, dans le cadre d'une énumération des textes et de la jurisprudence attestant de l'existence du droit fondamental concerné³⁵⁰. La référence à la Charte revêt dans ces situations une valeur ajoutée assez faible, rhétorique tout au plus. Dans de nombreux autres cas, les avocats généraux invoquent la Charte à titre *confirmatif*. Considérant que celle-ci « (...) reflète de manière inestimable le dénominateur commun des valeurs juridiques des Etats membres, dont émanent à leur tour les principes généraux du droit communautaire (...) »³⁵¹, ils s'y réfèrent dans le

³⁴⁴ « L'Union reconnaît et respecte le droit des personnes handicapées à bénéficier de mesures visant à assurer leur autonomie, leur intégration sociale et professionnelle et leur participation à la vie de la communauté ».

³⁴⁵ Sur cet arrêt, cf. *infra*, n°238-242.

³⁴⁶ L. BURGORGUE-LARSEN, « L'évocation jurisprudentielle – Les juges face à la Charte », in L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 2005, p.8.

³⁴⁷ En ce sens, cf. A. SAIZ ARNAIZ, « La Carta de los derechos fundamentales de la Union Europea y los ordenamientos nacionales : Que hay de nuevo ? », *Cuad. Der. Publ.*, n°13, 2001, p.153-170.

³⁴⁸ C-340/99 *TNT Traco SPA c. Poste Italiane SPA et al.*, *Rec.*, 2001, p.I-4109, pt.94.

³⁴⁹ Conclusions du 8 février 2001, C-173/99 *BECTU c. Secretary of State for Trade and Industry*, *Rec.*, 2001, p.I-4881.

³⁵⁰ Cf. e.a. A.G. POIARES MADURO, conclusions du 26 janvier 2006, C-119/04 *Commission c. Italie*, *Rec.*, 2006, p.I-6885; A.G. JACOBS, conclusions du 21 mars 2002, C-50/00 *P UPA c. Conseil*, *Rec.*, 2002, p.I-6677, pt.39 ; A.G. LEGER, conclusions du 20 octobre 2005, C-23 à 25/04 *Sfakianakis AEVE c. Elleniko Dimosio*, *Rec.*, 2006, p.I-1265, pt.50.

³⁵¹ A.G. COLOMER, conclusions du 4 décembre 2001, C-208/00 *Überseering Bv c. NCC*, *Rec.*, 2002, p.I-9919, pt.59.

but de confirmer leurs analyses quant à la reconnaissance d'un droit fondamental dans l'ordre communautaire³⁵². Dans d'autres conclusions enfin, la Charte est invoquée à titre *interprétatif*, en renfort d'une lecture dynamique et progressiste du droit primaire ou du droit dérivé³⁵³.

234. – S'appuyant sur l'arrêt *Parlement c. Conseil* du 27 juin 2006³⁵⁴, l'AG Poiares Maduro estime pour sa part que la Charte « (...) est susceptible de revêtir une double fonction. En premier lieu, elle peut créer la présomption de l'existence d'un droit qui devra, alors, recevoir confirmation de son existence soit dans les traditions constitutionnelles communes aux Etats membres soit dans les dispositions de la CEDH. En second lieu, lorsqu'un droit est identifié en tant que droit fondamental protégé par l'ordre juridique communautaire, la Charte fournit un instrument particulièrement utile pour déterminer le contenu, le champ d'application et la portée à donner à ce droit »³⁵⁵.

235. – Si ces différentes utilisations de la Charte s'accommodent déjà difficilement de son statut de déclaration politique, certaines affirmations des avocats généraux semblent aller plus loin encore. On notera ainsi la déclaration de l'AG Geelhoed, selon lequel les auteurs du traité et le législateur communautaires ont *reconnu* des droits aux citoyens européens par la simple *adoption* de la Charte à Nice³⁵⁶. De même, dans une affaire *Espagne c. Eurojust*, l'AG Poiares Maduro a estimé qu'une lecture combinée de deux dispositions de la Charte fournissait une justification alternative à ses conclusions³⁵⁷. L'AG Colomer n'a quant à lui pas hésité à se référer *exclusivement* à la Charte afin de démontrer la reconnaissance de la liberté d'association dans le droit de l'Union européenne³⁵⁸, tandis que l'AG Jacobs s'est appuyé uniquement sur l'article 1^{er} de la Charte pour affirmer qu'un acte communautaire violant le droit fondamental à la dignité humaine devait être considéré comme illégal³⁵⁹. Enfin, on notera que l'AG Kokott a estimé devoir prendre en compte la Charte des droits fondamentaux dans le cadre du contrôle de validité d'une directive dès lors qu'elle était mentionnée dans le préambule de celle-ci³⁶⁰.

236. – Ces nombreuses références à la Charte ont rapidement trouvé un écho favorable dans la jurisprudence du Tribunal de première instance³⁶¹. Invoquée à des fins confortatives³⁶² ou confirmatives³⁶³ dans un grand nombre d'arrêts, la Charte de Nice fut même brandie par le Tribunal à

³⁵² Cf. e.a. A.G. KOKOTT, conclusions du 10 juin 2004, C-457/02 *Antonio Niselli*, *Rec.*, 2004, p.I-10853, pt.64 ; A.G. ALBER, conclusions du 24 octobre 2002, C-63/01 *Samuel Sidney Evans c. Secretary of State for the Environment*, *Rec.*, 2003, p.I-14447, pt.80 ; A.G. KOKOTT, conclusions du 18 juillet 2007, C-275/06 *Promusicae*, pt.51, non encore publié au Recueil. *Mutatis, mutandis*, cf. conclusions de l'A.G. KOKOTT du 11 novembre 2004, C-105/03 *Procédure pénale c. Maria Pupino*, *Rec.*, 2005, p.I-5285, pt.57.

³⁵³ Cf. A.G. RUIZ-JARABO COLOMER, conclusions du 12 septembre 2006, C-303/05 *Advocaten voor de Wereld*, pt.79, non encore publié au Recueil : « Il faut donc que les langues se délient et que la charte s'impose comme un outil d'interprétation essentiel dans la défense des garanties citoyennes qui font partie du patrimoine des Etats membres » (pt.79). *Adde* : A.G. COLOMER, conclusions du 11 mars 2004, C-150/03P *Chantal Hectors c. Parlement européen*, *Rec.*, 2004, p.I-8691, pt.40 ; A.G. COLOMER, conclusions du 8 janvier 2004, C-87/02 *Commission c. Italie*, *Rec.*, 2004, p.I-5975, pt.36 ; A.G. COLOMER, conclusions du 26 mai 2005, C-176/03 *Commission c. Conseil*, *Rec.*, 2005, p.I-7879, pt.69.

³⁵⁴ Cf. *infra*, n°238-242.

³⁵⁵ Conclusions du 14 décembre 2006, C-305/05 *Ordre des barreaux francophones et germanophone*, pt.48, non encore publié au Recueil.

³⁵⁶ Conclusions du 21 février 2002, C-224/98 *D'Hoop c. ONEM*, *Rec.*, 2002, p.I-6191, note de bas de page n°18. Comp. cependant ses conclusions du 10 septembre 2002, C-491/01 *B.A.T. (Investments) Ltd et al. C. Secretary of State for Health*, *Rec.*, 2002, p.I-11453, pt.259.

³⁵⁷ Conclusions du 16 décembre 2004, C-160/03 *Espagne c. Eurojust*, *Rec.*, 2005, p.I-2077, note de bas de page n°67.

³⁵⁸ Conclusions du 15 novembre 2005, C-499/04 *Hans Werhof c. Freeway Traffic*, *Rec.*, 2006, p.I-2397, pt.50. Notons encore que selon M. COLOMER, les avocats généraux ont une responsabilité toute particulière à l'égard de la promotion de la Charte (cf. conclusions du 11 juillet 2002, C-466/00 *Arben Kaba c. Secretary of State for the Home Department*, *Rec.*, 2003, p.I-2219, pt.114 et note de bas de page n°74).

³⁵⁹ Conclusions du 14 juin 2001, C-377/98 *Pays-Bas c. Parlement et Conseil*, *Rec.*, 2001, p.I-7079, pt.197.

³⁶⁰ AG KOKOTT, conclusions du 8 septembre 2005, C-540/03 *Parlement c. Conseil*, *Rec.*, 2006, p.I-5769, pt.110.

³⁶¹ Cf. déjà T-112/98, *Mannesmannröhren-Werke AG c. Commission*, 20 février 2001, *Rec.*, 2001, p.II-729.

³⁶² Cf.e.a. T-38/02 *Danone c. Commission*, 25 octobre 2005, *Rec.*, 2005, p.II-4407 ; T-67, 68, 71, 78/00 *JFE et al. c. Commission*, 8 juillet 2004, *Rec.*, 2004, p.II-2501, pt.178 ; T-242/02 *Sunrider Corp. C. OHMI*, 13 juillet 2005, *Rec.*, 2005, p.II-2793.

³⁶³ Cf.e.a. T-54/99, *max. mobil Telekommunikation Service GmbH c. Commission*, 30 janvier 2002, *Rec.*, 2002, p.II-313, pts 48 et 57.

l'appui d'une interprétation révolutionnaire de la notion de « personne individuellement concernée » au sens de l'article 230, al.4, CE³⁶⁴. Notons encore que pour justifier leur recours à la Charte des droits fondamentaux dans le cadre de l'examen de la validité d'un acte communautaire, tant le TPI³⁶⁵ que le Tribunal de la fonction publique³⁶⁶ ont rappelé les déclarations par lesquelles les auteurs de cet acte s'étaient engagés à respecter le « *Bill of Rights* » l'Union européenne. Ils faisaient ainsi une application feutrée de l'adage « *patere legem quam ipse fecisti* »...

b) La Cour de justice

237. – La Cour de justice s'est longtemps confinée dans un mutisme prudent. Seule contre tous, la haute juridiction communautaire refusait obstinément d'invoquer un texte qui, à défaut d'avoir été incorporé dans les traités, demeurerait dépourvu de toute force juridique contraignante. Et si les plus optimistes s'efforcèrent de voir des références implicites à la Charte dans les affaires *Pays-Bas c. Conseil*³⁶⁷ – reconnaissance du droit fondamental à la dignité humaine – et *K.B.*³⁶⁸ – référence à un arrêt de la CEDH *Goodwin c. Royaume Uni* qui se fonde sur la Charte –, le silence de la Cour n'en demeurerait pas moins assourdissant. Cette *self-restraint* finit du reste par refroidir les ardeurs du TPI, qui refusa de statuer sur une éventuelle violation de la Charte au motif que « s'il est vrai qu'elle a été invoquée à plusieurs reprises par le juge communautaire comme source d'inspiration pour la reconnaissance et la protection des droits des citoyens et comme critère de référence des droits garantis par l'ordre juridique communautaire, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit, à l'heure actuelle, d'une déclaration qui n'est pas dotée de force juridique contraignante »³⁶⁹.

238. – Au moment même où le processus de ratification du traité constitutionnel paraissait s'enliser définitivement, les juges du Kirchberg décidèrent soudainement de « sortir du bois ». Dans un arrêt *Parlement c. Conseil* du 27 juin 2006³⁷⁰, alors qu'elle était appelée à se prononcer sur les normes au regard desquelles la légalité de la directive 2003/86 pouvait être contrôlée, la Cour se résolut pour la première fois à se référer à la Charte des droits fondamentaux (pt.38 de l'arrêt)³⁷¹. Elle invoqua deux raisons à l'appui de cette consécration prétorienne subite. D'une part, elle souligna l'importance de la Charte aux yeux du législateur communautaire, qui n'avait pas hésité à en proclamer le respect dans le préambule de la directive relative au droit au regroupement familial. D'autre part, elle rappella que l'objectif de ce « *Bill of Rights* » consistait simplement à réaffirmer un certain nombre de droits fondamentaux déjà reconnus dans divers instruments internationaux. Quelques lignes plus loin, procédant à l'examen de l'article 4, §1^{er}, dernier alinéa, de la directive, la Cour se référa explicitement aux articles 7 et 24 de la Charte, reconnaissant respectivement le droit au respect de la vie privée et familiale et les droits de l'enfant (pt.58).

³⁶⁴ T-177/01 *Jégo-Quéré c. Commission*, 3 mai 2002, *Rec.*, 2002, p.II-2365, pt 47. On rappellera que cet arrêt fut cassé sur pourvoi par la CJCE (C-263/02 *P Commission c. Jégo-Quéré*, 1^{er} avril 2004, *Rec.*, 2004, p.I-3425). Sur les références à la Charte dans le cadre du droit à un recours juridictionnel effectif, cf. aussi T-77/01 (ord) *Diputacion Foral de Alava et al. c. Commission*, 11 janvier 2002, *Rec.*, 2002, p.II-81 ; T-116 et 118/01 *P&O c. Commission*, 5 août 2003, *Rec.*, 2003, p.II-2957, pt.209 ; cf. surtout T-377, 379, 380/00, 260, 272/01 *Philip Morris International et al. c. Commission*, 15 janvier 2003, *Rec.*, 2003, p.II-1, pt.122.

³⁶⁵ Cf. e.a. T-170/06 *Alrosa*, 11 juillet 2007, pt.188, non encore publié au Recueil.

³⁶⁶ Cf. F-1/05 *Pia Landgren*, 26 octobre 2006, pt.72, non encore publié au Recueil.

³⁶⁷ C-377/98, arrêt du 9 octobre 2001, précité, pt.70.

³⁶⁸ C-117/01, *K.B.*, 7 janvier 2004, *Rec.*, 2004, p.I-541, pts 33 et 35.

³⁶⁹ T-256/01 *Norman Pyres c. Commission*, 15 février 2005, *Rec.*, 2005, p.FP-I-A23, II-99, pt.66. Cf. aussi T-135/05 *Campoli c. Commission*, 29 novembre 2006, pt.150 ; T-219 et 337/02 *Lutz Herrera c. Commission*, 28 octobre 2004, *Rec.*, 2004, p.FP-I-A-319, II-1407, pt.88. On épinglera au passage l'attitude scandaleusement hypocrite de la Commission dans cette dernière affaire, qui n'a pas hésité à plaider le caractère non contraignant de la Charte afin d'échapper à ses responsabilités. Une prise de position totalement à rebours de ses déclarations « officielles »...

³⁷⁰ C-540/03 *Parlement c. Conseil*, 27 juin 2006, *Rec.*, 2006, p.I-5679.

³⁷¹ Par souci d'exactitude, on signalera que la Cour avait déjà mentionné la Charte à plusieurs reprises dans le cadre de l'exposé des arguments invoqués par les parties au litige (cf. e.a. C-491/01 *British American Tobacco*, 10 décembre 2002, *Rec.*, 2002, p.I-11453, pt.144 ; C-245/01 *RTL Television*, 23 octobre 2003, *Rec.*, 2003, p.I-12489, pt.38). Elle s'était cependant toujours gardée de l'appliquer directement ou de se prononcer sur sa valeur normative.

239. – L'on ne peut que se réjouir de l'important pas en avant accompli par la Cour de justice. On approuvera sans réserve le premier motif avancé par les juges pour justifier la prise en compte de la Charte dans l'examen de validité de la directive 2003/86. En son deuxième considérant, celle-ci déclare en effet qu'elle « respecte les droits fondamentaux et observe les principes qui sont reconnus notamment (...) par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ». Le principe du respect de la confiance légitime semblait exiger qu'une telle affirmation entraîne certaines conséquences sur le plan juridique. Aussi doit-on féliciter la Cour d'avoir pris le législateur au mot en appliquant l'adage « *patere legem quam ipse fecisti* »³⁷².

240. – Il est toutefois heureux qu'à cette première justification, la Cour en ait ajouté une seconde³⁷³. Ne l'eût-elle pas fait, des interrogations auraient subsisté sur l'applicabilité de la Charte aux actes communautaires qui ne proclament pas le respect de celle-ci ainsi qu'aux mesures prises par les Etats membres eux-mêmes³⁷⁴. L'argument tiré de l'objectif de la Charte n'est toutefois pas dépourvu d'ambiguïté. La Cour se contente de rappeler qu'aux termes de son préambule, la Charte entend réaffirmer « les droits qui résultent notamment des traditions constitutionnelles communes et des obligations internationales communes aux Etats membres, du traité sur l'Union européenne et des traités communautaires, de la (...) [CEDH], des Chartes sociales adoptées par la Communauté et par le Conseil de l'Europe, ainsi que de la jurisprudence de la Cour (...) et de la Cour européenne des droits de l'homme ». Ce faisant, la haute juridiction semble sous-entendre que la Charte n'est que le fruit d'une entreprise de codification à droit constant et qu'elle n'est pas de nature à introduire de nouvelles obligations à charge des Etats ou des institutions européennes.

241. – Si elle reflète le discours politique officiel, cette affirmation – telle que nous la comprenons – n'en demeure pas moins audacieuse. Il est vrai que les droits et principes contenus dans la Charte sont inspirés de textes internationaux antérieurs, que les Etats membres – ou au moins la plupart d'entre eux – se sont engagés à respecter. Certains de ces textes ne jouissent toutefois que d'une normativité limitée, soit qu'ils n'ont pas fait l'objet d'une ratification en bonne et due forme³⁷⁵, soit qu'ils tolèrent la formulation de réserves par les Etats parties³⁷⁶. Dès lors, sauf à considérer que les droits consacrés dans ces textes étaient déjà applicables par la CJCE au titre des principes généraux du droit communautaire, on ne saurait nier que leur incorporation dans une Charte placée sous le contrôle des juges de Luxembourg aura pour effet d'en renforcer le caractère contraignant. La codification opérée par la Charte n'est donc certainement pas sans conséquences pour les Etats.

242. – On s'en voudrait toutefois de faire dire aux juges du Kirchberg ce qu'ils se sont bien gardé d'affirmer. L'arrêt *Parlement c. Conseil* ne reconnaît pas à la Charte un caractère formellement obligatoire. La Cour rappelle du reste elle-même que ce texte « ne constitue pas un instrument juridique contraignant » (pt.38). La lecture de l'arrêt laisse par ailleurs penser que la Charte ne partage pas non plus le statut de la CEDH, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et de la Convention relative aux droits de l'enfant, dont la Cour « tient compte pour l'application des principes généraux du droit communautaire » (pt.37). Si elles expriment sans doute d'importantes divergences de vue au sein de la formation de jugement, ces hésitations quant au statut exact de la Charte ne doivent pas masquer l'essentiel : pour la première fois, la Cour s'est référée au « *Bill of Rights* » proclamé à Nice et s'en est expliquée. Cette intronisation en douceur de la Charte annonce peut-être la mise à l'écart progressive de la méthode inductive et comparative qui a permis aux juges de Luxembourg de forger un catalogue de droits jurisprudentiel.

³⁷² Cf. *supra*, n°229 et 236. En ce sens, cf. M. WATHELET, « Le point de vue d'un juge à la Cour de justice des Communautés européennes », *loc. cit.*, p.241-250, spéc. p.249.

³⁷³ Cf. *supra*, n°238.

³⁷⁴ On rappellera qu'aux termes de l'article 51 de la Charte, celle-ci s'applique « aux institutions, organes et agences de l'Union (...) ainsi qu'aux Etats membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ».

³⁷⁵ On pense en particulier à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, qui n'a fait l'objet que d'une « proclamation » politique et qui n'a pas été signée par tous les Etats membres.

³⁷⁶ On pense en particulier à la Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe.

243. – Depuis l’arrêt *Parlement c. Conseil* cependant, la CJCE adopte une attitude prudente. Elle s’est bien gardé de réitérer ses propos sur la nature semi-normative de la Charte. Tout au plus s’est-elle aventurée à invoquer cursivement cette dernière, à titre « confortatif », dans les affaires *Unibet*³⁷⁷, *Advocaten voor de Wereld*³⁷⁸, *Viking*³⁷⁹, et *Laval*³⁸⁰.

c) La Cour européenne des droits de l’homme

244. – Assez paradoxalement, la Cour européenne des droits de l’homme s’est montrée plus encline à invoquer la Charte des droits fondamentaux que son homologue luxembourgeoise. Dans l’arrêt *Goodwin* précité³⁸¹, les juges de Strasbourg n’hésitèrent pas à s’appuyer sur l’article 9 de la Charte pour étendre le champ d’application de l’article 12 CSDH aux personnes transsexuelles et réformer par là même leur propre jurisprudence³⁸². Par ailleurs, nous avons déjà vu que dans l’arrêt *Bosphorus*, la CEDH avait pris en compte l’adoption de la Charte au nombre des critères permettant de conclure à la présence d’une « protection équivalente » des droits fondamentaux dans l’ordre communautaire. On mentionnera également la référence – un peu superfétatoire – aux articles 12 et 53 de la Charte de Nice dans un arrêt *Sorensen c. Danemark et Rasmussen c. Danemark* du 11 janvier 2006 concernant des accords de monopole syndical.

245. – On ne saurait pas davantage passer sous silence le rôle qu’a joué la Charte des droits fondamentaux dans la justification du revirement de jurisprudence opéré par la CEDH dans un arrêt *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande* du 19 avril 2007. Pour la première fois, les juges de Strasbourg ont étendu le champ d’application de l’article 6, §1^{er}, CSDH (droit à un contrôle juridictionnel effectif) à une grande partie du contentieux de la fonction publique. S’expliquant sur cette avancée jurisprudentielle, la Cour a souligné qu’elle s’inspirait de la jurisprudence de la CJCE et du libellé généreux de la Charte des droits fondamentaux ainsi que des Explications y afférentes (pts. 30 et 60 de l’arrêt). Le « *Bill of Rights* » de l’Union européenne semble ici avoir eu une influence bien réelle sur la décision des juges de Strasbourg.

246. – Si la CEDH invoque régulièrement la Charte des droits fondamentaux dans ses arrêts, il n’en va pas différemment des juges dans leurs opinions individuelles. A de nombreuses reprises, la Charte est appelée en renfort d’une interprétation progressiste qui n’a pas été retenue par la formation de jugement³⁸³. Dans cette perspective, elle est présentée comme un reflet fiable et à jour des valeurs partagées par l’opinion publique européenne. Elle est à ce titre considérée comme un outil particulièrement précieux dans le processus d’interprétation de l’instrument vivant que constitue la Convention européenne des droits de l’homme.

d) Les juridictions nationales

247. – Une rapide recherche de droit comparé nous apprend que les références à la Charte des droits fondamentaux se multiplient également dans la jurisprudence des cours et tribunaux des Etats membres de l’Union européenne. Loin de prétendre opérer un relevé exhaustif de ces références – même pour un petit nombre de pays –, un survol très superficiel de quelques décisions européennes permet d’observer comment, malgré son statut déclaratoire, la Charte pénètre et influence progressivement les ordres juridiques nationaux.

³⁷⁷ C-432/05 *Unibet*, 13 mars 2007, pt.37, non encore publié au Recueil.

³⁷⁸ C-303/05 *Advocaten voor de Wereld*, 3 mai 2007, pt.46, non encore publié au Recueil.

³⁷⁹ C-438/05 *ITWF e.a. c. Viking*, 11 décembre 2007, pt.43, non encore publié au Recueil.

³⁸⁰ C-341/05 *Laval un Partneri*, 18 décembre 2007, non encore publié au Recueil.

³⁸¹ Requête n°28957/95, arrêt du 11 juillet 2002. Cf. aussi l’arrêt *I c. Royaume Uni* du même jour (requête n°25680/94)

³⁸² Cf. en particulier le pt.100 de l’arrêt.

³⁸³ Cf. op. diss. du juge RESS dans l’affaire *Vo c. France* du 8 juillet 2004 (req n°53924/00) et la référence à l’article 3, §2 de la Charte (pt.5) ; op. diss. des juges BRATZA, FUHRMANN et TULKENS dans l’affaire *Fretté c. France* du 26 février 2002 (req n°36515/97) et la référence à l’article 21 de la Charte : op. diss. des juges COSTA, RESS, TÜRMAN, ZUPANCIC, STEINER dans l’affaire *Hatton c. Royaume Uni* du 8 juillet 2003 (req. n°36022/97).

248. – Pour faire bonne mesure, on remarquera d’abord que la plupart des juridictions étatiques font preuve de retenue par rapport à la Charte. Certaines soulignent son caractère non contraignant et refusent d’en contrôler le respect³⁸⁴. D’autres, malgré les demandes des requérants en ce sens, se refusent même à la citer dans leur raisonnement³⁸⁵. D’autres enfin, ne la mentionnent qu’au conditionnel³⁸⁶. Cette prudence n’est cependant pas de mise partout. On constate ainsi que la Charte est assez régulièrement invoquée à titre confortatif et sans référence à son caractère non contraignant, aux côtés d’autres instruments de protection des droits de l’homme³⁸⁷. Parfois même, par une sorte d’effet de contamination, les juridictions tendent à placer l’exigence de respect de la Charte sur le même pied que celle qu’impose la CSDH³⁸⁸.

249. – On notera encore qu’après lui avoir dénié toute valeur juridique contraignante *stricto sensu*³⁸⁹ certains juges n’hésitent pas à faire état de leurs observations quant à la normativité « relative » de la Charte. Dans un arrêt du 23 novembre 2005, la Cour d’arbitrage de Belgique a ainsi considéré que les articles 19 et 24, §1^{er} de la Constitution devaient être interprétés « à la lumière » de l’article 13 de la Charte, lequel élevait la liberté académique au rang de « valeur commune » de l’Union³⁹⁰. Confrontée à la demande d’une assistance judiciaire gratuite, la Cour d’appel de Rome quant à elle, après s’être référée à la Constitution italienne et à la CSDH, se tourna vers l’article 47 de la Charte au motif que celle-ci était « pleinement opérante comme point de référence essentiel, non seulement pour l’activité des institutions communautaires, mais aussi pour l’activité interprétative des juges européens (...) »³⁹¹. La Cour de cassation italienne semble partager ce point de vue³⁹². Enfin, on rappellera la formule d’un juge anglais, citée en tête de cette section, selon laquelle la Charte peut être consultée en ce qu’elle « proclame, réaffirme ou explicite le contenu des droits humains généralement reconnus dans la famille européenne des Nations ».

³⁸⁴ Cf. par exemple l’arrêt du Conseil d’Etat français du 5 janvier 2005 (n°25731 et 25734), l’arrêt du *Verfassungsgerichtshof* (Cour constitutionnelle autrichienne), 12 décembre 2003, n°17095, disponible sur www.ris.bka.gv.at/vfgh/, et la décision du *College van Beroep voor het bedrijfsleven* (juridiction administrative néerlandaise) du 28 septembre 2005 dans l’affaire *Ibro Mar B.V. t. het Productschap Vis*, disponible sur www.rechtspraak.nl. Comp. les décisions du *Verwaltungsgerichtshof* (Cour administrative autrichienne) des 30 novembre 2004 (2002/18/0019) et 5 avril 2002 (2002/18/0021), disponibles sur www.ris.bka.gv.at/, selon lesquelles la Charte n’est pas « unmittelbar verbindlich » (nous soulignons).

³⁸⁵ Cf. par exemple les décisions 2004-498 et 2004-499 du Conseil constitutionnel français du 29 juillet 2004, disponibles sur www.conseil-constitutionnel.fr/general/decision.htm. Dans le même sens, cf. les arrêts du Conseil d’Etat français cités par L. BURGORGUE-LARSEN, « L’évocation jurisprudentielle... », *loc. cit.*, p.13.

³⁸⁶ Cf. les décisions du *Raad van State* (Conseil d’Etat néerlandais), n°200600657/1 et 200600612/1, 22 novembre 2006, disponibles sur www.rechtspraak.nl.

³⁸⁷ Cf. par exemple les arrêts du *Bundesverfassungsgericht* des 4 mai 2004 (1BVR 1892/03), 30 avril 2003 (PBvU 1/02) et 22 novembre 2001 (2 BvB 1/01) (disponibles sur www.bverfg.de/cgi-bin/link.pl?entscheidungen) ainsi que les arrêts de la *Corte Costituzionale* italienne des 13 janvier 2005 (45/2005) et 24 octobre 2002 (n°445/2002) (disponibles sur www.cortecostituzionale.it/ita/attivitaacorte/pronunceemassime/massime/filtro.asp). La palme revient toutefois au *Tribunal Constitucional* espagnol qui, afin de justifier le caractère fondamental de la protection des données à caractère personnel, s’est référé à la Charte alors même qu’elle n’avait pas encore été proclamée à Nice (arrêts n°290/2000 et 292/2000 du 30 novembre 2000, disponibles sur www.boe.es/g/es/bases_datos/tc.php). La Charte a encore été invoquée par cette juridiction dans ses décisions n°53/2002 du 27 février 2002, n°138/2005 du 26 mai 2005, n°273/2005 du 27 octobre 2005, et n°41/2006 du 13 février 2006. Tous ces arrêts sont consultables sur http://www.boe.es/g/es/bases_datos/tc.php.

³⁸⁸ On pense ici en particulier à un arrêt de l’*Oberste Gerichtshof* (Cour suprême autrichienne) du 21 janvier 2003 (50b199/03f, disponible sur www.ris.bka.gv.at) selon lequel les articles 10 de la CSDH et 9 de la Charte doivent être tous deux – également – respectés.

³⁸⁹ Cf. Justice Maurice Kay dans *R (on the application of Robertson) v. the City of Wakefield Metropolitan Council* (2001 EWHC Admin 915, 16 novembre 2001, disponible sur www.bailii.org), qui, après s’être référé à la Charte, s’empresse d’ajouter qu’il ne la traite pas « as a source of law in the strict sense » (pt.38).

³⁹⁰ Arrêt n°167/2005, pt.B18.3 Dans un arrêt n°81/2007 du 7 juin 2007, la Cour s’est référée à l’article 49, §3, de la Charte, relatif à la proportionnalité des peines par rapport à la gravité des infractions qu’elles sanctionnent. A cette occasion, la Cour a rappelé que « [s]i cette Charte n’est pas, en elle-même, juridiquement contraignante, elle traduit le principe de l’Etat de droit sur lequel, en vertu de l’article 6, du Traité UE, l’Union est fondée et elle constitue une illustration des droits fondamentaux que l’Union doit respecter (...) » (pt.B.9.2).

³⁹¹ Corte d’Appello di Roma (Italie), 11 avril 2002, *Favelli c. Condominio*, disponible sur <http://www.ricercagiuridica.com/sentenze/index.php?num=26&search=ROMA>.

³⁹² Cf. l’arrêt du 11 avril 2002 n°135/02 cité par L. BURGORGUE-LARSEN, « L’évocation jurisprudentielle... », *loc. cit.*, p.64.

250. – Si elles se limitent souvent à des *obiter dicta* qui n’ont d’autres effets que rhétoriques, ces considérations ne restent toutefois pas toujours sans conséquences pratiques sur l’issue du litige. Il semble en effet que dans un petit nombre de cas, l’invocation de la Charte ait – au moins partiellement – une influence sur la décision du juge. Pour nous en convaincre, nous examinerons brièvement deux jugements rendus par des tribunaux britanniques. Le premier, émanant de la *High Court of Justice* d’Irlande du Nord, concernait la validité d’une mesure de maintien sous haute surveillance prise par un centre de détention pour enfants mineurs à l’encontre de l’un de ses détenus³⁹³. Celui-ci invoquait entre autres la violation de l’article 8 de la CSDH à l’appui de son recours. Le tribunal estima que l’article 24 de la Charte, combiné avec d’autres instruments internationaux dépourvus d’effet direct, faisait naître un principe de bien-être (« *welfare principle* ») dans le chef de l’enfant mineur, qui devait informer (« *inform* ») la lecture de l’article 8 de la Convention. Considérant que le centre de détention, amené à décider du maintien de la mesure, s’était contenté de constater la persistance du comportement rebelle du jeune détenu sans réellement tenter de renouer le contact avec lui, le tribunal conclut à une atteinte disproportionnée du droit à la vie privée de celui-ci³⁹⁴.

251. – La seconde affaire concernait également – en partie – l’article 8 de la CSDH. En l’espèce, le plaignant prétendait que la vente des listes électorales – comprenant les noms et adresses des électeurs – par une autorité publique à des fins commerciales constituait une violation de son droit à la vie privée³⁹⁵. Considérant que l’article 8 s’appliquait en l’espèce, le tribunal se pencha sur la question de la proportionnalité de l’acte litigieux. Après avoir constaté que les électeurs n’avaient pas eu la possibilité de s’opposer à la divulgation de leur nom, la *High Court of Justice* estima que l’autorité publique avait porté une atteinte disproportionnée au droit à la vie privée du demandeur. A l’appui de ses conclusions, le tribunal rappela qu’il ne faisait que suivre une évolution (« *drift* ») reflétée par certaines mesures adoptées par l’Union européenne, « dont tous les Etats membres sont parties à la CSDH ». La Charte et la directive relative au traitement des données à caractère personnel – toutes deux formellement dépourvues d’effet direct³⁹⁶ – furent invoquées à cet égard.

252. – On s’étonnera sans doute de ces références audacieuses à la Charte – laquelle, rappelons-le, n’est en toute hypothèse censée s’appliquer qu’aux institutions communautaires et aux Etats membres quand ils mettent en œuvre le droit communautaire – sous la plume des juges anglais. Il semble bien que dans les deux cas décrits, cette référence ait eu pour effet de « faire pencher » le test de proportionnalité en faveur des requérants. Cet avant-gardisme d’outre-Manche s’est répandu jusqu’à la *House of Lords* elle-même, dont au moins quatre décisions comportent une référence à la Charte. Il semble d’ailleurs que dans la plupart de ces occasions, ce soit l’imprécision des dispositions de la Charte davantage que leur caractère non contraignant qui ait empêché les *Law Lords* d’en faire un usage plus directement productif³⁹⁷.

*
* *

³⁹³ *TP (a minor), Re An Application For Judicial Review*, [2005] NIQB 64, 29 septembre 2005, disponible sur <http://www.bailii.org/nie/cases/NIHC/QB/2005/64.html>.

³⁹⁴ *Comp. R (on the application of Luke Kenny) v. The Secretary of State for Constitutional Affairs*, 2003 EWHC 2963 (Admin), 5 décembre 2003, disponible sur <http://www.bailii.org>.

³⁹⁵ *R (on the application of Robertson) v. the City of Wakefield Metropolitan Council*, 2001 EWHC Admin 915, 16 novembre 2001, disponible sur www.bailii.org.

³⁹⁶ Il est tout à fait remarquable de constater que le tribunal, s’appuyant sur la jurisprudence de la CJCE, a affirmé sans réserves le principe de l’applicabilité directe des directives.

³⁹⁷ Sur le droit à l’objection de conscience, cf. *Sepet (FC) and Another (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)*, 20 mars 2003, [2003] UKHL 15, per Lord Hoffmann, pt.51 et dans une moindre mesure per Lord Bingham of Cornhill, pt.15. Sur le droit au mariage des transsexuels, cf. *Bellinger v. Bellinger*, 10 avril 2003, [2003] UKHL 21, per Lord Hope of Craighead, pt.69, qui se réfère même aux Explications de la Charte et à l’arrêt *Goodwin* de la CEDH. Dans une moindre mesure, sur le droit d’asile, cf. *R. v. Secretary of State for the Home Department ex parte Thangasara*, 17 octobre 2002, [2002] UKHL 36, per Lord Hope of Craighead, pt.36 ; *R. v. Secretary of State for Work and Pensions (Appellant) ex parte Hooper and others (Respondents)*, 5 mai 2005, [2005] UKHL 29, per Lord Scott of Foscote, pt.88.

253. – Les pages qui précèdent ont tenté d'illustrer un double phénomène. D'une part, les références croissantes à la Charte dans le chef des institutions communautaires et des juges européens tendent à démontrer que, quoique formellement dépourvue d'effet juridique contraignant, celle-ci n'en exerce pas moins une influence réelle sur l'élaboration et l'application du droit dans l'Union européenne. Par leur action commune, les acteurs institutionnels et judiciaires européens ont progressivement amené la Charte à l'existence juridique. Cette observation conduit à son tour à mettre en doute l'idée selon laquelle les Etats membres – en tant que « maîtres des traités » – et la Cour de justice – en tant qu'interprète privilégiée de ceux-ci – détiennent le monopole des voies d'accès à la « Constitution » européenne. Il n'est pas dit que les gouvernements britannique et polonais ne l'apprendront pas à leurs dépens, eux qui ont tenté de se soustraire à l'emprise du nouveau « *Bill of Rights* » de l'Union européenne par l'adoption d'un Protocole annexé au traité de Lisbonne. L'expérience laisse en effet penser que ces « dénonciations » officielles n'empêcheront pas la Charte de remplir le rôle auquel elle est destinée. En tout état de cause, la juridicisation progressive de la Charte sous l'effet conjoint des déclarations politiques et des décisions juridictionnelles témoigne de la friabilité des frontières qui séparent, dans l'ordre communautaire, le « pouvoir constituant » et les « pouvoirs constitués ».

254. – On remarquera d'autre part que les contours de la normativité elle-même se trouvent considérablement remis en cause par cet étrange processus de constitutionnalisation de la Charte qui, s'il est *collectif*, est également *progressif* et *relatif*. Les références de plus en plus nombreuses au nouveau « *Bill of Rights* » européen n'ont en effet pas eu – et n'auront sans doute jamais – pour effet de lui donner *toute* sa force juridique. Seul un acte formel du constituant communautaire – ou éventuellement de son juge – sera en mesure d'intégrer pleinement la Charte dans la norme fondamentale européenne. S'ils peuvent les influencer, les inspirer, les menacer, les assister, voire les devancer, les « pouvoirs constitués » ne pourront jamais se substituer complètement aux maîtres des traités et à leur interprète.

Entre droit et politique, entre « parole parlante » et « parole parlée », l'histoire de la Charte nous invite une fois encore à repenser notre compréhension du droit. Les quelques réflexions formulées en conclusion de ce chapitre ambitionnent de nous y aider.

Conclusion

255. – Au terme de ce survol historique, il convient de s'arrêter un instant afin de mesurer le chemin parcouru. Sur le terrain du droit positif, l'entreprise à laquelle nous nous sommes livrés n'a pas été vaine. En retraçant le processus laborieux d'intégration des droits de l'homme au sommet de la hiérarchie communautaire, nous avons pu prendre la mesure des préoccupations politiques qui, aujourd'hui encore, orientent les débats sur l'avenir de l'Europe. Liées à la perte de souveraineté des Etats, mais aussi à la nature de l'Union européenne et aux valeurs qui la sous-tendent, ces préoccupations ne sont pas sans intérêt pour notre recherche. Comme nous le verrons dans la deuxième partie de ce travail, elles trouvent un terrain d'expression privilégié dans les affaires portées devant la Cour de justice où se mêlent les nécessités de la protection des droits fondamentaux et les impératifs liés à l'établissement d'un espace de circulation sans contrainte. Nous constaterons alors que ces préoccupations ne sont pas sans influence sur l'issue des litiges et sur la « politique » du juge communautaire. Ce premier chapitre nous a donc fourni un éclairage indispensable à la pleine compréhension de la jurisprudence que nous analyserons plus loin.

256. – Les enseignements de ce chapitre ne sont pas moins riches sur le plan de la théorie du droit. Nous étions partis de l'hypothèse selon laquelle la consécration progressive des droits fondamentaux au sommet de l'ordre juridique communautaire témoignait d'un phénomène d'estompement des frontières entre les différents niveaux de pouvoir. La distinction entre le constituant communautaire et les autres acteurs européens nous semblait particulièrement sujette à caution dans la mesure où tous les maillons de la chaîne juridique paraissaient avoir contribué à cette consécration. Arrivés au terme de ce chapitre, nous voudrions montrer que l'histoire de la constitutionnalisation des droits fondamentaux

a non seulement confirmé (i) cette hypothèse, mais l'a en outre enrichie d'un prolongement inattendu (ii).

257. – (i) Examinées successivement, les trois dynamiques de constitutionnalisation des droits fondamentaux – les principes généraux, l'adhésion et la Charte – témoignent d'une dilution de plus en plus poussée du « pouvoir constituant ». La *dynamique des principes généraux*, tout d'abord, nous apprend que l'inertie des maîtres des traités peut être efficacement compensée par une activité jurisprudentielle soutenue et créative. Elle nous rappelle ainsi qu'à côté des Etats, la Cour de justice, en tant que cour constitutionnelle, détient elle aussi les clefs d'accès à la norme communautaire suprême. Dans le même temps, elle nous met en garde contre la tentation de substituer un pouvoir par un autre et, après s'être ému de l'Europe des gouvernements, de crier au gouvernement des juges. Loin d'être l'œuvre de la seule Cour de Luxembourg, la jurisprudence des principes généraux porte la marque de nombreuses interactions entre tous les acteurs de la scène européenne. Provoquée par l'attitude des juridictions nationales, inspirée par les conclusions des avocats généraux et les déclarations des institutions européennes, elle ne constitue que la face émergée d'un « dialogue constitutionnel »³⁹⁸ de grande ampleur.

258. – Cette première dynamique ne nous offre toutefois qu'un exemple limité du phénomène de dilution du « pouvoir constituant ». Si le comportement des acteurs européens est de nature à influencer les prises de position de la Cour, celle-ci n'en demeure pas moins le seul organe habilité à « dire » le droit communautaire et à déterminer le contenu de ses principes généraux. Le dialogue constitutionnel reste donc confiné à la sphère politique ou « pré-juridique ».

259. – La *dynamique de l'adhésion* nous fournit une illustration plus poussée du phénomène de dilution du « pouvoir constituant ». Certes, le dialogue constitutionnel est ici également bien présent au niveau politique. Le jeu de « passe-passe » entre les Etats et la Cour de justice est assez éloquent à cet égard, qui montre comment les attentes des « pouvoirs constitués » – exprimées dans les mémorandums de la Commission, les résolutions du Parlement, les recommandations des comités des sages, etc. – sont susceptibles de provoquer l'embarras des gardiens de la Constitution. Mais plus fondamentalement, la dynamique de l'adhésion nous apprend que le dialogue constitutionnel peut également « déborder » sur la sphère juridique. Nous avons vu à cet égard qu'en plus d'exercer une formidable pression politique sur le constituant européen, la jurisprudence « *Matthews-Bosphorus* » de la Cour européenne des droits de l'homme conduit à une adhésion forcée de l'Union européenne qui n'est pas sans conséquences sur le plan juridique.

260. – Mis à mal par la jurisprudence strasbourgeoise, le monopole des gardiens de la Constitution apparaît radicalement compromis sous l'effet de la *dynamique de la Charte*. Les Etats membres et la Cour de justice sont ici dépassés de toutes parts par les actions des institutions et des juges européens. Tantôt élevée au rang de règle de conduite, tantôt conçue comme le reflet privilégié des valeurs européennes, la Charte accède à une juridicité relative en dépit de l'échec du traité constitutionnel. Mieux encore, son utilisation par les tribunaux nationaux laisse entrevoir un avenir qui dépasse largement le champ d'application strict – limité au domaine communautaire – défini par son article 51. On ne peut que souligner l'ironie et le paradoxe de la situation anglaise à cet égard. Longtemps réticents à l'idée de transposer la CSDH dans leur droit national, les autorités britanniques s'y sont finalement résolues, sans doute conscientes du fait que la Convention était en toute hypothèse déjà invoquée devant les tribunaux nationaux par le biais du droit communautaire³⁹⁹. La Charte, en revanche, n'a reçu l'imprimatur de la Grande-Bretagne qu'en raison de son champ d'application limité et de son caractère non contraignant. Un protocole annexé au traité de Lisbonne vise aujourd'hui à ménager un statut d'exception aux autorités britanniques. Ces « protections de papier » contre toute

³⁹⁸ Cette expression, popularisée par L. FISHER (*Constitutional Dialogues – Interpretation as a Political Process*, 1988) – mais déjà présente implicitement dans les travaux d'A. BICKEL (*The Least Dangerous Branch*, 1962) – à propos de la Cour suprême américaine, sera examinée plus longuement dans la troisième partie de cette recherche.

³⁹⁹ Sur cette question, cf. M. DEMETRIOU, « Using Human Rights through European Community Law », *E.H.R.L.R.*, 1999, p.484-495.

influence du nouveau « *Bill of Rights* » européen semblent dès lors ébranlée par l'attitude de certaines juridictions nationales, qui, en considérant que la Charte doit « informer » la lecture de la CSDH, font de celle-ci le « cheval de Troie » de celle-là. On ne peut qu'« admirer » ce bel exemple de « *judicial law-making* », qui voit les juges britanniques intégrer dans leur droit national deux textes dont le législateur ne voulait pas⁴⁰⁰.

261. – (ii) Si elles attestent d'une dilution progressive du « pouvoir constituant », les dynamiques de l'adhésion et de la Charte témoignent également d'une diversification du concept même de « juridicité ». Formellement ignorées par le constituant communautaire, régulièrement invoquées par les plaideurs, variablement utilisées par les acteurs européens, la CSDH et la Charte des droits fondamentaux ne jouissent à ce jour que d'une normativité – juridique – relative dans l'ordre communautaire.

262. – Si elle est régulièrement mentionnée dans les arrêts de la Cour de justice et du Tribunal de première instance, la Convention européenne des droits de l'homme n'en demeure pas moins – officiellement du moins – qu'une « source d'inspiration privilégiée » pour ces derniers. Les juges de Luxembourg ont d'ailleurs affirmé explicitement que ses dispositions « (...) ne font pas partie en tant que telles du droit communautaire »⁴⁰¹, un avocat général allant jusqu'à dire que la Cour de justice « (...) n'est pas liée, en ce sens qu'elle n'a pas à prendre systématiquement en compte, au titre des droits fondamentaux du droit communautaire, la teneur des interprétations de la Convention émanant [de la Cour de Strasbourg] »⁴⁰². L'utilisation de la présomption de protection équivalente par la CEDH dans l'arrêt *Bosphorus* illustre également la position ambiguë de la Convention à l'égard du droit communautaire. Applicable mais pas trop, contraignante mais en douceur, la CSDH jouit dans l'ordre communautaire d'une « normativité restreinte » qui remet en question les enseignements traditionnels du positivisme juridique.

263. – Il n'en va pas autrement de la Charte. Invoquée par des juridictions nationales, par les avocats généraux, par le TPI et par les institutions européennes, on ne saurait lui contester toute espèce de force contraignante. Patientant dans les limbes du traité de Lisbonne, on ne saurait pour autant la considérer partie intégrante du droit communautaire primaire. Forme de droit « assourdi »⁴⁰³, d'« infra-droit »⁴⁰⁴ ou de « para-légalité »⁴⁰⁵, la Charte échappe aux distinctions nettes qui fondent le système de règles de Hart et la structure pyramidale de Kelsen. Certes, cette position d'entre-deux n'est sans doute qu'un pis-aller provisoire dans l'attente d'une future – et très probable – intronisation officielle dans la « Constitution » européenne. On notera cependant que même le jour où la Charte jouira d'un statut constitutionnel formel, les « Explications » du Praesidium qui l'accompagnent demeureront, conformément à la volonté des Etats, à mi-chemin entre droit et non-droit⁴⁰⁶.

⁴⁰⁰ Sur les questions liées à la coordination de la Charte et de la CEDH devant les juridictions européennes, cf. K. LENAERTS, E. DE SMIJTER, « The Charter and the Role of the European Courts », *M.J.*, 2001, p.90-101.

⁴⁰¹ T-347/94 *Mayr-Melnhof c. Commission*, 14 mai 1998, *Rec.*, p.II-1751, pt 311 ; T-112/98 *MannesmannröhrenWerke AG*, 20 février 2001, *Rec.*, 2001, p.II_729, pt 59.

⁴⁰² AG DARMON, conclusions du 18 mai 1989, aff. 374/87 *Orkem c. Commission*, *Rec.*, 1989, p.3338, pt.140. Dans le même sens, cf. AG COLOMER, conclusions du 19 octobre 2000, C-274/99 P *Connolly c. Commission*, *Rec.*, 2001, p.I-1575, pt.12 : « Dans la mesure donc où le présent moyen vise à dénoncer l'adoption, par le Tribunal, d'une méthode distincte de celle qu'emploie la Cour de Strasbourg, il devrait être déclaré inopérant ».

⁴⁰³ Selon la traduction du terme de « soft law » par F. RIGAUX, « Le droit au singulier et au pluriel », *R.I.E.J.*, 1982, n°9, p.1-61.

⁴⁰⁴ Cf. A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique 1. Où va la sociologie du droit ?*, 1981, spéc. p.20-33, 323-387 et 429-438.

⁴⁰⁵ Cf. H. DUMONT, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge*, 1996, vol.1, p.37-66.

⁴⁰⁶ On distinguera ainsi, avec F. RIGAUX (*loc. cit.*, p.45), « (...) deux phénomènes distincts de normativité assourdie, susceptibles, par conséquent, tantôt de se conjuguer, tantôt de se rencontrer séparément ». Le premier tient au caractère non contraignant de l'instrument qui contient la règle (par exemple, une résolution de l'Assemblée générale des Nations unies). Le second est lié à la formulation – non normative – de la règle (par exemple, les pratiques de *benchmarking*). La « normativité douce » de la Charte tient assurément du premier phénomène tandis que le statut actuel des Explications relève à la fois du premier et du second phénomène.

264. – Ces observations trouvent un écho particulier dans les enseignements du pluralisme juridique, et en particulier dans la théorie tridimensionnelle de la validité⁴⁰⁷. Selon celle-ci, la validité d'une règle de droit se mesure à l'aune des trois critères – à la fois complémentaires et relatifs – que constituent la légalité, l'effectivité et la légitimité. Toute norme apparaît dès lors plus ou moins valide selon qu'elle satisfait plus ou moins bien à chacun de ces critères. Dans le prolongement de cette théorie, il apparaît que la *juridicité relative* de la Charte et de la CSDH dans l'ordre communautaire traduit en réalité leur incapacité à remplir de manière satisfaisante les critères de *validité* de cet ordre.

265. – Nul ne contestera d'abord qu'en l'absence d'un acte formel pris par le « constituant communautaire », la Convention et la Charte ne satisfont pas pleinement au critère de la *légalité*. Pour autant, il ne serait pas non plus exact de dénier à ces textes toute validité formelle dans l'ordre juridique communautaire. Lorsque la CJCE ou le TPI y voient le reflet des principes généraux du droit, la Convention et la Charte se trouvent intégrées à la « Constitution » européenne en toute « légalité ». De même, quand la CEDH applique la Convention aux Etats membre lorsqu'ils mettent en œuvre le droit communautaire, elle se limite à appliquer une règle de droit international formellement valide – l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités – dont sont convenus les Etats entre eux.

266. – La Charte et la CSDH ne sont pas davantage valides – ou invalides – au regard du critère d'*effectivité*. Il est vrai que la CSDH fait l'objet d'une application récurrente par les juridictions communautaires. Les – très rares – divergences de jurisprudence entre les Cours luxembourgeoises et strasbourgeoises⁴⁰⁸ et le nécessaire transit par la catégorie des principes généraux tendent toutefois à relativiser la prégnance de la Convention. Quant à la Charte, si certains organes juridictionnels se sont employés à lui « donner des dents », nul ne contestera qu'elle reste encore à bien des égards un « tigre de papier ».

267. – Enfin, il n'est pas jusqu'au critère de *légitimité* qui ne fait l'objet que d'un respect relatif. Certes, à première vue, les valeurs de liberté, d'égalité et de tolérance qu'ils incarnent confèrent à ces textes une légitimité sans pareil. On ne saurait cependant exclure qu'ils bousculent d'autres idéaux fondateurs de l'ordre juridique communautaire. A cet égard, il convient de souligner les menaces que représentent la CSDH et la Charte pour les valeurs de cohérence – en rendant plus probables les conflits de droits et de libertés – et de performance – en freinant le fonctionnement du grand marché – inhérentes à la construction européenne. La suite de notre recherche permettra de prendre toute la mesure des dérives qui accompagnent la prolifération et la sacralisation des droits de l'homme.

*
* *

268. – Nous commençons ce chapitre en affirmant que celui-ci constituait une double entrée en matière. En éclairant la genèse de notre objet d'étude – l'irruption des droits fondamentaux au sein du marché – et en illustrant un premier aspect du « flou du droit » – la séparation entre « pouvoir constituant » et « pouvoirs constitués » –, il entendait poser les premiers jalons de notre réflexion sur le plan du droit positif d'une part, et de la théorie du droit d'autre part. Au moment de le refermer, on ne peut s'empêcher de penser que ce chapitre démontre l'inévitable enchevêtrement des deux perspectives. Nos observations relatives à la dilution du « pouvoir constituant » et à la présence de formes atténuées de normativité ne revêtent pas qu'un intérêt théorique.

⁴⁰⁷ A ce sujet, cf. F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, 2002, p.307-381. Concernant ce phénomène de normativité douce, cf. aussi G. ZAGREBELSKY, *Le droit en douceur*, 2000 ; G. TIMSIT, *Les noms de la loi*, 1991. Pour une vue différente, cf. P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, 2005, spéc. p.80 et s.

⁴⁰⁸ Sur ces exemples illustres, cf. e.a. D. SPIELMANN, « Human Rights Case Law in the Strasbourg and Luxembourg Courts: Conflicts, Inconsistencies, and Complementarities », *loc. cit.*, p.757-780. Pour une vue différente, cf. O. DE SCHUTTER, « L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour de justice des Communautés européennes », *CRIDHO Working Paper 2005/07*, disponible sur <http://cridho.cpdur.ucl.ac.be/index.php?pageid=9>.

269. – Il nous semble d’une part qu’elles illustrent, chacune à leur manière, l’ambiguïté des rapports entre les droits de l’homme et l’intégration économique européenne. Elles rappellent en effet que la transformation de la « Constitution économique européenne » sous l’effet de la consécration des droits fondamentaux – et par conséquent, la transformation du projet européen lui-même – s’est très largement réalisée en marge de la volonté des Etats. En ce sens, elles peuvent sans doute contribuer à expliquer le malaise que traduisent certains développements de la jurisprudence communautaire à l’intersection des droits fondamentaux et du marché intérieur. Elles seront par conséquent mobilisées dans la deuxième partie de ce travail.

270. – Ces observations ne sont pas non plus sans intérêt pour les réflexions normatives que nous formulerons dans la troisième partie de notre recherche. Traduites en termes de consignes et de modèles à suivre pour le juge communautaire, elles invitent ce dernier à délaisser les cadres trop rigides du positivisme juridique et à faire droit à la réalité plus nuancée que nous venons de décrire. Il ne s’agira certes pas d’abolir les frontières entre droit et politique ou de jeter aux orties les principes fondamentaux de la séparation des pouvoirs. Prise au sérieux, l’hypothèse d’une dilution du « pouvoir constituant » enjoint toutefois au juge d’exploiter autant que faire se peut les vertus du « dialogue constitutionnel » et de prendre toute la mesure de l’« agir stratégique » déployé par ses interlocuteurs.

271. – Quant au phénomène de relativisation de la normativité, il amène le juge à prendre conscience de son propre rôle dans le processus dynamique de validation du droit, en tant qu’arbitre de sa légalité et moteur de son effectivité. La consécration jurisprudentielle des droits fondamentaux au rang des principes généraux du droit communautaire illustre à merveille le caractère dynamique de ce processus. Née de préoccupations liées à la *légitimité* du droit européen, cette jurisprudence conféra une grande *effectivité* au respect des droits de l’homme dans la Communauté. A son tour, cette effectivité finit par emporter une modification du traité, qui permit au respect des droits de l’homme de satisfaire au critère de *légalité*. L’on se gardera donc de sous-estimer l’influence du juge sur la validité des règles qu’il applique. Plus que jamais, la fonction prétorienne se trouve au centre de l’ordre juridique et au carrefour des différentes normativités qui le traversent. Rien d’étonnant, dès lors, à ce que la jurisprudence constitue le principal matériau de notre recherche.

Chapitre II. La dilution des ordres juridiques – intégration économique et droits fondamentaux dans un espace mondialisé

Introduction

« Les droits de l'homme sont désormais situés dans le contexte d'une globalisation économique qui se traduit par un prodigieux développement des échanges, sans que l'on sache encore très bien si ce moteur de transformation des sociétés nous rapproche des droits de l'homme en forçant les Etats à renoncer à une part de leur souveraineté, ou nous en éloigne en imposant ce qui ressemble davantage à la loi du plus fort qu'à l'avènement des droits de l'homme sur terre »⁴⁰⁹.

272. – Comme tout objet d'étude, les rapports entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire dévoilent des facettes fort différentes selon l'endroit duquel on les contemple. Si la perspective historique déployée dans le chapitre précédent nous a permis d'y observer un processus de dilution du « pouvoir constituant », le recul « géographique » que s'efforcent d'apporter les pages qui suivent nous donne à voir un tout autre paysage.

273. – Analysé depuis les hauteurs du droit comparé, notre objet d'étude semble perdre du relief. Les prises de vue instantanées d'autres ordres juridiques révèlent d'étonnantes similitudes, qui tendent à relativiser l'originalité de la situation communautaire. Les entités internationales telles que l'Organisation mondiale du commerce (ci-après, OMC) et les Etats fédéraux tels que les Etats-Unis, le Canada ou la Belgique conduisent tous, selon des modalités et à des degrés fort divers, à s'interroger sur les rapports entre le maintien – ou l'établissement – d'un espace économique sans frontières et les impératifs de protection des droits fondamentaux. Mais il y a plus. Non contents de poser les mêmes questions, ces ordres juridiques réservent tous à un organe juridictionnel le soin d'y répondre. On s'aperçoit ainsi que de nombreux juges de par le monde se penchent sur des problèmes et adoptent des raisonnements que l'on aurait naïvement pu croire réservés aux préteurs de Luxembourg.

274. – Par son mode de fonctionnement, le système communautaire lui-même renforce encore ce constat. En faisant des juridictions des Etats membres les « juges naturels » du droit européen, le principe de l'effet direct et le mécanisme du renvoi préjudiciel – renforcé par la théorie de l'« acte clair » – leur confient la tâche délicate d'identifier et de résoudre les situations où se mêlent – et parfois s'opposent – impératifs du marché intérieur et protection des droits fondamentaux. Soit qu'ils ne parviennent jamais à la connaissance de la Cour de justice, soit que celle-ci laisse aux juges nationaux le soin de les trancher, ces cas de figure font régulièrement l'objet d'une décision définitive au niveau des Etats membres.

275. – Notre analyse comparative des interactions entre libre circulation et droits fondamentaux est ainsi appelée à se déployer sur deux plans différents. Le premier, « horizontal », nous conduira à examiner la façon dont se nouent ces interactions dans des ordres juridiques *voisins* du système européen. Il s'agira d'étudier les différentes « traductions » que reçoit notre « équation de départ » dans les jurisprudences de juridictions formellement étrangères au droit communautaire. Le second, plus « vertical », nous amènera à nous pencher sur la manière dont les juridictions des *Etats membres* arbitrent les rapports entre la libre circulation communautaire d'une part, et la protection – européenne ou constitutionnelle – des droits de l'homme d'autre part. Faite de simples « coups de sonde », cette enquête au sein des jurisprudences nationales nous permettra d'évaluer la manière dont les « juges naturels du droit communautaire » articulent des dynamiques (libre circulation et droits de l'homme) et des ordres juridiques (européen et nationaux) aussi complémentaires que concurrents.

⁴⁰⁹ M. DELMAS-MARTY, « Commerce mondial et protection des droits de l'homme », in X, *Commerce mondial et protection des droits de l'homme*, 2001, p.1.

276. – Notre examen de droit comparé comportera dès lors un volet *externe*, consacré aux juridictions suprêmes d'ordres juridiques voisins du droit communautaire, et un volet *interne*, portant sur les jurisprudences des cours et tribunaux des Etats membres de l'Union européenne. Cette distinction entre comparaisons « externes » et « internes » nous est soufflée par W. van Gerven, selon lequel, « (...) the former refers traditionally to a comparison of legal systems existing in different countries [and] the latter refers to the comparison of legal orders existing within the same country (...) »⁴¹⁰. D'entrée de jeu, on notera que la jurisprudence des juridictions suprêmes de Belgique sera examinée tant dans le volet *externe* que dans le volet *interne* de notre recherche. Il n'y a pas à s'en étonner. Dans le premier cas, l'on se penchera sur la jurisprudence relative à l'union économique propre à l'ordre juridique belge. Dans le second, ce sont les décisions portant sur la libre circulation communautaire qui retiendront notre attention.

277. – Dans sa face interne comme externe, l'analyse comparative nous met en présence d'un nouveau phénomène de dilution des frontières. Cette fois-ci, ce sont moins les *étages* que les *parois* de la « pyramide du droit » qui s'effritent. L'égale difficulté à articuler intégration économique et droits fondamentaux rencontrée dans des ordres juridiques distincts du système communautaire (Etats-Unis, Canada, OMC,...) ou enchâssés dans celui-ci (Etats membres de l'UE) n'est pas sans évoquer l'idée – ou au moins la possibilité – d'une certaine forme de « mondialisation du droit ».

278. – Cette affirmation s'expose bien sûr à deux objections de taille. A l'endroit de l'approche comparative externe, on rappellera que les apparences sont souvent trompeuses et que des situations de prime abord identiques cachent parfois des réalités bien différentes. La « *Dormant Commerce Clause* » américaine n'est pas la libre circulation européenne, et la compétence de l'Etat fédéral canadien pour régler le commerce interprovincial ne correspond pas au pouvoir que détiennent les institutions communautaires en vertu de l'article 95 CE. A l'endroit de l'approche comparative interne, on soulignera la spécificité bien connue de la construction européenne qui, selon les points vue, se prête à une approche moniste ou dualiste. Et que l'on considère que la pyramide communautaire englobe les ordres nationaux ou qu'elle co-existe avec ceux-ci, c'est toujours d'absorption ou de cohabitation qu'il s'agit, et non d'entremêlement et d'hybridation.

279. – Si elles ne manquent pas de pertinence, ces objections procèdent toutefois d'une vision statique du paysage juridique. Or, seule une approche dynamique, qui fait droit aux phénomènes de convergence spontanée, de résistance, de coopération et de dialogue entre les ordres juridiques, permet de prendre la véritable mesure du processus de mondialisation du droit. Le succès quasi planétaire du principe de proportionnalité⁴¹¹, la validation de normes par « jeux de miroirs »⁴¹², et le développement du *ius cogens*⁴¹³ constituent autant d'indices de cette tendance générale à l'enchevêtrement et à l'hybridation des ordres juridiques, dans laquelle les juges ne jouent pas le moindre des rôles.

280. – Les objections relevées plus haut démontrent également l'intérêt de ce chapitre sur le plan plus statique du droit positif. En pointant les nombreuses formes que peuvent revêtir, selon les ordres juridiques, les interactions entre intégration économique et droits de l'homme, l'analyse comparative externe nous aidera à mieux cerner les particularités de la situation communautaire. Quant à l'approche interne, en nous plongeant dans les décisions des cours et tribunaux des Etats membres, elle aura l'intérêt d'offrir un – très – bref aperçu de la partie immergée de la jurisprudence communautaire sur le sujet.

281. – Les deux premières sections de ce chapitre seront consacrées à une étude statique des rapports entre intégration économique et droits fondamentaux dans les décisions des juridictions suprêmes de divers ordres juridiques. L'OMC, les Etats-Unis, le Canada et la Belgique constitueront nos champs

⁴¹⁰ W. VAN GERVEN, « Comparative Law in a texture of Communitarization of national law and Europeanization of Community law », in D. O'KEEFE (ed.), *Liber Amicorum in honour of Lord Slynn of Hadley, Judicial Review in European Union Law*, 2000, p. 436.

⁴¹¹ Cf. *infra*, n°524-554.

⁴¹² Cf. *infra*, n°510-520.

⁴¹³ Cf. *infra*, n°493-500.

d'analyse comparative *externe* (Section I). On remarquera d'emblée que ceux-ci présentent des niveaux d'intégration très distincts et peuvent de ce fait être classés en deux groupes. Alors que l'OMC figure au nombre des organisations internationales composées d'Etats souverains et pourvues d'un organe juridictionnel indépendant, les Etats-Unis, le Canada et la Belgique constituent des Etats fédéraux à part entière, dotés d'un pouvoir central relativement fort. Radicalement différentes dans leur structure mais néanmoins unies par des préoccupations communes, ces deux catégories incarnent en quelque sorte les pôles entre lesquels se situe l'Union européenne. Leur analyse nous permettra donc de cerner au plus près la situation communautaire.

282. – Dans sa face *interne*, notre étude comparative se nourrira de quelques décisions rendues par les juridictions des Etats membres (Section II). Plutôt que de nous limiter à la jurisprudence des cours suprêmes ou à celle de certains ordres nationaux en particulier, nous nous pencherons – sans aucune prétention à l'exhaustivité ou à la représentativité – sur les jugements et arrêts qui nous paraissent le mieux illustrer l'un ou l'autre aspect des rapports entre libre circulation et droits fondamentaux dans le « *multilevel order* » que constitue l'Union européenne.

283. – Afin d'en tirer le plus grand profit, nous procéderons à cette étude comparative en utilisant la même grille d'analyse que celle qui nous servira à détailler la jurisprudence de la Cour de justice dans la deuxième partie de cette recherche. Au sein de ces deux premières sections, nous explorerons d'abord les cas de figure dans lesquels les exigences relatives à la protection des droits fondamentaux *s'opposent* aux nécessités liées à l'établissement ou au maintien d'un espace économique intégré (A). Invoqués par des particuliers ou par des acteurs publics (entités fédérées ou Etats membres), tantôt les droits de l'homme freinent le processus de dérégulation – ou d'intégration « négative » – au nom de la diversité ou de la solidarité, tantôt ils contrecarrent le processus de « re-régulation » – ou d'intégration « positive » – au nom de la liberté. Dans un second temps, nous tâcherons d'identifier les lieux d'*alliance* entre intégration économique et droits fondamentaux (B). Invoqués à des fins institutionnelles, économiques ou « citoyennes », marché et droits de l'homme se coalisent régulièrement en faveur d'une plus grande intégration des ordres juridiques.

284. – Les enseignements glanés tout au long de ce survol comparatif seront récapitulés dans une conclusion intermédiaire. Gageons que la prise de recul « géographique » opérée dans les deux premières sections de ce chapitre nous permettra d'affiner notre perception des interactions entre libre circulation et droits fondamentaux. Il s'agira ainsi de « faire le point » sur nos intuitions et de rassembler nos observations avant de se plonger dans les méandres de la jurisprudence communautaire.

285. – Avant toutefois de procéder à cette analyse jurisprudentielle approfondie, l'on achèvera notre parcours de droit comparé dans une perspective plus dynamique (Section 3). Poursuivant l'examen des rapports entre intégration économique et droits de l'homme, la troisième section de ce chapitre s'attachera à mettre en lumière une série de phénomènes qui, du dialogue des juges à la migration des principes et des modes d'adjudication, remettent en question les frontières traditionnelles de nos ordres juridiques en signalant leur convergence progressive. Par leur dimension abstraite et universalisable, le marché et les droits de l'homme pourraient en effet bien devenir les premiers vecteurs d'une certaine mondialisation du droit.

286. – Avant de se lancer dans ce chapitre, on voudrait encore en souligner – et en justifier – le caractère doublement incomplet. D'une part, nous n'avons bien évidemment pas l'ambition de décrire, fût-ce à gros traits, le fonctionnement et la structure de tous les ordres juridiques mentionnés plus haut. Les limites aussi bien que l'objet de la présente étude nous incitent à privilégier la multitude des arrêts sur image à l'analyse approfondie d'un ou deux systèmes. Ce prix à payer pour une vue panoramique sera, nous l'espérons, partiellement compensé par les articles et ouvrages référencés en notes de bas de page, qui pourront servir de zoom au lecteur désireux d'en savoir davantage. D'autre part, on conviendra qu'aussi large soit-il, notre tour d'horizon demeure largement partiel et partial : l'Allemagne, la Suisse, l'Australie ou encore l'Accord américain et l'Association européenne de libre-échange (l'ALENA et l'AELE) auraient sans aucun doute constitué d'intéressants domaines

d'investigation. C'est avec l'espoir d'y revenir un jour que nous laisserons de côté ces champs en friche.

Section 1. Comparaisons externes – droits fondamentaux et intégration économique dans des jurisprudences voisines

287. – Quel que soit le prétoire où ils se rencontrent, les impératifs de l'intégration économique et les exigences relatives à la protection des droits fondamentaux partagent des relations ambiguës. Ces rapports sont tantôt conflictuels, traduisant dans le langage juridique l'opposition éternelle entre valeurs marchandes et non-marchandes (A), tantôt amicaux, figurant des alliances ponctuelles entre des dynamiques plus complémentaires qu'il n'y paraît de prime abord (B).

A. Conflits

« (...) la fameuse distinction de Kant entre la dignité et le prix aurait pu donner le fil conducteur : 'Dans le règne des fins, tout a un PRIX ou une DIGNITÉ. Ce qui a un prix peut être aussi bien remplacé par quelque chose d'autre, à titre d'équivalent, au contraire, ce qui est supérieur à tout prix, et par suite n'admet pas d'équivalent, c'est ce qui a une dignité'. La hiérarchie est claire : en cas de conflit, les droits de l'homme (sans équivalent) devraient l'emporter sur les valeurs marchandes »⁴¹⁴.

« En confiant la défense des quatre libertés économiques aux instances régionales et mondiales, dont la protection juridique se situe en haut de la hiérarchie des normes, et en laissant les protections (celles de valeurs non marchandes) dans la sphère des Etats nations, le système a provoqué de façon mécanique un renversement de la hiérarchie des valeurs. Il plane en effet un doute permanent sur les mesures nationales : conçues pour défendre les droits de l'homme, les droits sociaux, l'environnement ou la santé publique, elles sont toujours soupçonnées, souvent avec quelques fondements, d'arrière-pensées protectionnistes et déclarées incompatibles »⁴¹⁵.

288. – Cette première sous-section s'attache à décrire les formes sous lesquelles se présentent, dans les jurisprudences des Cours suprêmes américaine (§1) et canadienne (§2), de la Cour constitutionnelle belge⁴¹⁶ (§3) et des juridictions de l'OMC (§4), les oppositions entre les exigences liées au respect des droits fondamentaux et les impératifs dictés par l'établissement ou le maintien d'un espace économique intégré. Nous verrons que, par-delà les différences liées à la spécificité de chaque ordre juridique, ces situations de conflit peuvent être réparties en deux catégories distinctes. La première regroupe les cas de figure dans lesquels un particulier – personne physique ou morale – invoque la violation d'un droit fondamental à l'encontre d'une mesure prise par le pouvoir *central*⁴¹⁷ visant à renforcer l'espace économique intégré. Dans ces situations assez fréquentes, les droits de l'homme servent de normes de référence à l'aune desquelles est évaluée la validité de la norme centrale – législative ou réglementaire. La seconde catégorie renferme quant à elle une espèce plus rare de conflits, dans laquelle les exigences liées à l'intégration économique sont brandies à l'encontre d'une

⁴¹⁴ M. DELMAS-MARTY, « Globalisation économique et universalisme des droits de l'homme », *7e Conférence Albert-Mayrand*, 2004, p.8.

⁴¹⁵ M-A. HERMITTE, « L'illicite dans le commerce international de marchandises », in P. KAHN, C. KESSEDIAN (dir.), *L'illicite dans le commerce mondial*, 1996, p.163.

⁴¹⁶ Avant le 7 mai 2007, la Cour constitutionnelle de Belgique était dénommée « Cour d'arbitrage ». Des facilités d'écriture nous ont poussé à troquer systématiquement cette ancienne dénomination contre la nouvelle, même lorsque l'on décrit des arrêts rendus avant le 7 mai 2007. Les références à ces arrêts mentionnent toutefois encore la « C.A. », acronyme bien connu de la Cour d'arbitrage.

⁴¹⁷ Dans ce chapitre, les termes « central » et « local » seront utilisés pour désigner, de la manière la plus neutre et la plus vague possible, les deux niveaux de pouvoir autour desquels s'articule le fonctionnement des ordres juridiques étudiés. Ils s'appliquent aussi bien aux relations entre l'OMC et ses Etats parties qu'à celles qui unissent les Etats fédéraux et leurs collectivités fédérées ou l'Union européenne et ses Etats membres.

mesure *locale* de protection d'un droit fondamental. Les rôles sont ici inversés : si le conflit oppose toujours droits de l'homme et marché unique, la protection « positive » s'attache cette fois aux premiers, tandis que le second postule au contraire la passivité des autorités.

289. – Bien entendu, ces deux formes d'opposition ne se retrouvent pas dans tous les ordres juridiques que nous passerons en revue. On conviendra en outre que là où elles se laissent observer, il s'en faut de beaucoup qu'elles revêtent une importance égale et des formes identiques. Il n'en demeure pas moins que ces rapides coup d'œil « chez le voisin » nous permettront de mieux cerner ces situations de conflits telles qu'elles se posent dans le cadre communautaire.

§1^{er}. La Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique

a) L'intégration économique positive face au respect des droits fondamentaux

290. – La « *Commerce Clause* », qui figure à l'article 1, section 8, alinéa 3 de la Constitution américaine, confère au législateur fédéral le pouvoir de réglementer le commerce interétatique⁴¹⁸. Longtemps interprétée de manière extensive par la Cour suprême, elle constitue encore aujourd'hui un chef de compétence particulièrement précieux pour le Congrès qui, à l'instar du législateur communautaire, ne dispose que de pouvoirs d'attribution⁴¹⁹. Alors que la compétence des autorités fédérales en matière d'intégration économique positive était affirmée sans ambages dans la Constitution de 1787, le *Bill of Rights* appelé à limiter cette compétence apparut quatre années plus tard dans l'ordre juridique américain, sous la forme des dix premiers Amendements. Dès la fin du XVIII^{ème} siècle donc, droits fondamentaux et intégration économique étaient prêts à s'opposer sur le terrain du droit constitutionnel américain. Ne manquait que l'arbitre, qui se fit connaître en 1803. Dans son très célèbre arrêt *Marbury v. Madison*⁴²⁰, la Cour suprême conféra aux juges fédéraux – et donc, en dernier recours, à elle-même – le pouvoir de contrôler la constitutionnalité des actes du Congrès.

291. – Il fallut toutefois attendre un siècle et la fameuse « ère Lochner » pour que cette prise de pouvoir très controversée se concrétise de manière éclatante dans le domaine des droits fondamentaux⁴²¹. Durant cette période, qui s'étend de 1897 à 1937 et constitue l'heure de gloire de l'activisme judiciaire ultra-libéral, la Cour suprême invalida plus d'une centaine de mesures étatiques ou fédérales à caractère social, destinées à compenser les inégalités produites par la loi du marché. S'appuyant sur des raisonnements empreints de droit naturel, la Cour considéra que ces mesures violaient le principe de la liberté contractuelle et le droit de propriété consacrés par la « *Substantive Due Process Clause* » des cinquième et quatorzième Amendements⁴²². Dans l'arrêt *Adair v. United States*⁴²³ du 27 janvier 1908, la Cour fut ainsi amenée à examiner la constitutionnalité d'un acte du Congrès qui interdisait – sous peine de sanctions pénales – aux entreprises de transport engagées dans le commerce interétatique de renvoyer leurs employés aux motifs qu'ils étaient affiliés à un syndicat.

⁴¹⁸ Pour des descriptions récentes de la *Commerce Clause* et son histoire, cf. T. GLIOZZO, *L'état fédéré américain*, 2004, p.561-586 ; R. SCHAPIRO, W. BUZBEE, « Unidimensional Federalism: Power and Perspective in Commerce Clause Adjudication », *Cornell L.R.*, 2002-2003, vol.88, p.1198-1277.

⁴¹⁹ Cf. le X^{ème} Amendement de la Constitution américaine, adopté dès 1791. L'importance de la *Commerce Clause* dans le système fédéral américain a amené certains à considérer celle-ci comme « (...) not so much a part of the Constitution as the parent of it – the nucleus and germinal cell out of which all the remainder of the instrument has sprung » (J. DICKINSON, 1938, cité par K. LENAERTS, « Two hundred years of U.S. Constitution and thirty years of EEC Treaty. Outlook for a comparison », in K. LENAERTS (ed.), *Two hundred years of U.S. Constitution and thirty years of EEC Treaty*, 1988, p.11).

⁴²⁰ 5 U.S. 137 (1803).

⁴²¹ Sur les liens entre l'ère Lochner et le contrôle du respect des droits fondamentaux, cf. D. BERNSTEIN, « Lochner Era Revisionism, Revised : Lochner and the Origins of Fundamental Rights Constitutionalism », *Geo. L.J.*, 2003, vol.92, n°1, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=395620>.

⁴²² Ces amendements disposent que les autorités – fédérales pour le cinquième, fédérées pour le quatorzième – ne peuvent « deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law ». De cette phrase fut inférée une sorte de droit fondamental à l'autonomie (« *Substantive Due Process Clause* ») qui, s'il n'est plus utilisé aujourd'hui pour invalider des mesures sociales destinées à encadrer le marché, n'en continue pas moins à être invoqué avec succès dans d'autres domaines. On rappellera que le quatorzième Amendement fut adopté en 1868, au lendemain de la Guerre de Sécession.

⁴²³ 208 U.S. 61.

Estimant que le pouvoir du Congrès de réglementer le commerce interétatique ne pouvait être exercé en violation d'un droit fondamental inscrit dans la Constitution, la Cour conclut à l'invalidité de la mesure contestée au motif qu'elle constituait « une invasion de la liberté personnelle et du droit de propriété tels que garantis par le cinquième Amendement ».

292. – Si l'ère *Lochner* est aujourd'hui largement révolue et si la « *Substantive Due Process Clause* » ne semble plus en mesure d'invalidier les législations sociales, les mesures fédérales d'intégration économique positive n'en demeurent pas moins soumises au respect des droits fondamentaux sous l'œil vigilant de la Cour suprême. Dans un arrêt du 27 juin 1994, le juge Kennedy s'exprimant au nom de la majorité considéra ainsi qu'une loi obligeant les opérateurs de télévision par câble à réserver une partie de leurs canaux à des chaînes privées (locales) ou publiques émettant par ondes – dont la survie économique était menacée par la concurrence du câble – constituait une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression consacrée dans le premier Amendement⁴²⁴.

b) La protection des droits fondamentaux face à l'intégration économique négative

293. – De la « *Commerce Clause* » conférant au Congrès une compétence exclusive pour réglementer le commerce interétatique, la Cour suprême eut tôt fait d'inférer un devoir d'abstention de la part des Etats fédérés⁴²⁵. Au nom de la « *Negative* » ou « *Dormant* » *Commerce Clause*, il fut fait défense à ceux-ci d'adopter toute mesure ayant pour effet de gêner indûment le commerce interétatique. Cette construction jurisprudentielle se revendiquait de l'esprit même du système fédéral américain :

« Our system, fostered by the Commerce Clause, is that every craftsman shall be encouraged to produce by the certainty that he will have free access to every market in the Nation. (...) Likewise, every consumer may look to the free competition from every producing area in the Nation to protect him from exploitation by any. Such was the vision of the Founders; such has been the doctrine of this Court which has given it reality. »⁴²⁶.

294. – Si la « *Dormant Commerce Clause* » (ci-après, DCC) continue aujourd'hui encore d'assurer l'intégration économique négative aux Etats-Unis, son application en deux temps n'en demeure pas moins malaisée et laisse aux juges une marge d'appréciation importante⁴²⁷. Alors que les mesures discriminatoires⁴²⁸ prises en faveur de l'économie locale échappent très difficilement à sa censure – sauf à prouver, de manière très convaincante, qu'elles constituent l'unique moyen de préserver un intérêt légitime –, les mesures non discriminatoires, qui se limitent à « peser sur » (« *burden* ») le commerce interétatique, sont généralement considérées comme valides, pour autant que la charge qu'elles imposent à l'échelle globale ne dépasse pas le bénéfice qu'elles génèrent au niveau local⁴²⁹. On notera en outre que la DCC s'oppose aux mesures purement extraterritoriales⁴³⁰ et à celles dont l'objet appelle, par nature, une réglementation uniforme⁴³¹.

295. – Malgré l'importance qu'elle revêt dans l'ordre juridique américain, la protection des « *civil liberties* » et des « *constitutional rights* » n'a jamais – à notre connaissance – été explicitement invoquée par un Etat devant la Cour suprême pour justifier une entorse à la DCC. S'il est

⁴²⁴ *Turner Broadcasting System Inc v Federal Communication Commission*, 512 U.S. 622 (1994). Cf. également *United States v Edge Broadcasting Co*, 509 U.S. 418 (1993).

⁴²⁵ *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1,196 (1824).

⁴²⁶ *H.P. Hood & Sons, Inc v. Du Mond*, 336 U.S. 525, 539. Certains juges de la Cour suprême, parmi lesquels le juge Scalia, continuent de s'opposer à la reconnaissance d'une *Dormant Commerce Clause* dans l'ordre constitutionnel américain : cf. son opinion dissidente dans *United Haulers Association v. Oneida-Herkimer Solid Waste Management Authority*, 550 US _ (2007).

⁴²⁷ Avant d'aboutir à sa forme actuelle, la « *Dormant Commerce Clause* » a connu une très longue évolution. Pour un compte-rendu détaillé de celle-ci, cf. K. LENAERTS, *Le juge et la Constitution aux Etats-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, 1988, p.126-176.

⁴²⁸ Peu importe à cet égard que la discrimination soit explicite, qu'elle réside dans l'objectif de la mesure attaquée, ou qu'elle résulte des effets de celle-ci.

⁴²⁹ Cf. e.a. *Loren J. Pike v. Bruce Church, Inc.*, 397 U.S. (1970).

⁴³⁰ Cf. e.a. *Healy v. The Beer Inst.*, 491 U.S.324 (1989).

⁴³¹ Cf.e.a. *Bibb v. Navajo Freight Lines, Inc.*, 359 U.S. 520 (1959).

surprenant⁴³², ce constat ne doit toutefois pas nous induire en erreur. Les contentieux récents, liés à l'approvisionnement en boissons alcoolisées – compétence étatique en vertu du 21^{ème} Amendement – et à la pédophilie sur Internet – compromettant les droits de l'enfant –, nous montrent que les mesures entravant le commerce interétatique procèdent parfois soit d'une prérogative constitutionnelle, soit du souci de protéger un droit fondamental. Mais ces exemples soulignent aussi l'extraordinaire corrosivité de la DCC, que ni les droits de l'homme, ni les droits (constitutionnels) des Etats ne semblent en mesure de freiner. Arrêtons-nous-y quelques instants.

296. – Depuis l'adoption du 21^{ème} Amendement et la fin de la Prohibition, les Etats sont compétents pour réglementer la vente de boissons alcoolisées. Justifiée par le souci d'encourager la tempérance, de maintenir l'ordre public et de préserver l'intérêt des mineurs, cette compétence étatique fit longtemps l'objet d'une interprétation large, ayant pour effet de soustraire aux foudres de la DCC toutes les mesures relatives au transport, à la taxation et à la commercialisation des bières, vins et liqueurs⁴³³. Les années quatre-vingt furent l'occasion d'un revirement de jurisprudence. Les réglementations qui, sous le couvert du 21^{ème} Amendement, cherchaient à favoriser la production locale, commencèrent à être jugées contraires au commerce interétatique⁴³⁴.

297. – Ce retour en force de la DCC s'est vu récemment confirmer dans des contentieux liés aux transactions par Internet. Dans la mesure où elles interdisaient l'approvisionnement direct (« *direct shipment* ») des consommateurs auprès des producteurs étrangers, de nombreuses réglementations étatiques s'opposaient à la commande de vin *on line* à des vignerons établis dans un autre Etat. Ces législations sont désormais implacablement invalidées par les juridictions fédérales au nom de la DCC dans des décisions qui, quoiqu'elles s'en défendent, consacrent la « victoire » d'un principe jurisprudentiel sur une disposition expresse de la Constitution⁴³⁵. Comme le note un commentateur, « (...) state laws will be given little, if any, greater deference because of the Twenty-first Amendment than state laws impacting interstate commerce that have no independent constitutional protection »⁴³⁶.

298. – Si les Etats ne jouissent plus d'un blanc-seing dans l'exercice de leurs prérogatives constitutionnelles, on peut penser qu'ils n'en disposent pas davantage lorsqu'ils entendent protéger un droit fondamental. Un certain nombre de décisions rendues récemment pas des juridictions fédérales témoignent de l'emprise de la DCC sur les mesures étatiques non discriminatoires qui poursuivent un tel objectif. Ces affaires concernaient toutes des réglementations destinées à protéger les enfants contre les sollicitations à caractère sexuel sur Internet. En incriminant la mise à disposition *on line* de messages sexuels nuisibles aux mineurs, ces mesures cherchaient à préserver les droits des enfants⁴³⁷. Elles furent néanmoins jugées contraires à la DCC au triple motif qu'elles entraînaient un coût démesuré pour le commerce interétatique, qu'elles avaient une portée extraterritoriale incontestable, et que seule une législation fédérale était en mesure de réguler de manière cohérente le comportement des utilisateurs d'Internet⁴³⁸.

⁴³² Et il l'est d'autant plus que le phénomène du « *new judicial federalism* », très en vogue à l'heure actuelle aux Etats-Unis, tend à redonner de l'importance aux Constitutions des Etats fédérés et aux droits qu'elles consacrent. Sur le « *new judicial federalism* », cf. *infra*, n°538.

⁴³³ Cf. e.a. *Ziffrin, Inc. V. Reeves*, 308 U.S. 132, 138 (1939) : « the Twenty-First Amendment sanctions the right of a State to legislate concerning intoxicating liquors brought from without, unfettered by the Commerce Clause ».

⁴³⁴ Cf. e.a. *Bacchus Imports, Ltd. V. Dias*, 468 U.S. 263 (1984).

⁴³⁵ Cf. e.a. *Granholm v. Heald*, 544 U.S.(2005).

⁴³⁶ D.B. DOUGLASS, « Constitutional Crossroads : Reconciling the Twenty-First Amendment and the Commerce Clause To Evaluate State Regulation of Interstate Commerce in Alcoholic Beverages », *Duke L.J.*, 1999-2000, vol.49, p.1647. Sur les « *direct shipment cases* », cf. également J.W. GARLOUGH, « Weighing in on the Wine Wars : What the European Union Can Teach Us About the Direct Shipment Controversy », *Wm&Mary L. Rev.*, 2004-2005, vol.46, p.1533-1568.

⁴³⁷ On pense notamment au devoir de protection des enfants qui incombe aux Etats en vertu des articles 19, 34 et 36 de la Convention internationale des droits de l'enfant. On notera toutefois que si les Etats-Unis ont signé cette Convention, ils sont les derniers – avec la Somalie – à ne pas l'avoir encore ratifiée.

⁴³⁸ Sur ces décisions, cf. C. PANN, « The *Dormant Commerce Clause* and State Regulation of the Internet : Are Laws Protecting Minors From Sexual Predators Constitutionally Different From those Protecting Minors From Sexually Explicit Materials ? », *Duke L&T Review*, 2005, n°8, disponible sur www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/2005dltr0008.html ; J. GOLDSMITH, A. SYKES, « The Internet and the *Dormant Commerce Clause* », *Chicago Working Paper n°105*, disponible sur

299. – Si l'on se gardera bien de tirer des conclusions hâtives de ces quelques observations, on remarquera toutefois que ni les Etats – dans la formulation de leur défense – ni les juges – dans leurs décisions – ne semblent accorder d'importance au fait que l'intérêt légitime poursuivi par une mesure se rattache au devoir de protection d'un droit de l'homme ou à une prérogative constitutionnelle. Aucune marge d'appréciation n'est accordée, qui empêcherait le juge de procéder à une pondération minutieuse des intérêts en cause. Ce constat laisse songeur. Derrière ces observations empiriques, en singulier contraste avec l'évolution actuelle de la jurisprudence de la CJCE, semblent se cacher des différences insoupçonnées entre les systèmes américain et communautaire.

§2. La Cour suprême canadienne

a) L'intégration économique positive face au respect des droits fondamentaux

300. – Pour différentes raisons, notamment liées au passé colonial du Canada et à l'absence de tout *Bill of Rights* dans la loi constitutionnelle de 1867⁴³⁹, la Cour suprême canadienne s'est longtemps montrée peu encline à évaluer la conformité des normes fédérales et provinciales au regard des droits fondamentaux. Et si l'entrée en vigueur, le 17 avril 1982, d'une nouvelle loi constitutionnelle dotée d'une « Charte des droits et libertés » a largement modifié la donne, les exemples de conflits entre droits de l'homme et intégration économique positive n'en demeurent pas moins particulièrement rares dans la jurisprudence de la plus haute cour du pays.

301. – On peut à première vue s'en étonner eu égard à la section 91(2) de la loi constitutionnelle de 1867, qui, en des termes plus larges que la « *Commerce Clause* » américaine, donne compétence au pouvoir fédéral pour réglementer le trafic et le commerce. On notera toutefois que la Cour suprême canadienne – et avant elle, le *Privy Council* – a donné une interprétation nettement plus restrictive de ce chef de compétence que son homologue américaine⁴⁴⁰. Cet état de fait nous autorise à formuler une double hypothèse susceptible d'expliquer la quasi-absence de conflits entre droits fondamentaux et intégration économique positive dans la jurisprudence de la Cour suprême. D'une part, on peut penser que celle-ci, soucieuse d'éviter les dérives américaines de l'ère *Lochner*⁴⁴¹, a préféré évaluer la constitutionnalité de la législation commerciale fédérale sous l'angle de la répartition de compétence plutôt que sous celui des droits de l'homme. On remarquera du reste que ces deux perspectives semblent étroitement liées dès lors que la violation d'un droit fondamental par une norme conduit automatiquement à déclarer celle-ci « *ultra vires* ». D'autre part, il semble peu douteux que la portée limitée donnée par les cours et tribunaux à la section 91(2) a poussé le législateur fédéral à privilégier d'autres fondements constitutionnels à son action⁴⁴².

302. – Il n'en résulte cependant pas une absence totale de conflits. On notera ainsi notamment qu'après avoir estimé que la « loi relative aux enquêtes sur les coalitions » – aujourd'hui remplacée par la « loi sur la concurrence » – avait été valablement adoptée par l'autorité fédérale en vertu de la

www.law.edu/Publications/Working/index.html ; X, « The *Dormant Commerce Clause* and the Internet – *American Booksellers Foundation v. Dean* », *Harvard J. L&T*, 2003, vol.17, p.296-306.

⁴³⁹ Sur ces raisons, cf. D. SOBERMAN, « The Canadian Federal Experience - Selected Issues », in M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE, J. WEILER (eds.), *Integration through Law - Europe and the American Federal Experience*, 1985, spéc. p.553-572.

⁴⁴⁰ Cf. G. TAYLOR, « The Commerce Clause – Commonwealth Comparisons », *Boston College Int & Comp L.R.*, 2001, vol.24, p.235-251.

⁴⁴¹ Cf. S. CHOUDHRY, « The *Lochner* Era and Comparative Constitutionalism », *I.J.Const.L.*, 2004, vol.2, p.1-55, spéc. p.27-48.

⁴⁴² On notera qu'à l'inverse des Etats-Unis, l'ordre juridique canadien réserve les compétences résiduelles au pouvoir central et non aux collectivités fédérées. L'union économique et les compétences fédérales en matière d'intégration économique semblent toutefois revenir au goût du jour dans la jurisprudence de la Cour suprême : cf. J. LECLAIR, « The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity », in J-F. GAUDREAU-DESBIENS, F. GELINAS (dir.), *Le fédéralisme dans tous ses états – Gouvernance, identité et méthodologie*, 2005, p.383-414 ; P. MONAHAN, *Constitutional Law*, 2nd ed., 2002, p.303-310.

section 91(2)⁴⁴³, la Cour suprême n'hésita pas à conclure à la violation d'un droit fondamental par l'une de ses dispositions⁴⁴⁴. En prévoyant qu'une personne suspectée de publicité trompeuse (même non intentionnelle) – acte passible d'emprisonnement – ne pouvait se disculper qu'à la double condition de prouver sa diligence et d'opérer une rétractation sans délai, la disposition querellée fut jugée non conforme au « principe de justice fondamentale » contenu dans l'article 7 de la Charte des droits et libertés⁴⁴⁵.

b) La protection des droits fondamentaux face à l'intégration économique négative

303. – A notre connaissance, la Cour suprême canadienne n'a jamais eu à connaître d'un conflit entre intégration économique négative et protection – positive – des droits fondamentaux. Il est vrai que le modèle fédéral mis en place par la loi constitutionnelle de 1867 se prête assez mal à ce type d'oppositions. L'accent y est placé sur la répartition des compétences et sur l'union politique bien plus que sur les libertés de circulation et sur l'établissement d'un marché unique. Et si l'article 121 impose l'élimination des frontières entre les provinces⁴⁴⁶, l'interprétation qui en est donnée par les cours et tribunaux l'a rapidement réduit à sa plus simple expression⁴⁴⁷. L'interdiction qu'il énonce se limite ainsi aux seuls droits de douane et charges d'effet équivalent qui pèsent sur la circulation interprovinciale des marchandises. Les personnes, services et capitaux sont exclus de ce principe général d'abstention qui, par ailleurs, tolère les restrictions quantitatives à l'importation ou à l'exportation⁴⁴⁸.

304. – La proclamation de la liberté de circulation et d'établissement à l'article 6 de la Charte des droits et libertés de 1982 n'a que partiellement comblé ce vide⁴⁴⁹. Certes, cette « subjectivation » de l'intégration économique négative a eu pour effet de renforcer la circulation des personnes, ou à tout le moins d'en consacrer le principe⁴⁵⁰. Elle n'a en revanche pas permis de grandes avancées dans les domaines adjacents des biens, des services et des capitaux⁴⁵¹. En outre, on ne perdra pas de vue les très larges restrictions auxquelles la Charte soumet ce « droit fondamental au déplacement ».

⁴⁴³ *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing* [1989] 1 R.C.S. 641.

⁴⁴⁴ *The Wholesale Travel Group Inc. c. Sa Majesté la Reine* [1991] 3 R.C.S. 154.

⁴⁴⁵ Pour un constat de non-violation relatif à la même loi, cf. *Thompson Newspaper Ltd c. Canada*, [1990] 1 R.C.S. 425.

⁴⁴⁶ « Tous articles du crû, de la provenance ou manufacture d'aucune des provinces seront, à dater de l'union, admis en franchise dans chacune des autres provinces. »

⁴⁴⁷ Cf. e.a. *Atlantic Smoke Shops Ltd. c. Conlon*, [1943] A.C. 550.

⁴⁴⁸ Certains juges ont toutefois proposé, sans succès, une lecture plus large de l'article 121. Sur ces initiatives isolées, cf. E. BINAVINCE, « The Impact of the Mobility Rights: The Canadian Economic Union – A Boom or a Bust ? », *Ottawa L.R.*, vol.14, 1982, p.352-354.

⁴⁴⁹ « 1) Tout citoyen canadien a le droit de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir.

(2) Tout citoyen canadien et toute personne ayant le statut de résident permanent au Canada ont le droit :

a) de se déplacer dans tout le pays et d'établir leur résidence dans toute province ;

b) de gagner leur vie dans toute province.

(3) Les droits mentionnés au paragraphe (2) sont subordonnés :

a) aux lois et usages d'application générale en vigueur dans une province donnée, s'ils n'établissent entre les personnes aucune distinction fondée principalement sur la province de résidence antérieure ou actuelle ;

b) aux lois prévoyant de justes conditions de résidence en vue de l'obtention des services sociaux publics.

(4) Les paragraphes (2) et (3) n'ont pas pour objet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer, dans une province, la situation d'individus défavorisés socialement ou économiquement, si le taux d'emploi dans la province est inférieur à la moyenne nationale. »

Sur cet article, cf. e.a. P. BLACHE, « Les libertés de circulation et d'établissement », in G. BEAUDOIN, E. MENDES (eds), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 3rd ed., 1996, chap.8.

⁴⁵⁰ Cf. e.a. *Black v. Law Society of Alberta* [1989] 1 R.C.S. 591.

⁴⁵¹ Cf. P. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 4th ed., 1997, p.1056-1060; T. LEE, M. TREBILCOCK, « Economic Mobility and Constitutional Reform », *U.Tor.L.J.*, vol.37, 1987, p.290. Cf. aussi *Office canadien de commercialisation des oeufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157, 159: « Dans le contexte d'une économie caractérisée par des moyens de communication modernes et des types de biens et de services qui peuvent facilement être transportés sur une longue distance, il faut reconnaître que ce qui caractérise la liberté de circulation et d'établissement requise à l'article 6 n'est pas le déplacement physique vers une autre province, mais plutôt toute tentative de créer de la richesse dans une autre province, que ce soit par la production, la commercialisation ou l'accomplissement de quelque chose ».

305. – Que l’on ne se méprenne pas sur la portée de ces observations. Les contentieux relatifs à la validité d’une mesure provinciale attentatoire à l’union économique ne sont bien évidemment pas étrangers aux juridictions canadiennes. Cependant, au lieu de se résoudre par une pondération d’intérêts plus ou moins hiérarchisée – qui opposerait, par exemple, droits fondamentaux et libre-échange –, ces affaires trouvent leur dénouement dans l’application des règles de répartition des compétences entre le pouvoir central et les provinces. Une mesure qui, sous couvert de la protection d’un intérêt légitime, cherche à établir un régime protectionniste, sera ainsi considérée comme *ultra vires* en raison du fait qu’elle empiète sur la compétence du pouvoir fédéral en matière commerciale⁴⁵². En revanche, une mesure qui poursuit réellement un objectif non économique – tel que la préservation d’un droit fondamental – et qui n’a qu’une incidence marginale sur le commerce interprovincial sera évaluée à l’aune d’autres règles de division des pouvoirs⁴⁵³. Il s’agira par exemple de vérifier si la réglementation en cause concerne davantage « la propriété et les droits civils dans la province » (compétence provinciale) que « la paix, l’ordre et le bon gouvernement » (compétence fédérale résiduelle).

Ces différences d’approche nous en disent long sur le fossé qui sépare les fondements théoriques de l’union économique canadienne et l’idéologie sous-jacente au marché intérieur européen. Nous reviendrons un peu plus loin sur ce point essentiel⁴⁵⁴.

§3. La Cour constitutionnelle de Belgique

a) L’intégration économique positive face au respect des droits fondamentaux

306. – Loin des formules laconiques de la « *Commerce Clause* » et de son équivalent canadien, l’article 6, §1^{er}, VI, al.4 et 5, de la loi spéciale des réformes institutionnelles du 8 août 1980⁴⁵⁵ énumère avec précision les compétences fédérales destinées à maintenir l’union économique et l’unité monétaire de l’Etat belge. Alors que l’alinéa 4 investit l’autorité centrale du pouvoir d’édicter des règles générales relatives aux marchés publics, à la protection des consommateurs, à l’organisation de l’économie et aux plafonds d’aides aux entreprises en matière d’expansion économique, l’alinéa 5 la rend seule compétente pour régler des matières aussi diversifiées que la concurrence, les pratiques du commerce, la propriété intellectuelle, les relations de travail ou la sécurité sociale⁴⁵⁶.

307. – On ne s’étonnera pas que l’exercice de compétences aussi étendues se heurte régulièrement au contrôle de constitutionnalité opéré par la Cour constitutionnelle. Un grand nombre de législations adoptées dans les domaines de l’économie⁴⁵⁷, des relations commerciales⁴⁵⁸ ou du travail⁴⁵⁹ se sont ainsi vu annulées par la juridiction constitutionnelle pour violation des principes d’égalité et de non-discrimination contenus dans les articles 10 et 11 de la Constitution. On notera en outre que, par le prisme de ces dernières dispositions, la Cour a également pris soin de contrôler les mêmes lois au regard des autres droits fondamentaux consacrés par la Constitution et par les instruments internationaux⁴⁶⁰.

⁴⁵² Cf. *Man. (A.G.) c. Manitoba Egg and Poultry Assn.*, (1971) R.C.S. 689, et la fameuse guerre du poulet et des œufs. Cet épisode célèbre du fédéralisme canadien est relaté par P. MONAHAN, *op. cit.*, p.314-315.

⁴⁵³ Cf. e.a. *Irwin Toy c. Quebec (A.G.)*, [1989] 1 R.C.S. 927.

⁴⁵⁴ Cf. *infra*, n°440-442.

⁴⁵⁵ *M.B.*, 15 août 1980.

⁴⁵⁶ Sur le principe de l’union économique et de l’unité monétaire en Belgique, cf. X. DELGRANGE (dir.), *L’union économique et l’unité monétaire en Belgique*, 1993.

⁴⁵⁷ C.A., n°10/93, 11 février 1993 ; n°18/98, 18 février 1998.

⁴⁵⁸ Cf. e.a. C.A., n°2/2002, 9 janvier 2002 ; n°140/2003, 29 octobre 2003 ; n°6/2005, 12 janvier 2005 ; n°6/2004, 14 janvier 2004 ; n°41/2005, 16 février 2005.

⁴⁵⁹ Cf. e.a. C.A., n°126/98, 3 décembre 1998 ; n°124/98, 3 décembre 1998 ; 57/93, 8 juillet 1993 ; 25/94, 22 mars 1994 ; 42/94, 19 mai 1994

⁴⁶⁰ Cette utilisation « indirecte » des droits fondamentaux comme normes de référence remonte à l’arrêt n°23/89 du 13 octobre 1989 pour les droits contenus dans la Constitution, et à l’arrêt n°18/90 du 23 mai 1990 pour ceux consacrés dans un

308. – Les résultats de ce contrôle « indirect » du respect des droits de l’homme demeurent cependant remarquablement pauvres dans les domaines qui nous occupent. Ce n’est pourtant pas faute pour les plaideurs – et les juges *a quo* – de « stimuler » la Cour constitutionnelle. On notera ainsi que dans un arrêt du 21 janvier 2004⁴⁶¹, celle-ci fut amenée à se pencher sur la validité d’une loi qui soumettait à une autorisation administrative préalable la vente ambulante d’abonnements à des périodiques sur le sol belge. Le tribunal de première instance de Bruges s’interrogeait sur la compatibilité d’un tel régime avec les articles 10 et 11 de la Constitution combinés – notamment – avec la liberté d’expression consacrée par l’article 10 CSDH. Les parties invoquèrent encore la violation de la liberté du commerce et de l’industrie ainsi que la libre circulation transfrontalière des personnes, des biens et des services. Après avoir estimé qu’il ne lui appartenait pas de « se prononcer sur une éventuelle entrave transfrontalière (...) », la Cour considéra que la mesure en cause ne portait atteinte ni à la liberté du commerce, ni à la liberté d’expression, et qu’elle était en tout état de cause proportionnée à l’objectif poursuivi – la protection du consommateur.

309. – On rappellera enfin que depuis l’adoption de la loi du 9 mars 2003⁴⁶², le détour par les articles 10 et 11 de la Constitution n’est plus nécessaire pour invoquer une violation des droits (constitutionnels) de l’homme devant la Cour. Celle-ci est désormais compétente pour connaître de toute atteinte législative « directe » aux droits contenus dans le Titre II de la Constitution ainsi que dans ses articles 170, 172 et 191. Les mesures prises dans le cadre de l’union économique et de l’unité monétaire n’ont toutefois, à notre connaissance, pas encore « souffert » de cette extension des compétences de la Cour.

b) La protection des droits fondamentaux face à l’intégration économique négative

310. – La loi spéciale du 8 août 1980 jette les bases de l’intégration économique négative dans le système fédéral belge : « En matière économique, les Régions exercent leurs compétences dans le respect des principes de la libre circulation des personnes, biens, services et capitaux et de la liberté de commerce et d’industrie, ainsi que dans le respect du cadre normatif général de l’union économique et de l’unité monétaire, tel qu’il est établi par ou en vertu de la loi, et par ou en vertu des traités internationaux » (art.6, §1^{er}, VI, al.3). La Cour constitutionnelle a déjà été amenée à se prononcer plusieurs fois sur la validité d’un décret régional au regard de cette disposition. Si ces contrôles ont très souvent débouché sur un « non-lieu », certaines réglementations – principalement des mesures fiscales destinées à la protection de l’environnement – n’ont cependant pas échappé à l’annulation⁴⁶³.

311. – Avant de s’interroger sur la présence éventuelle, dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, d’oppositions entre droits de l’homme et intégration économique négative, il convient de souligner la double ambiguïté de l’article 6, §1^{er}, VI, al.3, de la loi spéciale. D’une part, on observera que cette disposition ne vise pas seulement l’union économique (et monétaire) belge, mais aussi celles qui, comme l’Union européenne, émanent d’un traité international. Outre qu’il paraît peu judicieux, un tel renvoi aux obligations internationales de la Belgique dans un article relatif à la répartition des compétences introduit une confusion que la Cour constitutionnelle semble bien en peine de dissiper⁴⁶⁴. La seconde ambiguïté que comporte cette disposition est bien plus fondamentale pour notre propos. En consacrant pêle-mêle la liberté de commerce et d’industrie, les libertés de circulation, et l’union économique, l’article 6, §1^{er}, VI, al.3 instaure trois limites très différentes à

traités ayant effet direct en droit belge (cf. Fr. TULKENS, « La loi du 9 mars 2003 modifiant la loi sur la Cour d’arbitrage : changements de fond ou améliorations de façade ? », *R.B.D.C.*, 2003, p.253).

⁴⁶¹ Arrêt n°9/2004, 21 janvier 2004. Pour un commentaire, cf. A. BAILLEUX, N. BONBLED, « De l’art de poser une question préjudicielle. De Bruges à Bruges, en passant par Bruxelles et Luxembourg », *R.I.E.J.*, vol.57, 2006, p.219-253.

⁴⁶² *M.B.*, 11 avril 2003. Pour une description du contenu de cette loi, cf. e.a. Fr. TULKENS, *loc. cit.*, p.251-269 ; B. RENAULD, « La Cour d’arbitrage depuis 2003 : confirmation de compétences, nouveautés de procédure », in *La Cour d’arbitrage : un juge comme les autres ?*, 2004, p.29-50.

⁴⁶³ Cf.e.a. C.A., n°34/97, 12 juin 1997 ; C.A., n°128/2001, 18 octobre 2001.

⁴⁶⁴ En traitant de la même manière les limites imposées par les unions économiques belge et communautaire à la compétence des Régions, la Cour part du postulat – erroné selon nous – que ces deux formes d’association présentent le même niveau d’intégration. Cf.e.a. C.A., n°35/95, 25 avril 1995 ; C.A., n°81/97, 17 décembre 1997.

l'exercice des compétences des Régions. Là où la première de ces limites se rapporte à un droit fondamental « classique », les deux autres – libertés de circulation et union économique – constituent les piliers de l'intégration économique négative. Mais on peut aussi voir les choses sous un autre angle, sans doute plus controversé : tandis que les libertés de commerce (et d'industrie) et de circulation constituent des droits dont la violation peut être justifiée au nom de la protection d'un intérêt légitime ou d'un autre droit, le respect de l'union économique apparaît comme un principe qui régit l'exercice d'une compétence et ne tolère aucune dérogation.

312. – Le « mélange des genres » que traduit l'article 6, §1^{er}, VI, al.3, n'a pas été aperçu par la Cour constitutionnelle dans la seule affaire qui, à notre connaissance, a opposé devant elle droits de l'homme et intégration économique négative⁴⁶⁵. La mesure attaquée en l'espèce, un décret de la Communauté flamande, imposait la gratuité des transferts de joueurs de football amateurs qui recevaient une rémunération limitée. S'appuyant sur cette réglementation, un club néerlandophone refusait de payer, pour chaque joueur engagé, une cotisation imposée par l'Union belge de football et destinée à la promotion du football des jeunes. Par le biais d'une question préjudicielle, l'Union belge de football entreprit de contester la validité du décret flamand au motif qu'il entraînait « (...) une distorsion de concurrence entre les clubs francophones et néerlandophones, ce qui va à l'encontre du principe de l'union économique et de l'unité monétaire, alors que le décret est destiné à être appliqué aux joueurs et associations qui participent (...) à des championnats au niveau national ». L'argument semblait certes démesuré par rapport à l'enjeu, mais il appelait malgré tout une réponse cohérente. S'inspirant un peu vite de l'arrêt *Bosman* de la CJCE⁴⁶⁶, la Cour constitutionnelle répondit que « (...) l'incidence que (...) le décret peut avoir sur l'union économique ne peut être jugée disproportionnée compte tenu de la contribution [qu'il] apporte à la libre circulation des sportifs ainsi qu'à la protection de la liberté d'association inscrite à l'article 27 de la Constitution et à l'article 11 de la [CSDH] » (B.6.4). Il nous semble que la double justification apportée par la Cour pour « sauver » le décret relève en réalité d'une double méprise. Nous verrons plus loin pourquoi l'argument tiré de la contribution de la mesure à la libre circulation des sportifs est inapproprié en l'espèce⁴⁶⁷. Quant à la seconde erreur, elle est patente. En considérant que le décret ne porte pas une atteinte disproportionnée à l'union économique dans la mesure où il protège la liberté d'association, la Cour se trompe de raisonnement. En effet, on ne voit pas à quel titre une condition liée à l'exercice d'une compétence pourrait être contournée en invoquant le but dans lequel est exercé cette compétence⁴⁶⁸.

313. – La situation belge nous a permis de mieux saisir ce que l'on pressentait à l'analyse des systèmes américain et canadien. L'intégration économique négative présente des facettes très diverses, et les rapports qu'elle entretient avec les droits fondamentaux s'annoncent particulièrement difficiles à saisir et systématiser. Reste à voir si l'examen des règles de l'OMC viendra encore complexifier ce panorama.

§4. Les juridictions de l'Organisation mondiale du commerce

a) L'intégration économique positive face au respect des droits fondamentaux

314. – On ne s'étonnera pas de ce qu'à ce jour, le droit de l'Organisation mondiale du commerce n'ait pas donné lieu à des conflits entre la protection des droits fondamentaux et l'intégration économique positive. Purs produits de négociations intergouvernementales, les accords, protocoles et mémorandums conclus à Marrakech le 15 avril 1994, qui forment le droit de l'OMC, n'ont pas pour objet de mettre sur pied une autorité « législative » supranationale⁴⁶⁹. A mille lieues du droit dérivé

⁴⁶⁵ C.A., n°53/99, 26 mai 1999.

⁴⁶⁶ C-415/93 *Bosman*, 15 décembre 1995, *Rec.*, 1995, p.I-4921. Sur cet arrêt, cf. *infra*, n°482, 617-620.

⁴⁶⁷ Cf. *infra*, n°479-483.

⁴⁶⁸ Appliqué à l'Union européenne, ce raisonnement aboutirait à permettre aux autorités communautaires de violer le principe de subsidiarité au nom de la préservation d'un droit de l'homme.

⁴⁶⁹ Sur le système juridique de l'OMC en général, voyez le volumineux ouvrage de D. LUFF, *Le droit de l'organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, 2004.

édicte par les institutions communautaires en vue de l'établissement d'un marché intérieur, les normes conventionnelles qui composent l'ordre juridique de l'OMC se limitent à dicter une intégration économique négative. Car si les obstacles au commerce qui résultent des législations nationales sont condamnés à l'unisson, le consensus politique fait défaut, qui permettrait d'harmoniser ces législations au niveau mondial.

315. – Il existe bien certaines exceptions : l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires ou l'Accord sur les obstacles techniques au commerce constituent par exemple des tentatives d'harmonisation partielle de législations nationales susceptibles de porter atteinte à la libre circulation des marchandises. Néanmoins, s'ils peuvent s'analyser comme « un embryon de réglementation internationale du marché intérieur des Membres de l'OMC »⁴⁷⁰, on voit mal comment ces instruments normatifs pourraient voir leur validité contestée devant une juridiction de l'Organe de règlement des différends (ci-après, ORD) au nom du respect des droits de l'homme. En effet, seules les réglementations nationales sont soumises à la compétence des « groupes spéciaux » et de l'Organe d'appel de l'OMC. Par conséquent, il nous semble que seules les juridictions des Etats parties à l'OMC d'une part, et la Cour internationale de justice d'autre part, sont susceptibles d'être un jour saisies de ce type de conflit.

b) La protection des droits fondamentaux face à l'intégration économique négative

316. – Les articles XX du GATT et XIV du GATS prévoient la possibilité pour les Etats parties à l'OMC de déroger respectivement aux principes de libre circulation des marchandises et de libre prestation des services. Ces dispositions énumèrent un certain nombre d'objectifs non commerciaux que les Etats sont libres de poursuivre à la condition que les mesures qu'ils adoptent à cet effet « (...) ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable, soit une restriction déguisée au commerce international (...) »⁴⁷¹. L'article XX du GATT – adopté en 1947 – fait déjà l'objet d'une jurisprudence abondante. Il en va différemment de l'article XIV du GATS qui, en dix ans d'existence, n'a trouvé à s'appliquer qu'à l'occasion d'une seule affaire devant les juridictions de l'ORD⁴⁷².

317. – On aurait pu penser que ces dispositions dérogatoires aux impératifs du commerce international seraient régulièrement invoquées par les Etats au nom de la protection des droits de l'homme. Certes, les « intérêts légitimes » qu'elles mentionnent ne sont pas formulés en termes de droits, mais l'imagination des plaideurs eût facilement pu suppléer à cette lacune. Il n'en a rien été : « WTO diplomats emphasize the limited mandate of the WTO and carefully avoid discussing human rights in WTO bodies. WTO dispute settlement bodies have hardly ever been confronted with human rights arguments »⁴⁷³.

318. – La littérature abondante consacrée au conflit entre commerce et droits de l'homme dans le cadre de l'OMC⁴⁷⁴ offre un contraste saisissant avec ce vide jurisprudentiel. Cette avalanche de

⁴⁷⁰ *Ibidem*, p.266.

⁴⁷¹ Ces conditions, liées à l'application des mesures étatiques, sont énoncées dans les paragraphes introductifs ou « chapeaux » des articles XIV et XX. Elles ont fait l'objet d'une jurisprudence abondante. Pour une synthèse éclairante, cf. D. LUFF, *op. cit.*, p.185-199.

⁴⁷² *Etats-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontière de services de jeux et paris* (Rapport du Groupe spécial, 10 novembre 2004, WT/DS285/R ; Rapport de l'Organe d'appel, 7 avril 2005, WT/DS285/AB/R).

⁴⁷³ E.-U. PETERSMANN, « Bridging Foundations – Human Rights and International Trade Law : Defining and Connecting the Two Fields », in T. COTTIER, J. MAUVELYN, E. BÜRGI BONANORI (eds.), *Human Rights and Trade*, 2005, p.37.

⁴⁷⁴ Cf. e.a. P. ALSTON, « Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann », *E.J.I.L.*, 2002, p.815-844 ; L. BARTELS, « Article XX of GATT and the Problem of Extraterritorial Jurisdiction – The Case of Trade Measures for the Protection of Human Rights », *J.W.T.*, vol.36.2, 2002, p.353-403 ; T. FLORY, N. LIGNEUL, « Commerce international, droits de l'homme, mondialisation : les droits de l'homme et l'Organisation mondiale du Commerce », in X, *Commerce mondial et protection des droits de l'homme*, 2001, p.179-192 ; R. HOWSE, « Human Rights in the WTO: Whose Rights, What Humanity? Comment on Petersmann », *E.J.I.L.*, 2002, p.651-659 ; S. LEADER, « Human Rights and International Trade », in P. MACRORY et al, *Understanding the World Trade Organization: Perspectives from Law, Economics and Politics*, 2005, p.2235-2268 ; ID., « Collateralism », in R. BROWNSWORD (ed.) *Global Governance and*

commentaires et d'opinions s'explique dans doute en partie par le fait que, sans jamais mentionner les droits fondamentaux, de nombreuses affaires portées devant les juridictions de l'ORD y sont peu ou prou liées. On rappellera par exemple que les impératifs de protection de la santé publique et de préservation des ressources naturelles épuisables, inscrits dans les articles XIV et XX et fréquemment invoqués par les Etats, figurent respectivement au nombre des droits dits de la « deuxième » et de la « troisième génération »⁴⁷⁵.

319. – Soucieuse de repérer le terrain et de montrer la voie à suivre, la doctrine s'est ingéniée à montrer que les articles XIV et XX offraient diverses ressources aux Etats désireux de freiner le commerce international au nom des droits de l'homme. A sa suite, on notera ainsi que les exceptions relatives à la moralité publique⁴⁷⁶, à l'ordre public⁴⁷⁷, à la vie des personnes⁴⁷⁸, aux articles fabriqués dans les prisons⁴⁷⁹ ou à la vie privée⁴⁸⁰ sont toutes susceptibles d'abriter des préoccupations liées à la protection des droits fondamentaux. Il importe peu à cet égard que ces préoccupations n'aient pas été aperçues par les négociateurs du GATT et de l'OMC⁴⁸¹. Amené à se prononcer sur l'étendue d'une exception prévue à l'article XX, l'Organe d'Appel a expressément reconnu qu'elle devait « être analysée par un interprète des traités à la lumière des préoccupations actuelles de la communauté des nations »⁴⁸². La jurisprudence récente de ce même organe paraît en outre s'assouplir à l'égard des mesures destinées à protéger des intérêts non marchands. Si leur application doit toujours satisfaire aux exigences de bonne foi posées par les « chapeaux » des articles XIV et XX⁴⁸³, ces mesures ne doivent, semble-t-il, plus apparaître *indispensables* à la réalisation de l'objectif poursuivi. Nous y reviendrons.

320. – Poursuivant notre analyse prospective, on observera que l'invocation des droits de l'homme au titre des exceptions des articles XIV et XX risque de se heurter à deux obstacles sérieux. Un exemple permettra de mieux saisir l'importance du premier. Imaginons que les Etats-Unis interdisent l'importation de produits en provenance du Pakistan au motif que ceux-ci sont fabriqués par des enfants⁴⁸⁴. Nul ne contestera la portée extraterritoriale d'une telle mesure, qui a pour effet d'inciter l'Etat exportateur à assurer le respect des droits de l'enfant. L'objectif recherché n'est pas ici de protéger les ressortissants américains ou les personnes qui se trouvent sur le territoire des Etats-Unis,

the Search for Justice, 2005, p.53-67; H. LIM, « Trade and Human Rights – What's at Issue? », *J.W.T.*, vol.35.2, 2001, p.275-300 ; Y. MOORMAN, « Integration of ILO Core Rights Labor Standards into the WTO », *C.J.T.L.*, 2000-2001, vol.39, p.555-583 ; A. ORFORD, « Trade, Human Rights and the Economy of Sacrifice », Jean Monnet Working Paper n°03/04, disponible sur www.jeanmonnetprogram.org ; E-U. PETERSMANN, « Time for a United Nations "Global Compact" for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration », *E.J.I.L.*, 2002, p.621-650 ; ID., « The "Human Rights" Approach Advocated By the UN High Commissioner for Human Rights and by the International Labour Organization: Is It Relevant for WTO Law and Policy? », *J.I.E.L.*, vol.7, p.605-627 ; ID., « Bridging Foundations... », *loc. cit.*, p.29-94 ; S.J. POWELL, « The Place of Human Rights Law in World Trade Organization Rules », *Florida J.I.L.*, vol.16, 2004, p.219-231 ; A.O. SYKES, « International trade and Human Rights: An Economic Perspective », *Chicago Law & Economics Working Paper*, n°188, disponible sur www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html ; R. WAI, « Countering, Branding, Dealing: Using Economic and Social Rights in and around the International Trade Regime », *E.J.I.L.*, 2003, vol.14, p.35-8.

⁴⁷⁵ Le Secrétaire général des Nations unies ne dit pas autre chose lorsqu'il constate que « the exceptions referred to [in Article XX] call to mind the protection of the right to life, the right to a clean environment, the right to food and to health, the right to self-determination over the use of natural resources, the right to development and the freedom from slavery to mention a few » (cité par L. BARTELS, *loc. cit.*, p.353).

⁴⁷⁶ Art. XX, a) GATT et XIV, a) GATS. Pour des propositions critiques relatives à l'interprétation de cette exception, cf. J. MARWELL, « Trade and Public Morality : the WTO Public Morals Exception After *Gambling* », *NYU.L.R.*, 2006, p.802-842

⁴⁷⁷ Art. XIV, a) GATS.

⁴⁷⁸ Art. XX, b) GATT et XIV, b) GATS.

⁴⁷⁹ Art. XX, e) GATT.

⁴⁸⁰ Art. XIV, c), ii) GATS.

⁴⁸¹ Cf. H. LIM, *loc. cit.*, p.287. On notera le parallèle avec les explications données à l'absence de toute référence aux droits fondamentaux dans les traités fondateurs des Communautés européennes.

⁴⁸² Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Prohibitions à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, 12 octobre 1998, §129 (WT/DS58/AB/R).

⁴⁸³ Cf. *supra*, n°316.

⁴⁸⁴ On notera que ni les Etats-Unis, ni le Pakistan n'ont ratifié la Convention n°138 de l'O.I.T. sur l'âge minimum d'admission à l'emploi.

mais bien de faire respecter les droits d'individus soumis à la juridiction du Pakistan. Or, la jurisprudence des organes de l'OMC s'est toujours montrée peu favorable à l'adoption de mesures unilatérales dotée d'effets extraterritoriaux. Les affaires *Thons-Dauphins*⁴⁸⁵ et *Crevettes-Tortues*⁴⁸⁶ font ici office de précédents, qui virent les groupes spéciaux et l'Organe d'appel condamner les interdictions américaines d'importation de thon et de crevettes pêchés à l'étranger dans des conditions mettant en danger des espèces animales menacées – en l'occurrence, des dauphins et des tortues. Si les enseignements à retirer de ces célèbres affaires demeurent relativement obscurs, ils suffisent toutefois à jeter un sérieux doute sur la validité de la mesure que nous avons imaginée⁴⁸⁷.

321. – Ce premier obstacle à l'invocation des droits fondamentaux dans le cadre de l'OMC nous permet, pour la première fois, de mesurer toute l'ambiguïté des rapports entre droits fondamentaux et intégration économique. En effet, si nous avons présenté les articles XIV et XX comme les lieux potentiels d'une *opposition* entre marché et droits de l'homme, ils peuvent être également perçus comme le théâtre d'une possible *alliance* entre les deux. La mesure extraterritoriale imaginée plus haut met bien évidence ce double mouvement : d'une part, les droits fondamentaux sont utilisés pour contrer les effets dérégulateurs du marché⁴⁸⁸, mais d'autre part, c'est le marché qui, sous la forme de restrictions ou d'embargos économiques, donne aux droits fondamentaux tout leur « mordant ». Cette possibilité d'une alliance n'a du reste pas échappé à certains commentateurs, qui voient dans le système de l'OMC une arme potentielle au service de la mise en œuvre des droits de l'homme⁴⁸⁹. Nous reviendrons plus loin sur cette relation paradoxale, trop souvent ignorée par la littérature consacrée à la problématique « *trade and human rights* ».

322. – Le second obstacle résulte de ce que l'on pourrait appeler l'« étau » des conventions internationales. Un nouvel exemple s'impose. Imaginons que la Norvège autorise des militants des droits de l'enfant à bloquer, en signe de protestation, pendant deux jours, l'accès des cargaisons pakistanaises au port d'Oslo. La passivité de la Norvège serait probablement considérée comme une atteinte injustifiable à l'article XI du GATT – qui interdit les restrictions quantitatives entre Etats membres. En effet, même à considérer que la tolérance des autorités vise à protéger non pas les droits des Pakistanais mais bien la moralité norvégienne, son caractère unilatéral la condamnerait certainement aux yeux des organes juridictionnels de l'OMC. On rétorquera que si la Norvège se conformait à ses obligations en matières commerciales et refusait à ses citoyens le droit de manifester, elle s'exposerait aux foudres de la Cour européenne des droits de l'homme. Mais le risque d'une condamnation à Strasbourg pourrait-il être utilement invoqué à Genève ? On peut en douter. S'il est vrai que les accords de l'OMC s'interprètent de bonne foi et à la lumière du droit international

⁴⁸⁵ *Etats-Unis – Restrictions à l'importation de thon*.. Cf. les rapports des Groupes spéciaux du GATT des 3 septembre 1991 (DS21/R) et 20 mai 1994 (DS29/R)

⁴⁸⁶ *Etats-Unis – Prohibitions à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*. Cf. le rapport de l'Organe d'appel du 12 octobre 1998 mentionné *supra*, n°319.

⁴⁸⁷ On rappellera que le premier groupe spécial qui s'était penché sur l'affaire *thons-dauphins* avait catégoriquement exclu la validité de tout type de mesure extraterritoriale, faute de quoi « chaque Partie Contractante pourrait déterminer unilatéralement les politiques (...) dont les autres Parties Contractantes ne pourraient pas s'écarter sans compromettre les droits qu'elles tiennent du GATT » (rapport du 3 septembre 1991, §5.32). Le second groupe spécial avait nuancé cette position en considérant que seules étaient valides les mesures qui se suffisaient à elles-mêmes pour atteindre leur objectif et n'exigeaient donc pas d'action positive de la part de l'Etat exportateur (rapport du 20 mai 1994, non adopté). La décision de l'Organe d'Appel dans l'affaire *crevettes-tortues* a jeté le trouble sur cette jurisprudence. Après avoir considéré que les Etats-Unis possédaient un « lien suffisant » avec les tortues qu'ils entendaient protéger dans la mesure où celles-ci traversaient les eaux territoriales américaines lors de leur migration, il avait estimé que l'application unilatérale de cette mesure, en l'absence de toute tentative de négociation avec les Etats exportateurs concernés, contrevenait au « chapeau » de l'article XX (rapport du 12 octobre 1998). On reconnaîtra que la mesure imaginée dans notre exemple ne satisfait guère aux conditions posées dans ces deux affaires, sauf à prouver que tout Etat peut arguer d'un « lien suffisant » avec la protection des enfants, ce qui reviendrait à démontrer que la coutume internationale – censée éclairer l'interprétation des accords de l'OMC – autorise l'exercice d'une compétence universelle normative dans ces situations. Il serait également loisible aux Etats-Unis de plaider que la violation des droits de l'enfant dans un pays étranger heurte profondément la moralité publique américaine. L'objectif de la mesure devrait dès lors être considéré comme territorial.

⁴⁸⁸ On notera ainsi que l'exception relative au travail dans les prisons – et au travail forcé en général – fut introduite à l'origine dans le souci de combattre les distorsions de concurrence et la crainte d'une course à la dérégulation (« *race to the bottom* »).

⁴⁸⁹ Cf.e.a. Y. MOORMAN, *loc. cit.*, critiquant une proposition de R. HOWSE faite en ce sens.

général⁴⁹⁰, il ne sera toutefois guère aisé pour la Norvège de démontrer le statut coutumier des obligations que font peser sur elle la liberté de manifestation⁴⁹¹. Prise entre le marteau et l'enclume, prisonnière de l'étau des droits de l'homme et du marché, elle n'aura plus d'autre choix que celui de son juge.

323. – Les obstacles que nous venons de présenter brièvement paraîtront peut-être d'un intérêt limité au lecteur préoccupé de droit européen. Il aura tort. Nous verrons dans la deuxième partie de cette étude que s'ils y sont moins visibles, le problème des mesures extraterritoriales et le spectre de l'étau des conventions internationales ne sont pas pour autant absents de la réalité luxembourgeoise.

*
* *

324. – Les enseignements « substantiels » de ce premier tour d'horizon seront récapitulés un peu plus loin dans une « conclusion intermédiaire »⁴⁹². Pour l'heure, l'on se contentera de souligner l'intérêt de ces investigations comparatives au regard de notre hypothèse théorique. C'est que, quel que soit l'ordre juridique « multi-niveaux » vers lequel on tourne le regard, apparaissent des traces de conflits entre les exigences de l'intégration économique et les impératifs de protection des droits de l'homme. Davantage encore, il semble que partout, en germes ou déjà éclos, ces conflits présentent un double visage. Tantôt le pouvoir central, oeuvrant à l'établissement de règles économiques communes, se voit accusé de ne pas respecter les droits fondamentaux de ses sujets. Tantôt au contraire, ce sont les entités décentralisées qui, intervenant pour mieux protéger un droit de l'homme, se voient rappelées à l'ordre au nom de la libre circulation. Certes, il s'en faut de beaucoup que ce visage de Janus dévoile les mêmes traits et s'impose avec la même évidence dans tous les ordres juridiques passés en revue. Il n'empêche. Derrière ces traductions différentes, nécessairement informées par des cultures juridiques et politiques distinctes, se dissimulent sans doute des questions, des problèmes et des tensions similaires. Les conflits entre valeurs marchandes et non-marchandes d'une part, et entre dynamiques centripète et centrifuge de l'autre, transcendent les frontières tracées par le droit. Il en va peut-être de même des méthodes de résolution et d'arbitrage de ces antagonismes, appelées à s'enrichir et se féconder à la faveur de l'érosion des frontières entre les ordres juridiques.

B. Alliances

« The goals and principles of the WTO Agreements and those of human rights do therefore share much in common. Goals of economic growth, increasing living standards, full employment and the optimal use of the world's resources are conducive to the promotion of human rights (...). Parallels can also be drawn between the principles of fair competition and non-discrimination under trade law and equality and non-discrimination under human rights law »⁴⁹³.

325. – A mille lieues des poncifs d'un certain « droit-de-l'hommeisme », les relations entre intégration économique et droits fondamentaux ne se déclinent pas seulement sur le mode antagonique. Elles prennent bien souvent la forme d'alliances ou de coalitions qui, nées de l'imagination des constituants,

⁴⁹⁰ Cf. l'article 3.2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, qui renvoie indirectement à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Cf. également l'Organe d'appel qui considère que « il ne faut pas lire l'*Accord général* en l'isolant cliniquement du droit international public » (*Etats-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, 29 avril 1996).

⁴⁹¹ Sans être expert en droit international public, il nous semble même que la Norvège devra prouver le caractère de *ius cogens* d'une telle obligation s'il s'avère qu'elle a ratifié le GATT avant la CSDH. Seule une règle de *ius cogens* pourrait en effet faire obstacle à l'application de l'article 30 de la Convention de Vienne relatif à l'application des traités successifs.

⁴⁹² Cf. *infra*, n°437 et s.

⁴⁹³ Rapport du Secrétaire général des Nations unies à la 55^{ème} séance de l'Assemblée générale, cité par H. LIM, *loc. cit.*, p.278.

des législateurs, des plaideurs ou des juges, apparaissent plus ou moins étroites et fécondes selon le lieu où elles sont invoquées et les objectifs qu'elles poursuivent.

326. – A l'exception de la jurisprudence de l'OMC – trop pauvre sur ce point pour être réellement intéressante –, les mêmes terrains d'investigation qui ont nourri l'examen du « côté pile » alimenteront l'analyse de ce « côté face » des interactions entre intégration économique et droits de l'homme. Dans ce survol successif des jurisprudences américaine, canadienne et belge, l'on procédera systématiquement en trois temps. Nous nous pencherons d'abord sur les alliances « institutionnelles », dans lesquelles l'établissement d'un espace économique intégré sert de prétexte à la protection d'un droit de l'homme. Le législateur central fait ici usage de sa compétence en matière économique pour réglementer des domaines qui touchent aux droits fondamentaux. Il argue de la nécessité de combattre les disparités législatives et agite le spectre d'une « course à la dérégulation » (« *race to the bottom* ») pour agir dans des matières qui, formellement, ne ressortissent pas à sa compétence. Dans un deuxième temps, nous procéderons à l'analyse des alliances « économiques », qui, combinant les enseignements d'Adam Smith et de Ricardo, s'opposent à toute forme de régulation au niveau local. La « coalition » est ici organisée par des particuliers – personnes physiques ou morales – dans le but de mettre à bas les réglementations qui encadrent le jeu du marché et entravent le libre exercice de leur activité économique. Enfin, nous terminerons notre survol comparatif par l'examen des alliances « citoyennes », qui tentent de conjuguer les aspects « intégrateurs » du marché et la philosophie des droits de l'homme. La coalition n'a plus ici pour objet de renforcer les autorités centrales à des fins politiques ou de miner les réglementations locales dans un but économique, mais bien de forcer l'accomplissement d'une union plus étroite destinée à favoriser le bien-être et l'autonomie des personnes.

Comme nous le verrons, ces formes d'alliance ne se retrouvent pas dans tous les ordres juridiques et ne se manifestent pas partout avec la même intensité. Le panorama que nous essaierons de dresser devrait toutefois permettre d'aiguiser notre regard et de faire naître certaines intuitions avant de s'attaquer à l'ordre communautaire.

§1^{er}. La Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique

a) Alliances institutionnelles

327. – La question de l'étendue des pouvoirs du Congrès en vertu de la « *Commerce Clause* » fait l'objet de controverses infinies depuis l'arrêt de principe *Gibbons v. Ogden* de 1824⁴⁹⁴. Elle divise aujourd'hui encore les juges de la Cour suprême. Si elle demeura longtemps dans l'ombre, cette problématique apparemment consubstantielle au fédéralisme américain dévoila toute son ampleur lors de la crise du *New Deal* dans les années trente. Promulguées par F. Roosevelt pour sortir la population du marasme où l'avait plongée la crise de vingt-neuf, un certain nombre de mesures destinées à protéger les droits des travailleurs furent invalidées par la Cour suprême au motif qu'elles outrepassaient la compétence conférée au Congrès par la *Commerce Clause*⁴⁹⁵. Le « *Court-packing plan* » imaginé par Roosevelt en guise de rétorsion eut toutefois tôt fait de provoquer un revirement de jurisprudence radical⁴⁹⁶. Un an plus tard, la Cour suprême considérait qu'eu égard aux effets néfastes des mouvements de grève sur le commerce interétatique, le législateur fédéral était en droit de réglementer les conditions de travail dans les entreprises et d'éviter ainsi le mécontentement des travailleurs⁴⁹⁷.

⁴⁹⁴ *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1 (1824).

⁴⁹⁵ Cf.e.a. *Schechter Poultry Corp. Et al. v. United States* (1935) et *Carter v. Carter* (1936), cités par T. GLIOZZO, *op. cit.*, p.565-567.

⁴⁹⁶ On se rappellera que suite aux nombreux affronts que lui avait infligés la Cour suprême, le président Roosevelt avait suggéré d'ajouter à celle-ci autant de nouveaux membres qu'il y avait de juges dépassant les 70 ans. Si elle ne fut jamais adoptée par le Congrès, cette proposition eut toutefois pour effet de modifier l'attitude conservatrice de certains juges.

⁴⁹⁷ *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corp.* 301 US 1 (1937).

328. – Au cours des soixante années qui suivirent, les lois fédérales qui protégeaient des droits fondamentaux au nom de l'intégration économique furent considérées avec bienveillance par les juges du Capitole⁴⁹⁸. Les arrêts *Atlanta Motel v. United States*⁴⁹⁹ et *Katzenbach v. McClung*⁵⁰⁰ illustrent à merveille la grande générosité dont fit longtemps preuve la Cour suprême en interprétant la « *Commerce Clause* ». Ces deux affaires concernaient certaines dispositions du *Civil Rights Act* de 1964, qui interdisaient aux établissements publics (hôtels, restaurants...) dont les activités touchent au commerce interétatique d'établir une discrimination entre leurs clients en fonction de la couleur de peau, de la race, de la religion ou de la nationalité de ceux-ci. Refusant, l'un de louer une chambre à des Noirs, l'autre de leur servir à manger à table, les requérants à l'origine des deux contentieux contestaient la constitutionnalité du *Civil Rights Act*. La Cour suprême leur donna tort. Considérant que les discriminations pratiquées par les plaignants avaient un effet direct et hautement restrictif sur la libre circulation des Noirs « (...) for one can hardly travel without eating »⁵⁰¹, la Cour suprême estima que l'adoption du *Civil Rights Act* relevait des compétences du Congrès en vertu de la *Commerce Clause*. Au passage, elle reconnut expressément le phénomène d'« alliance » entre droits fondamentaux et intégration économique à l'œuvre dans la législation en cause, mais refusa d'y voir un motif d'inconstitutionnalité :

« In framing (...) this Act Congress was (...) dealing with what it considered a moral problem. But that fact does not detract from the overwhelming evidence of the disruptive effect that racial discrimination has had on commercial intercourse. It was this burden which empowered Congress to enact appropriate legislation, and, given this basis for the exercise of its power, Congress was not restricted by the fact that the particular obstruction to interstate commerce with which it was dealing was also deemed a moral and social wrong »⁵⁰².

329. – Cette jurisprudence bienveillante s'interrompt brutalement en 1995. Sous l'impulsion du *Chief Justice* Rehnquist, la Cour – désormais majoritairement conservatrice – entreprit un formidable revirement de jurisprudence. A travers une succession d'arrêts retentissants⁵⁰³, elle restreignit la portée de la « *Commerce Clause* » et rendit toute son importance à la souveraineté inaliénable des Etats. Seules les activités qui affectent « substantiellement » le commerce interétatique peuvent désormais faire l'objet d'une réglementation fédérale en vertu de la « *Commerce Clause* »⁵⁰⁴. Les phénomènes « d'alliance » sont particulièrement menacés par cette nouvelle jurisprudence, comme en témoigne l'affaire *United States v. Morrison*⁵⁰⁵. Celle-ci concernait la validité d'une mesure fédérale qui, sous le couvert de la réglementation du commerce interétatique, offrait un recours en indemnité aux femmes victimes de violences en raison de leur sexe. Ecrivant pour la majorité, le juge Rehnquist prononça l'inconstitutionnalité d'une telle mesure au terme d'une opinion qui rompt radicalement avec l'ancienne doctrine du « *cumulative impact* »⁵⁰⁶ :

⁴⁹⁸ Sur les évolutions de cette jurisprudence, cf. K. LENAERTS, *op. cit.*, p.126-135 ; par T. GLIOZZO, *op. cit.*, p.562-578.

⁴⁹⁹ *Atlanta Motel v. United States*, 379 U.S. 241 (1964).

⁵⁰⁰ *Katzenbach v McClung* 379 U.S. 294 (1964).

⁵⁰¹ « Moreover there was an impressive array of testimony that discrimination in restaurants had a direct and highly restrictive effect upon interstate travel by Negroes. This resulted, it was said, because discriminatory practices prevent Negroes from buying prepared food served on the premises while on a trip, except in isolated and unkempt restaurants and under most unsatisfactory and often unpleasant conditions. This obviously discourages travel and obstructs interstate commerce for one can hardly travel without eating. Likewise, it was said, that discrimination deterred professional, as well as skilled, people from moving into areas where such practices occurred and thereby caused industry to be reluctant to establish there » (arrêt *Katzenbach* précité, pt.4).

⁵⁰² Arrêt *Atlanta Motel* précité, pt.7.

⁵⁰³ Cf.e.a. *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995) ; *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997) ; *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000).

⁵⁰⁴ Pour une critique de cette nouvelle jurisprudence, cf. R. SCHAPIRO, W. BUZBEE, « Unidimensional Federalism: Power and Perspective in Commerce Clause Adjudication », *Cornell L.R.*, 2002-2003, vol.88, p.1198-1277: « The Court's recent decisions suggest a manipulation of the perspective selection and a preference for a vantage point that diminishes the commercial connection » (p.1202).

⁵⁰⁵ 529 U.S. 598 (2000).

⁵⁰⁶ « La doctrine du *cumulative impact* enseigne qu'une activité déterminée qui se déroule entièrement à l'intérieur d'un seul Etat peut néanmoins être réglementée par le Congrès en vertu de l'*Interstate Commerce Clause*, pour autant que la multiplication de cette activité intra-étatique soit de nature à affecter le commerce interétatique » (K. LENAERTS, *op. cit.*, p.130).

« The reasoning that petitioners advance seeks to follow the but-for causal chain from the initial occurrence of violent crime (...) to every attenuated effect upon interstate commerce. If accepted, petitioners' reasoning would allow Congress to regulate any crime as long as the nationwide, aggregated impact of that crime has substantial effects on employment, production, transit, or consumption. Indeed, if Congress may regulate gender-motivated violence, it would be able to regulate murder or any other type of violence since gender-motivated violence, as a subset of all violent crime, is certain to have lesser economic impacts than the larger class of which it is a part ».

330. – On notera cependant que si les « alliances institutionnelles » n'ont plus bonne presse, toutes ne sont pas pour autant condamnées par la nouvelle jurisprudence de la Cour. Dans une affaire *Reno v. Condon*⁵⁰⁷, la Cour était amenée à se prononcer sur la validité d'une loi fédérale – le *Driver's Privacy Protection Act* – qui limitait la possibilité pour les Etats de révéler les données personnelles du conducteur d'un véhicule sans avoir préalablement obtenu son consentement. Cette mesure, qui visait manifestement à préserver le droit à la vie privée des usagers de la route, fut attaquée par la Caroline du Sud au nom de la souveraineté des Etats. La Cour suprême estima que le Congrès n'avait pas excédé les limites de ses compétences. Dans la mesure où les Etats avaient l'habitude de vendre les données personnelles de leurs administrés à des entreprises qui les utilisaient à des fins commerciales, il ne faisait pas de doute que ces informations constituaient un « article de commerce » et que la réglementation de leur utilisation incombait au Congrès.

331. – Nul ne sait si la sévérité dont fait preuve la Cour suprême résistera à l'usure du temps. Les développements jurisprudentiels les plus récents indiquent déjà un certain relâchement dans l'interprétation de la *Commerce Clause*⁵⁰⁸. Dans le même temps, il n'est pas dit que le vent conservateur qui souffle sur le Capitole et érode la protection fédérale des droits de l'homme perdurera éternellement⁵⁰⁹.

b) Alliances économiques

332. – L'intégration économique – sous la forme de la *Dormant Commerce Clause* – et les droits fondamentaux – sous la forme de la *Due Process Clause* du 14^{ème} Amendement – s'allient régulièrement devant la Cour suprême américaine pour mettre à bas les législations fiscales de certains Etats⁵¹⁰. Ces « partenariats » s'attaquent en particulier aux obligations imposées par un Etat à l'encontre des opérateurs économiques qui, bien qu'établis dans un autre Etat, exercent une partie de leurs activités sur le territoire du premier. Les entreprises visées par ces mesures contestent leur validité au motif qu'elles enfreignent de manière disproportionnée leur droit de propriété et le libre exercice de leur activité économique⁵¹¹ (*Substantive Due Process Clause*) et qu'elles imposent une charge indue sur le commerce interétatique (*Dormant Commerce Clause*).

333. – On notera d'emblée que ces alliances « économiques » ont jusqu'à présent connu un succès très mitigé. Souvent rejetés en bloc, les moyens tirés conjointement de l'intégration économique et des droits fondamentaux ont pendant longtemps été évalués sur base de critères semblables. Ils faisaient rarement l'objet d'un examen séparé, et celui-ci n'aboutissait jamais à des résultats divergents. Soit les arguments manquaient tous deux leur cible⁵¹², soit ils commandaient même l'invalidité de la

⁵⁰⁷ 528 U.S. 141 (2000).

⁵⁰⁸ Cf. *infra*, n°469.

⁵⁰⁹ Sur la procédure de nomination des juges à la Cour suprême, cf. M. VERDUSSEN, « La Cour suprême des Etats-Unis et ses neuf juges », in *Mélanges van Compernelle*, 2004, p.845-867.

⁵¹⁰ Cf.e.a. *Bowman v. Continental Oil Co.*, 256 U.S. 642 (1921) ; *Felt & Tarrant MFG. Co. v. Gallagher*, 306 U.S. 62 (1939) ; *Monamotor Oil Co. v. Johnson*, 292 U.S. 86 (1934) ; *Scripto v. Carson* 362 U.S. 207 (1960) ; *National Bellas Hess, Inc v. Department of Revenue of State of Illinois*, 386 U.S. 753 (1967) ; *Quill Corp. V. North Dakota by and Through Heitkamp* 504 U.S. 298 (1992).

⁵¹¹ Il s'agit là d'une traduction approximative en langage « européen » de ce type de *Substantive Due Process claims* qui remontent à l'ère Lochner. Sur la notion de *Substantive Due Process*, cf. *supra*, note n°291-292.

⁵¹² Cf. e.a. *Scripto v. Carson* précité.

mesure contestée⁵¹³. Pourtant, dès 1944, un juge de la Cour suprême avait mis en garde contre la tentation d'aborder conjointement les questions que soulevaient des moyens si différents⁵¹⁴. Près de cinquante ans plus tard, la Cour suprême l'entendit, et entreprit de distinguer les deux griefs.

334. – L'affaire en cause concernait un recours formé par une importante société de vente par correspondance contre une loi du Dakota du Nord qui lui imposait de procéder, pour le compte de cet Etat, à la perception d'une taxe sur tous les articles qu'elles vendaient à des consommateurs sur le territoire de celui-ci⁵¹⁵. La requérante – Quill Corporation – ne possédait aucun magasin ni aucun bureau dans cet Etat, et elle ni n'employait personne. Elle concluait toutes ses transactions par voie postale. S'appuyant sur l'arrêt *National Bellas* de la Cour suprême, Quill prétendit qu'elle ne présentait pas de « lien suffisant » avec le Dakota du Nord pour être obligée de percevoir une taxe au nom de ce dernier. Elle demanda donc à la Cour suprême de déclarer l'obligation qui pesait sur elle contraire à la *Due Process Clause* et à la *Dormant Commerce Clause*.

335. – La Cour rompit en deux temps avec son arrêt *National Bellas*. Elle considéra d'une part qu'au regard de l'évolution de sa jurisprudence relative au *Due Process*, la présence physique du requérant sur le territoire du Dakota n'était pas nécessaire pour établir l'existence d'un lien minimum avec ce dernier. En l'occurrence, les sollicitations massives et continues auxquelles Quill soumettait les habitants du Dakota du Nord par l'envoi de catalogues suffisaient à démontrer l'existence d'une connexion minimale entre la société et cet Etat. La *Due Process Clause* n'était donc pas violée. On aurait pu s'attendre, sur base de sa jurisprudence antérieure, à ce que l'existence d'un lien suffisant entre Quill et le Dakota conduise également la Cour à écarter le moyen tiré d'une atteinte à la DCC. Il n'en fut rien :

« Despite the similarity in phrasing, the nexus requirements of the Due Process and Commerce Clauses are not identical. The two standards are animated by different constitutional concerns and policies. Due process centrally concerns the fundamental fairness of governmental activity. Thus, at the most general level, the due process nexus requires that we ask whether an individual's connections with a State are substantial enough to legitimate the State's exercise of power over him. (...) In contrast, the Commerce Clause, and its nexus requirement, are informed not so much by concerns about fairness for the individual defendant as by structural concerns about the effects of state regulation on the national economy. (...) Accordingly (...), a corporation may have the « minimum contacts » with a taxing State as required by the Due Process Clause, and yet lack the « substantial nexus » with that State as required by the Commerce Clause »

336. – La Cour appliqua directement au cas de l'espèce la distinction qu'elle venait d'établir. Elle estima que si Quill présentait une « connexion minimale » avec le Dakota du Nord au sens de la *Due Process Clause*, il n'avait pas pour autant de « lien substantiel » avec cet Etat au sens de la DCC. L'obligation qui pesait sur lui devait par conséquent être déclarée inconstitutionnelle.

337. – Bien entendu, la *Substantive Due Process Clause* n'est pas le seul « droit fondamental » à avoir été associé à la *Dormant Commerce Clause*⁵¹⁶, et ces alliances n'ont pas toujours pris pour cible des mesures fiscales. Le cas de figure que nous avons analysé s'avère cependant particulièrement

⁵¹³ Cf. *National Bellas Hess* précité.

⁵¹⁴ « « Due process » and « commerce clause » are not always sharply separable (...) To some extent, they overlap. (...) But, though overlapping, the two conceptions are not identical. (...) And, although the two notions cannot always be separated, clarity of consideration and of decision would be promoted if the two issues are approached, where they are presented, at least tentatively as if they were separate and distinct, not intermingled ones » (Opinion partiellement concurrente et partiellement dissidente de J. RUTLEDGE sous *International Harvester Co. v. Department of Treasury*, 322 U.S. 340, 353 (1944)).

⁵¹⁵ *Quill Corp. V. North Dakota by and Through Heitkamp*, précité.

⁵¹⁶ Cf. e.a. les alliances entre la DCC et la *Privileges and Immunities Clause* de la Constitution américaine à l'encontre des taxes imposées aux navetteurs par l'Etat dans lequel ils travaillent (cf. R.J. FIRESTONE, « Does a Commuter's Choice of Where to Reside Implicate the *Dormant Commerce Clause* ? », *New York Law School Law Review*, 2005, vol.49, p.943-966). On notera du reste que la Cour suprême a déjà souligné l'origine commune et la « mutually enforcing relationship » qui unit la DCC et la *Privileges and Immunities Clause* (*Hicklin v. Orbeck* 437 U.S. 518 (1978))

intéressant pour notre propos. D'une part, il souligne la difficulté qu'éprouvent parfois les juges à « faire le tri » parmi les armes lancées contre une même loi. Dans le même temps, il met en lumière la différence « idéologique » qui sépare les droits fondamentaux des principes liés à l'intégration économique. Alors que les premiers attaquent les mesures étatiques sous la bannière de l'autonomie individuelle et d'une forme de justice transcendante (« *fundamental fairness* »), les seconds mènent la charge au nom de la cohésion économique et de l'unité nationale. L'arrêt de la Cour suprême nous montre également que ces approches contrastées appellent des méthodes d'évaluation différentes. A cet égard, on retiendra que les droits fondamentaux ne constituent pas nécessairement l'arme dérégulatrice la plus efficace. L'intégration économique semble avoir meilleure presse auprès des juges que l'idéologie du « laisser-faire, laisser-passer »⁵¹⁷. De là à dire que le rôle des droits fondamentaux au sein de ces alliances économiques se limite à un soutien moral ou rhétorique, il y a toutefois un pas que nous ne franchirons point, eu égard aux développements qui suivent.

c) Alliances citoyennes

338. – Contrairement à son homologue européenne, la Cour suprême américaine a rapidement imposé aux Etats fédérés de respecter les droits fondamentaux inscrits dans la Constitution fédérale dans l'exercice de toutes leurs compétences⁵¹⁸. Conjuguées aux forces centripètes de l'intégration économique, ces contraintes déduites du XIV^{ème} Amendement eurent pour effet de favoriser la libre circulation des personnes et la construction d'une union politique forte. Le développement du « *constitutional right to interstate travel* » témoigne de la fécondité de cette alliance « citoyenne » entre droits de l'homme et intégration économique,

339. – La libre circulation des personnes n'est pas inscrite en toutes lettres dans la Constitution américaine ou dans l'un de ses amendements. Elle est l'œuvre des juges de la Cour suprême. Au carrefour des exigences du commerce interétatique et des « *civil rights* » des citoyens américains, son fondement constitutionnel fait l'objet de controverses interminables. Il a souvent été soutenu que ce « droit fondamental » découlait de la *Commerce Clause* de l'article I,8 de la Constitution⁵¹⁹ en ce qu'il interdisait aux Etats de limiter ou de gêner le transport de personnes – une activité commerciale – à travers le territoire national. Le fondement économique du « *right to travel* » n'a toutefois jamais fait l'unanimité parmi les juges du Capitole. Dès 1941, les juges Douglas, Black et Murphy considéraient que « (...) the right of persons to move freely from State to State occupies a more protected position in our constitutional system than does the movement of cattle, fruit, steel and coal across state lines »⁵²⁰. Ils estimaient par conséquent que ce droit procédait de la citoyenneté nationale et était protégé contre l'intervention des Etats en vertu de la « *Privileges and Immunities Clause* » du 14^{ème} amendement⁵²¹. Au fil des affaires, de nouvelles propositions surgirent pour expliquer les origines de la libre circulation des personnes, prenant appui soit sur certains droits garantis par la Constitution⁵²², soit sur la structure même de la fédération américaine⁵²³, soit sur les deux⁵²⁴.

⁵¹⁷ « Although such comments might suggest that every tax that passes contemporary Commerce Clause analysis is also valid under the Due Process Clause, it does not follow that the converse is as well true : a tax may be consistent with Due Process and yet unduly burden interstate commerce » (*Quill Corp.* précité).

⁵¹⁸ Sur ce sujet, cf. K. LENAERTS, « Fundamental Rights to be Included in a Community Catalogue », *E.L.R.*, 1991, p.367-390.

⁵¹⁹ Cf. e.a. *Smith v. Turner (passengers cases)* 48 U.S. 283 (1849) ; *Edwards v. People of State of California* 614 U.S. 160 (1941) ; *Camps Newfound v. Town of Harrison* 520 U.S. 564 (1997)

⁵²⁰ Opinion concurrente dans *Edwards v. People of State of California*, loc. cit.

⁵²¹ La majorité des juges de la Cour suprême ont adopté ce point de vue dans l'arrêt *Saenz v. Roe* 526 U.S. 489 (1999). Sur les retombées éventuelles de ce revirement, cf. D.G. SMITH, « A Return to First Principles ? Saenz v. Roe and the Privileges or Immunities Clause », *Utah L. Rev.*, 2000, p.305 et s.

⁵²² Ainsi de la *Due Process Clause* du 5^{ème} amendement (*Kent v. Dulles* 357 U.S. 116), de la *Privileges and Immunities Clause* de l'article IV, section 2 de la Constitution américaine (*Paul v. State of Virginia* 75 U.S. 168 (1868)), et de l'*Equal Protection Clause* du 14^{ème} amendement (opinion concurrente du juge en chef Burger dans *Attorney General of N.Y. v. Soto-Lopez* 476 U.S. 898 (1986)).

⁵²³ « The constitutional right to travel from one State to another, and necessarily to use the highways and other instrumentalities of interstate commerce in doing so, occupies a position fundamental to the concept of our Federal Union » (*United States v. Guest* 383 U.S. 745 (1966)).

340. – On notera que cette « parenté multiple » – intégration économique, droits constitutionnels et structure fédérale de l’Etat – ne facilite pas la tâche des juges lorsqu’ils sont amenés à définir les contours du « *right to interstate travel* ». Là où les uns considèrent que celui-ci se limite au droit de se déplacer librement sur le territoire de la Fédération, les autres estiment qu’il comporte l’obligation pour les Etats de ne pas établir de discrimination entre leurs ressortissants et les autres citoyens américains⁵²⁵.

341. – En revanche, on peut faire l’hypothèse que c’est précisément son apparentement aux piliers fondateurs de l’ordre juridique américain qui valut à la libre circulation des personnes le titre de « droit fondamental » et le bénéfice d’une protection judiciaire « rapprochée ». Il convient de remarquer à cet égard que, combiné au principe d’égalité du 14^{ème} amendement (« *Equal Protection Clause* »), le « *right to interstate travel* » a contribué au renforcement de la solidarité entre les Etats américains et à la satisfaction des « droits sociaux fondamentaux » de leurs ressortissants. La Cour suprême considère en effet que les mesures étatiques qui restreignent l’accès des citoyens immigrants aux services sociaux de base doivent être soumises à un contrôle de constitutionnalité très sévère (*strict scrutiny test*). Elles ne peuvent échapper à la censure que si elles sont étroitement liées à la poursuite d’un intérêt fondamental de l’Etat (« *narrowly tailored to serve a compelling state interest* ») et qu’elles constituent le moyen le moins restrictif (« *least restrictive means* ») de satisfaire cet intérêt⁵²⁶.

342. – On mesure ainsi toute la fécondité de cette nouvelle alliance entre intégration économique et droits fondamentaux. Incarnée dans le « *right to interstate movement* », elle permet aux juges de renforcer la solidarité nationale qui, aux dires du juge Cardozo, sous-tend l’ordre constitutionnel américain : « [t]he Constitution was framed under the dominion of a political philosophy less parochial in range. It was framed upon the theory that the peoples of the several states must sink or swim together, and that in the long run prosperity and salvation are in union and not division »⁵²⁷.

§2. La Cour suprême canadienne

a) Alliances institutionnelles

343. – Les juridictions suprêmes du Canada – le *Privy Council* jusqu’en 1949, la Cour suprême depuis lors – n’ont pas eu souvent l’occasion de se pencher sur la validité d’une mesure fédérale qui, sous le

⁵²⁴ « This Court long ago recognized that the nature of our Federal Union and our concepts of personal liberty unite to require that all citizens be free to travel throughout the length and breadth of our land uninhibited by statutes, rules, or regulations which unreasonably burden or restrict this movement » (*Shapiro v. Thompson* 394 U.S. 618, p.629).

⁵²⁵ Dans ce qui nous semble être son dernier arrêt en la matière (*Saenz v. Roe loc. cit.*) la Cour suprême a considéré que ce droit à la libre circulation comprenait trois éléments différents : « the right to enter and leave another State : the right to be treated as a welcome visitor while temporarily present in another State ; and, for those travelers who elect to become permanent residents, the right to be treated like other citizens of that State ». A cette conception s’opposent les vues plus strictes exprimées par les juges Rehnquist et Thomas dans leur opinion dissidente : « A person is no longer « traveling » in any sense of the word when he finishes his journey to a State which he plans to make his home (...). The right to travel and the right to become a citizen are distinct, their relationship is not reciprocal, and one is not a « component » of the other (...). At most, restrictions on an individual’s right to become a citizen indirectly affect his calculus in deciding whether to exercise his right in the first place, but such an attenuated and uncertain relationship is no ground for folding one right in the other ». Un point de vue diamétralement opposé à celui qui prévaut à Luxembourg...

⁵²⁶ Cf. e.a. *Shapiro v. Thompson, loc. cit.* (condition de résidence d’un an sur le territoire de l’Etat pour avoir droit à une forme d’allocation familiale) ; *Attorney General v. Soto-Lopez, loc. cit.* (discrimination positive à l’embauche en faveur des personnes qui, au moment d’entamer leur service militaire, résidaient sur le territoire de l’Etat) ; *Memorial Hospital v. Maricopa* 415 U.S. 250 (1974) (condition de résidence d’un an pour avoir droit, en tant qu’indigent, à la prise en charge par l’Etat des frais médicaux et hospitaliers) ; *Saenz v. Roe, loc. cit.* (condition de résidence d’un an sur le territoire de l’Etat pour avoir droit au même montant d’allocations familiales que les autres citoyens de l’Etat). Les mesures qui ne concernent pas les « besoins sociaux de base » font l’objet d’un examen moins sévère : cf. e.a. *Zobel v. Williams* 457 U.S. 55 (1982) ; *Hooper v. Bernalillo* 472 U.S. 612 (1985).

⁵²⁷ B. CARDOZO écrivant pour la majorité dans *Baldwin v. G.A.F. Seelig*, 294 U.S. 511, p.523 (1935).

couvert de la *Commerce Clause* de l'article 91(2) de la loi constitutionnelle, entendait protéger les droits fondamentaux. La raison en est probablement que le législateur canadien dispose d'autres chefs de compétence pour assurer cette protection. On rappellera à cet égard qu'outre une compétence exclusive en matière pénale (art.91(27)), la Constitution accorde à l'autorité fédérale le pouvoir « de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets (...) exclusivement assignés aux législatures des provinces » (art.91, al.1^{er}).

344. – Il ne semble guère contestable que le législateur fédéral soit en droit de recourir à sa compétence pénale pour assurer le respect d'un droit de l'homme même si, ce faisant, il empiète sur des prérogatives provinciales. Dans un arrêt *R. c. Hydro-Québec*⁵²⁸, la Cour suprême a en effet considéré que la protection d'un « objectif public légitime » – en l'occurrence, l'environnement – est toujours de nature à justifier l'intervention pénale de l'autorité centrale. Il ne paraît guère plus douteux que, dans certaines situations au moins, la protection d'un droit fondamental ressortit à la compétence résiduelle du législateur fédéral dans la mesure où elle apparaît comme une « matière d'intérêt national » dont « [l'] unicité, [la] particularité et [l'] indivisibilité la distinguent clairement des matières d'intérêt provincial »⁵²⁹.

345. – A l'inverse, les phénomènes d'alliance entre droits de l'homme et intégration économique (positive) sont d'autant plus rares et improbables que les juridictions canadiennes ont de tout temps privilégié une lecture restrictive de la « *Commerce clause* » canadienne. Dès le XIX^{ème} siècle, le *Privy Council* limitait la compétence de l'autorité fédérale au commerce international, interprovincial et national, à l'exclusion des échanges commerciaux *intraprovinciaux*⁵³⁰ même si les effets de ceux-ci « (...) were felt beyond the borders of a province »⁵³¹. Dans les décennies suivantes, le législateur canadien était déclaré à plusieurs reprises incompétent pour protéger les droits sociaux des travailleurs⁵³². Les choses ont, il est vrai, quelque peu changé depuis lors. Alors que la Cour suprême américaine tend à revoir « à la baisse » son interprétation de la *Commerce Clause*, son homologue canadienne semble suivre le chemin inverse⁵³³. Ces développements récents – et le principe de subsidiarité en matière commerciale qu'ils semblent consacrer⁵³⁴ – laissent peut-être entrevoir de nouvelles possibilités d'alliance.

b) Alliances économiques

346. – L'arrêt *Devine c. Québec*⁵³⁵ offre sans doute la meilleure illustration d'une coalition entre droits fondamentaux et intégration économique négative devant la Cour suprême canadienne. Cette affaire

⁵²⁸ [1997] 3 R.C.S. 213. Cf. également, pour la protection de la santé, *RJR-MacDonald Inc. C. Canada* [1995] 3 R.C.S. 199.

⁵²⁹ *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd* [1988] 1 R.C.S. 401.

⁵³⁰ *Citizen's Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), cité par G. TAYLOR, *loc. cit.*, p.238.

⁵³¹ G. DIGIACOMO, « Federalism and Labour Policy in Canada », *Working paper 2001(6)* – *Queen's University*, p.8, disponible sur www.iigr.ca/pdf/publications/137_Federalism_and_Labour_Po.pdf.

⁵³² Cf. les décisions du *Privy Council* dans les affaires *Snider* (1925) et *Labour Conventions Reference* (1937), citées *ibidem*, p.7-11.

⁵³³ Cf. en particulier *General Motors v. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641. Sur cette nouvelle interprétation des compétences fédérales en matière commerciale, cf. J. LECLAIR, *loc. cit.*, p.391-398 : « I am not arguing that the Supreme Court is pursuing a neo-liberal agenda, but simply that the Court has made it possible for the central government to implement national economic policies of any ideological flavour, at both the national *and* the intraprovincial levels » (p.392).

⁵³⁴ Selon certains, des arrêts récents de la Cour suprême laissent entendre que l'autorité fédérale est compétente pour légiférer dans des domaines économiques intraprovinciaux pour lesquels des réglementations provinciales s'avèreraient inefficaces (Cf. J. LECLAIR, *loc. cit.*, p.395-396).

⁵³⁵ [1988] 2 R.C.S. 790. Cf. cependant aussi *Black c. Law Society of Alberta* [1989] 1 R.C.S. 591 et *Office canadien de commercialisation des oeufs c. Richardson* [1998] 3 R.C.S. 157, qui mettaient tous les deux en scène une alliance entre liberté de circulation et d'établissement et liberté d'association. On remarquera toutefois qu'il s'agit là moins d'une coalition entre des principes liés à l'intégration économique et un droit fondamental qu'entre plusieurs droits fondamentaux. La Cour suprême a en effet considéré que l'article 6 de la Charte « (...) garantit la libre circulation des gens, non en tant que caractéristique de l'unité économique du pays, mais plutôt en vue d'atteindre un objectif en matière de droits de la personne. Il est axé sur l'individu. L'article 6 ne garantit pas et n'exclut pas catégoriquement le droit d'un individu d'introduire des biens, services ou capitaux dans une province sans être entravé par une réglementation quelconque. L'article 6 se rapporte

concernait deux lois québécoises, la « Charte de la langue française » et le « Règlement sur la langue du commerce et des affaires », qui prescrivaient, sous réserve de certaines exceptions, l'usage exclusif ou concurrent du français dans le secteur économique de la province. Ce régime linguistique s'appliquait notamment aux catalogues, aux brochures et aux dépliants, mais aussi aux factures, aux reçus et aux quittances, ainsi qu'à l'affichage public et à la publicité commerciale en général. L'exploitante anglophone d'un commerce à Montréal intenta une action en annulation contre ces lois. A l'appui de son recours, elle invoqua entre autres le respect de l'union économique canadienne et la protection des droits fondamentaux – en particulier, la liberté d'expression.

347. – La Cour procéda à l'examen séparé de ces griefs. Concernant le premier, elle estima qu'en ce qu'elles imposaient un usage exclusif du français, les lois attaquées n'étaient pas entachées d'un excès de compétence dans la mesure où elles « (...) visent à réglementer un aspect du commerce à l'intérieur de la province » (p.809) (nous soulignons). Elle considéra en outre que « (...) les dispositions [prescrivant un usage concurrent du français] n'imposent pas de conditions qui représentent un obstacle inacceptable à la liberté de circulation. Il s'agit de conditions auxquelles toute personne peut satisfaire avec l'aide professionnelle nécessaire. Elles peuvent imposer un fardeau supplémentaire aux personnes qui envisagent de faire affaire dans la province, et décourager parfois une telle initiative, mais cela peut être tout aussi vrai dans le cas d'autres conditions imposées par une loi provinciale valide ».

348. – Ayant rejeté le premier moyen, la Cour s'attela à l'analyse du second. Sur base d'un arrêt antérieur, elle estima d'abord que la liberté d'expression impliquait le droit de s'exprimer dans la langue de son choix. Déclarant qu'« il y a violation de cette liberté non seulement par l'interdiction d'utiliser la langue de son choix mais aussi par l'obligation faite par la loi d'utiliser une langue en particulier », la Cour conclut que les dispositions qui imposaient l'usage exclusif du français étaient contraires à la Charte canadienne des droits et libertés et à la Charte québécoise des droits et libertés de la personne.

349. – Cette affaire nous livre des enseignements importants. D'abord, elle démontre que les droits fondamentaux directement liés au marché – droit de propriété, droit au libre exercice de l'activité économique – ne sont pas les seuls à pouvoir s'allier aux arguments pris de la sauvegarde de l'intégration économique. Ensuite, elle nous apprend que ces derniers n'aboutissent pas toujours à de meilleurs « résultats » que les moyens tirés de la protection des droits de l'homme. Indépendamment des variations liées aux particularités des cas d'espèce, on peut penser que l'« efficacité comparative » de ces deux types d'arguments dépend en partie de l'endroit où ils sont invoqués. Nul ne contestera à cet égard que la protection des droits linguistiques constitue, aux yeux des Canadiens et de leurs juges, une question plus cruciale que la préservation de l'union économique. On notera enfin que parmi les droits fondamentaux invoqués, certains sont probablement susceptibles de faire plus facilement « mouche » que d'autres. Nul doute que l'idéal dont se revendique la liberté d'expression incitera plus aisément un juge à invalider une loi que les motifs « basement » mercantiles qui sous-tendent le droit au libre exercice de l'activité économique⁵³⁶. Des « intuitions » sur lesquelles il faudra revenir...

c) Alliances citoyennes

350. – Si la liberté de circulation et d'établissement « intracanadienne » est proclamée sans ambages à l'article 6, §2 de la Charte canadienne des droits et libertés⁵³⁷, ses origines « idéologiques » demeurent tout aussi mystérieuses que celles de son homologue américaine. Il y a près de vingt ans, deux

plutôt à un attribut essentiel de la personnalité et garantit que le choix de l'endroit où gagner sa vie ne sera pas entravé au moyen d'un traitement inégal, fondé sur le lieu de résidence, par les lois en vigueur dans le ressort où la personne visée gagne sa vie » (*Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson, loc. cit.*, pt.66). Sur tout ceci, cf. *infra*, n°350 et s.

⁵³⁶ Sur la crainte qu'inspire à l'étranger l'activisme des juges américains durant l'ère *Lochner*, cf. S. CHOUDHRY, « The *Lochner* Era and Comparative Constitutionalism », *I.J.Const.L.*, 2004, vol.2, p.1-55.

⁵³⁷ Le libellé de l'article 6 est reproduit *supra*, note n°304.

éminents juristes canadiens lui avaient assigné trois fondements possibles⁵³⁸ : la liberté individuelle, la citoyenneté, et l'efficacité économique. La doctrine ne s'est jamais entendue pour départager ces candidats à la paternité de l'article 6, §2, qui se réclament respectivement des droits fondamentaux, de l'union politique canadienne, et de l'intégration économique du pays⁵³⁹. Il ne nous appartient pas de trancher cette controverse, mais d'en tirer certains enseignements. On observera ainsi que la liberté de circulation intracanadienne se trouve à l'intersection de différentes logiques qui se complètent plus qu'elles ne s'opposent. Les propos qui suivent tentent de montrer en quoi cette liberté est tributaire de chacune de celles-ci sans être totalement assimilable à l'une d'elles. Ceci devrait nous convaincre une nouvelle fois de la force centripète qui se dégage des alliances « citoyennes » entre droits de l'homme et intégration économique.

351. – Les débats précédant l'adoption de l'article 6, §2, de la Charte canadienne témoignent incontestablement de ses origines *économiques*. Ils expriment le souci de combattre les régimes protectionnistes que, faisant usage de leurs vastes compétences, les provinces avaient mis sur pied. Cherchant à conserver une main-d'œuvre qualifiée sans attirer les « indigents » venus d'autres coins du pays, les collectivités fédérées avaient progressivement détricoté l'union économique canadienne et érigé de nouvelles frontières entre les provinces. L'article 6, §2 était destiné à remédier à cette situation. Et si certains craignaient que la libre circulation n'aboutît à l'exploitation de certaines régions par d'autres⁵⁴⁰, la plupart s'accordèrent rapidement sur ses bienfaits pour l'économie nationale⁵⁴¹.

352. – Une fois l'article 6, §2 adopté, ses fondements économiques sombrèrent rapidement dans l'oubli. A l'occasion de l'affaire *Black c. Law Society of Alberta*, la Cour suprême exprima sa position sur les principes sous-jacents à la libre circulation des personnes. Sans dénier totalement le rôle qu'avaient joué les préoccupations économiques dans son adoption, la Cour considéra que l'article 6, §2 reposait essentiellement sur une certaine conception de la *citoyenneté* canadienne. Se référant à un arrêt plus ancien, elle déclara que « la citoyenneté comporte le droit inhérent de résider n'importe où dans le pays et de gagner sa vie sans égard aux frontières provinciales »⁵⁴². On conviendra que ce rattachement de la libre circulation à la citoyenneté ne manque pas de pertinence. Aux antipodes des traités européens, l'article 6, §2 ne concerne que les personnes physiques, à l'exclusion des entreprises et, *a fortiori*, des marchandises, des services et des capitaux. En revanche, on rappellera qu'à l'inverse de la libre circulation internationale (art.6, §1^{er}), des droits de vote et d'éligibilité (art.5) et de certains droits linguistiques (art.23), le droit à la libre circulation intracanadienne ne bénéficie pas seulement aux citoyens canadiens, mais également aux « résidents permanents ».

353. – Ce champ d'application relativement large, qui dépasse le cadre « national » inhérent au concept de citoyenneté⁵⁴³, témoigne d'une certaine ambiguïté qui n'a pas échappé à la Cour suprême. Dans un arrêt plus récent, celle-ci est quelque peu revenue sur sa position antérieure en considérant que la libre circulation se rapporte à « (...) un attribut essentiel de la personnalité et garantit que le

⁵³⁸ T. LEE, M.J. TREBILCOCK, *loc. cit.*, p.281-283.

⁵³⁹ Les auteurs précités accordent leur préférence à la liberté individuelle (*Ibid.*, p.283); A. DE MESTRAL et J. WINTER penchent pour leur part en faveur de la citoyenneté (« Mobility Rights in the European Union and Canada », *McGill L.J.*, 2001, vol.46, p.979 et s.); quant à E. BINAVINCE, il considère que les « Mobility rights were included in the Charter to create the economic union that parliament and the legislatures have failed to create within the scope of their powers in the Constitution Act, 1867 » (*loc. cit.*, p.345).

⁵⁴⁰ Cf. E. BINAVINCE, *loc. cit.*, p.346.

⁵⁴¹ Cf. la déclaration suivante d'un ministre, rapportée *ibidem*, p.346 : « The only way we can supply our human resource need and ensure that there is effective productivity is to ensure the easy movement of people to where the jobs are. So long as we tolerate or allow barriers to exist, we will not be able to employ a national employment strategy. To those who sometimes condemn the constitutional debate as being somewhat abstract or academic in this area, I would say that certainly in this area, it is a very real and vital necessity to make our economy grow ».

⁵⁴² *Black c. Law Society of Alberta* [1989] 1 R.C.S. 591, p.612.

⁵⁴³ Dans la mesure où elle estime qu'« il y a corrélation entre citoyenneté et nationalité » (*Ibid.*), la Cour suprême rapproche ici la libre circulation intracanadienne de la « citoyenneté au sens strict » et non de la citoyenneté « au sens large ». Sur la distinction entre ces deux notions, cf. H. DUMONT, Fr. TULKENS, « Citoyenneté et responsabilité en droit public », in H. DUMONT, F. OST, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, 2005, p.171-259, spéc. p.178-187.

choix de l'endroit où gagner sa vie ne sera pas entravé au moyen d'un traitement inégal, fondé sur le lieu de résidence, par les lois en vigueur dans le ressort où la personne visée gagne sa vie »⁵⁴⁴. Cette « droit-de-l'hommission » de l'article 6, §2 semble toutefois elle aussi sujette à caution. Il est vrai que la libre circulation *en général* a été traitée par certains juges canadiens comme une composante essentielle de l'autonomie de l'individu⁵⁴⁵, et que l'article 6, §2 a déjà conduit la Cour suprême à interpréter largement d'autres droits⁵⁴⁶. On rappellera toutefois que le nombre limité de ses bénéficiaires cadre mal avec l'universalisme des droits de l'homme. En outre, certains aspects de la libre circulation intracanadienne se sont déjà vu refuser toute protection constitutionnelle autonome. La Cour suprême a ainsi considéré que le droit pour les citoyens et résidents de « gagner leur vie dans toute province », contenu à l'article 6, §2, ne s'appliquait pas dans les situations purement internes aux provinces et exigeait un déplacement d'une province à une autre⁵⁴⁷.

354. – A défaut de pouvoir en débrouiller l'écheveau, il convient de prendre acte une nouvelle fois de cette paternité multiple. Elle démontre que s'ils ne se recoupent pas totalement, les soucis nés de la sauvegarde de l'intégration économique et du respect des droits de l'homme ne sont pas pour autant nécessairement antagoniques. La libre circulation intracanadienne des personnes illustre la complémentarité de leurs logiques et incarne la force centripète de leur alliance.

§3. Les « arbitres suprêmes »⁵⁴⁸ de Belgique

a) Alliances institutionnelles

355. – Au nom du « respect du cadre normatif général de l'union économique et de l'unité monétaire », l'article 6, §1^{er}, VI, al.4 et 5, de la loi du 8 août 1980 attribue un grand nombre de compétences au législateur fédéral. Parmi celles-ci, certaines ont trait à la protection d'intérêts non marchands qui ne sont pas sans lien avec les droits de l'homme. Ainsi en est-il par exemple de la protection des consommateurs, de la sécurité sociale ou des relations de travail. A l'inverse des « *Commerce Clauses* » américaine et canadienne, la loi spéciale belge reconnaît donc explicitement le phénomène d'alliance institutionnelle entre intégration économique et droits fondamentaux.

356. – Mais comme nous l'avons dit plus haut, le respect de l'union économique et de l'unité monétaire ne se trouve pas seulement au fondement de l'attribution de certains pouvoirs aux autorités centrales. A la lecture de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, ce principe apparaît moins comme une clef de répartition des compétences que comme une modalité d'exercice de celles-ci. En « informant » la mise en œuvre des compétences fédérales, il permet la conclusion d'autres alliances, plus indirectes, entre l'intégration économique et la protection d'intérêts non marchands qui relèvent de la compétence des collectivités fédérées. La question des écotaxes fournit à ce jour la meilleure illustration de ce phénomène. Une loi du 16 juillet 1993, qui imposait le prélèvement d'écotaxes⁵⁴⁹ sur un certain nombre de produits jugés nuisibles à l'environnement, fit l'objet de plusieurs recours en annulation devant la Cour constitutionnelle⁵⁵⁰. Parmi les moyens soulevés à l'appui de leur demande, les requérants prétendaient que le prélèvement d'écotaxes empiétait « (...) de manière disproportionnée sur la compétence attribuée (...) aux régions en matière d'environnement et de politique des déchets ».

⁵⁴⁴ Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson, loc. cit., pt.66.

⁵⁴⁵ Cf. *R. c. Heywood* [1994] 3 R.S.C. 761, p.778, 795 et 797.

⁵⁴⁶ Concernant le lien entre la liberté de circulation et le droit à l'enseignement dans la langue de la minorité, cf. *Solski (Tuteur de) c. Québec* [2005] 1 R.C.S. 201.

⁵⁴⁷ *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357.

⁵⁴⁸ Sous cette qualification générique un peu curieuse sont visées la Cour constitutionnelle, la Cour de cassation, ainsi que les sections administration et législation du Conseil d'Etat.

⁵⁴⁹ L'écotaxe s'entend d'une « taxe assimilée aux accises, frappant un produit mis à la consommation en raison des nuisances écologiques qu'il est réputé générer (art.369, 1° de la loi du 16 juillet 1993 visant à achever la structure fédérale de l'Etat).

⁵⁵⁰ Cf. les arrêts n°6, 7, 8, 9, 10/95 du 2 février 1995.

357. – La Cour constitutionnelle estima que les écotaxes constituaient un impôt et relevaient partant de la compétence fiscale de l’Etat fédéral en vertu de l’article 170, §1^{er} de la Constitution. Elle se demanda ensuite si, dans la mesure où ils procédaient d’une politique en matière d’environnement et de déchets, ces prélèvements ne rendaient pas « impossible ou exagérément difficile l’exercice des compétences régionales » dans ce domaine. Elle tint le raisonnement suivant :

« Si chaque région devait prendre séparément des mesures dont le but est de freiner la mise à la consommation de certains produits et d’encourager l’emploi de matières jugées moins nuisibles à l’environnement, il pourrait en résulter que la commercialisation de ces produits serait soumise à des conditions différentes suivant la région où ils sont mis en vente. De telles mesures pourraient entraver la libre circulation des biens et fausser le jeu de la concurrence. Elles méconnaîtraient ainsi l’article 6, §1^{er}, alinéa 3 de la loi spéciale du 8 août 1980 (...) La nécessité de tracer un cadre uniforme qui respecte l’union économique en matière d’écotaxes justifie que le législateur fédéral use de sa compétence fiscale ».

358. – L’impératif du respect de l’union économique, combiné au fait que les régions avaient été associées *de facto* à l’introduction des écotaxes, établissait la validité de l’intervention fédérale. Il servait ainsi de trait d’union entre une compétence de l’autorité centrale et la préservation d’intérêts locaux.

359. – Cette « alliance indirecte » n’a jusqu’à présent trouvé à s’appliquer que dans le domaine environnemental⁵⁵¹. On ne s’en étonnera pas, tant il est évident que l’Etat fédéral belge, à l’instar de son homologue canadien – et sans doute davantage encore que lui –, dispose de bien d’autres chefs de compétences pour assurer le respect des droits fondamentaux. Ce détour par la Belgique n’est cependant pas dénué d’intérêt pour notre étude. Il nous montre que si elle peut constituer un chef de compétence à part entière, l’intégration économique est également susceptible d’influencer l’exercice d’autres compétences et d’emprunter des voies détournées pour assurer la protection des droits de l’homme.

b) Alliances économiques

360. – Nous avons vu plus haut que l’article 6, §1^{er}, VI, al.3, de la loi spéciale du 8 août 1980 consacrait lui-même l’alliance entre un droit « fondamental » – la liberté de commerce et d’industrie – et les principes fondateurs de l’union économique belge. Cette coalition, orchestrée par le législateur spécial, a été « déployée » à diverses reprises devant les juridictions suprêmes du pays. Nous voudrions rapidement rendre compte d’un contentieux qui, tout en révélant l’efficacité de cette alliance économique, nous permettra d’en apprendre davantage à son propos.

361. – Le 10 novembre 1994, la Cour de cassation rendait un arrêt sur une taxe provinciale qui frappait l’exploitation des coupes de bois⁵⁵². Elle y déclara qu’en prélevant une taxe indirecte sur un objet de consommation locale, la province avait en réalité levé un « octroi »⁵⁵³. Or, la loi qui interdisait aux autorités provinciales de procéder à ce type de prélèvements avait été abrogée vingt ans auparavant. La taxe litigieuse semblait donc légale. La Cour considéra toutefois que le principe de la liberté du commerce garanti par le décret d’Allarde des 2-17 mars 1791 faisait malgré tout obstacle à la réintroduction des octrois provinciaux. Cette opposition était d’autant plus forte que l’Etat belge reposait désormais « (...) sur une union économique qui implique au premier chef la libre circulation des marchandises et des facteurs de production entre les composantes de l’Etat ». L’octroi n’était en effet « (...) pas compatible avec cette union économique puisqu’il entrave nécessairement la libre concurrence entre les composantes de l’union »⁵⁵⁴.

⁵⁵¹ Dans le domaine des écotaxes, cf. aussi l’arrêt n°159/2004 du 1^{er} décembre 2004.

⁵⁵² *Droit communal*, 1995/2, p.101-108.

⁵⁵³ On entend par octroi un impôt indirect de consommation – semblable à la T.V.A. – prélevé par une commune ou – par extension – par une province.

⁵⁵⁴ *Ibid.*, p.108.

362. – Interrogé quatre ans plus tard sur la légalité d'une mesure similaire, le Conseil d'Etat adoptait précisément le même raisonnement⁵⁵⁵ : la liberté de commerce *et* l'union économique empêchaient les provinces de lever un octroi. L'arrêt laissait toutefois penser que l'alliance entre ces deux principes n'était pas seulement fortuite ou ponctuelle ; la liberté de commerce et l'union économique apparaissaient inextricablement liées l'une à l'autre, de telle sorte qu'au lieu d'apparaître comme deux arguments différents, elles semblaient devoir faire l'objet d'un examen global. Le Conseil d'Etat déclarait en effet que « (...) chaque composante de l'Etat, y compris les provinces, est tenue, même en matière fiscale, de s'abstenir de prendre séparément des mesures qui constitueraient des entraves à la libre circulation de certains biens, fausseraient le jeu de la concurrence *et, par là même*, feraient obstacle au libre exercice du commerce et de l'industrie, plus particulièrement lorsque la consommation de produits et leur commercialisation en viendraient à être soumises à des conditions différentes suivant le lieu où ils sont mis en vente » (nous soulignons).

363. – Dans un arrêt plus récent, le Conseil d'Etat allait toutefois affiner sa position⁵⁵⁶. Il s'agissait en l'espèce d'une taxe communale frappant la « distribution gratuite à domicile d'imprimés non adressés » (« toutes-boîtes »). Les requérants postulaient l'invalidation de cette taxe, notamment au motif qu'elle constituait un octroi, qu'elle violait la liberté de commerce et d'industrie, et qu'elle était contraire au principe de l'union économique et monétaire. Considérant qu'elle s'appliquait à un service et non à la consommation d'un produit, le Conseil d'Etat estima que la taxe en question ne pouvait s'analyser comme un octroi. Se penchant ensuite sur les autres arguments de la requérante, il déclara dans un même souffle qu'eu égard à ce qui précédait, la taxe ne créait pas de distorsion de concurrence, ne violait pas le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, et n'entravait pas davantage l'union économique belge. Le Conseil d'Etat semblait une fois encore procéder à un examen global des arguments tirés de l'intégration économique et du respect d'une liberté individuelle. Dans le paragraphe suivant, il revint pourtant subitement sur le grief relatif à une violation de la liberté du commerce et de l'industrie. Après avoir déclaré que cette dernière ne pouvait faire obstacle au pouvoir fiscal de la commune pour autant que celle-ci « (...) demeure dans les limites de ses attributions et qu'il existe un lien entre le but poursuivi, les dépenses visées et la taxe instaurée », le Conseil d'Etat conclut à la proportionnalité de ladite taxe et confirma sa légalité.

364. – Ce bref survol de la jurisprudence relative aux octrois communaux et provinciaux nous permet de clarifier quelque peu les relations qui unissent la liberté de commerce et l'intégration économique. D'abord, l'arrêt de la Cour de cassation et la première décision du Conseil d'Etat illustrent l'efficacité dérégulatrice qui résulte de l'alliance de ces deux principes. Si les octrois provinciaux restent interdits en Belgique, c'est non seulement en vertu de la liberté de commerce consacrée par le décret d'Allarde – un moyen qui, à lui seul, n'aurait peut-être pas suffi à convaincre – mais aussi en raison de l'union économique sur laquelle repose la structure de l'Etat. Ensuite, le premier arrêt du Conseil d'Etat met en exergue l'étroite imbrication de ces deux notions. C'est parce que les octrois créent des distorsions de concurrence et nuisent à l'union économique belge qu'ils portent atteinte à la liberté de commerce et d'industrie. Enfin, le deuxième arrêt du Conseil d'Etat nous montre que ce recoupement n'est que partiel. Si une atteinte à l'union économique peut entraîner une violation de la liberté de commerce, il ne s'ensuit pas pour autant que toute atteinte à celle-ci présuppose une violation de celle-là et vice-versa. Selon les cas de figure, les deux arguments doivent donc soit faire l'objet d'un examen séparé, soit être analysés conjointement.

c) Alliances citoyennes

365. – L'examen des alliances « citoyennes » au sein de l'ordre juridique belge nous offre l'occasion de quitter un instant la sphère judiciaire pour se pencher sur un avis rendu par la section de législation du Conseil d'Etat à la demande du gouvernement flamand⁵⁵⁷. Cet avis concernait un projet d'arrêté ministériel mettant en œuvre un décret de la Communauté flamande du 28 février 2003 « relatif à la

⁵⁵⁵ Arrêt du Conseil d'Etat n°76.715, 28 octobre 1998.

⁵⁵⁶ Arrêt du Conseil d'Etat n°132.983, 24 juin 2004.

⁵⁵⁷ Avis du 9 décembre 2003, n°36.116/3, inédit (mais cité par H. DUMONT, F. TULKENS, *loc. cit.*, p.219).

politique flamande d'intégration civique » (« *betreffende het Vlaamse inburgeringsbeleid* »)⁵⁵⁸. Ledit arrêté s'inscrivait ainsi dans un vaste projet destiné à favoriser l'intégration des étrangers récemment établis en Région flamande ou bruxelloise en imposant à certains d'entre eux, sous la menace de sanctions pénales, « trois paquets de formation, à savoir l'orientation sociale, le néerlandais comme seconde langue et l'orientation de la trajectoire de vie » (art.13 du décret précité).

366. – Appelé à se pencher sur la constitutionnalité d'un tel régime, le Conseil d'Etat rappela l'existence d'un double rempart contre les excès éventuels d'une politique communautariste. Le premier se déduisait du droit à la vie privée et à l'autonomie de la personne consacré aux articles 8 de la CSDH, 17 du PIDCP, et 22 de la Constitution. Le Haut Conseil rappela les mises en garde qu'il avait déjà formulées dans son avis du 18 décembre 2002 relatif au projet qui deviendrait le décret du 28 février 2003⁵⁵⁹. Dans cet avis, il avait estimé que « l'introduction de l'obligation de suivre un programme d'intégration civique peut être conçue par certains étrangers comme une atteinte au respect de leur autonomie personnelle. Dans ces situations, l'obligation peut être considérée comme une immixtion dans leur droit au respect de la vie privée »⁵⁶⁰. Après avoir jugé que cette immixtion poursuivait un but légitime et était prévue par la loi, le Conseil d'Etat s'était interrogé sur la proportionnalité du régime que le projet entendait instaurer, notamment eu égard aux sanctions pénales qui y étaient prévues. Tout en se gardant bien de conclure à une violation patente du droit à la vie privée, le Conseil d'Etat s'était limité à « (...) mettre en garde contre le risque que la réglementation proposée soit considérée dans certains cas comme une atteinte excessive à l'autonomie personnelle des personnes du groupe cible »⁵⁶¹. Dans son avis du 9 décembre 2003, le Haut Conseil déclara que le projet d'arrêté ministériel n'était pas de nature à faire disparaître un tel risque d'atteinte aux droits fondamentaux des étrangers.

367. – Se penchant ensuite sur les mesures concrètes qu'introduisait le projet d'arrêté, il en vint à examiner les catégories de personnes qui étaient dispensées de l'obligation d'intégration civique. Parmi celles-ci figuraient les Belges et les ressortissants de l'Espace économique européen, ainsi que les membres de leurs familles – conjoints, descendants et ascendants à charge. Le Conseil d'Etat confirma le bien-fondé de ces exemptions qui découlaient, d'une part, du principe européen de libre circulation et, d'autre part – *a fortiori*, disait-il –, du principe de l'union économique et monétaire belge⁵⁶². Le second « rempart », tiré de l'intégration économique, ne semblait dès lors pas faire obstacle à la politique flamande d'« *inburgering* ».

368. – S'il a le mérite de mettre en présence des objections tirées de la protection des droits fondamentaux et des principes fondés sur la sauvegarde de l'union économique, l'avis du Conseil d'Etat ne tire sans doute pas toutes les conséquences de leur imbrication. Deux réflexions nous permettront de mieux saisir l'enchevêtrement des logiques relatives aux droits de l'homme et à l'intégration économique, de mesurer leur « *mutually enforcing relationship* »⁵⁶³, et d'observer l'effet centripète qui résulte de leur combinaison.

⁵⁵⁸ M.B., 8 mai 2003. Comp. l'avis du Conseil d'Etat n°35.536/VR/3 du 24 janvier 2006 relatif au projet de décret portant modification du décret du 15 juillet 1997 instituant le Code du logement flamand, disponible sur <http://jisp.vlaamsparlament.be/docs/stukken/2005-2006/g824-1.pdf>. Le Conseil d'Etat se montre réservé sur la compatibilité, avec les droits fondamentaux et – dans une moindre mesure – avec la libre circulation communautaire et le principe de l'union économique belge, d'un projet de décret subordonnant l'octroi d'un logement social à la « disposition » (« *bereidheid* ») de son bénéficiaire à apprendre le néerlandais.

⁵⁵⁹ Doc. VI. Parl., n° 1229/4 (2001-2002/4).

⁵⁶⁰ Nous traduisons du texte suivant : « Het opleggen van de verplichting om een inburgeringsprogramma te volgen kan door sommige vreemdelingen opgevat worden als een gebrek aan respect voor hun persoonlijke autonomie. In die gevallen kan de verplichting dan ook beschouwd worden als een inmenging in hun recht op eerbiediging van het privé-leven » (§4, al.3).

⁵⁶¹ Nous traduisons du texte suivant : « (...) waarschuwen voor het risico dat de voorgestelde regeling in bepaalde gevallen als een te verregaande inmenging in de persoonlijke autonomie van de personen van de doelgroep aangemerkt zou moeten worden » (§6).

⁵⁶² « Als aangenomen wordt dat het Europese beginsel van het vrij verkeer van personen belet om de genoemde verplichting op te leggen aan EU-onderdanen, dan dient a fortiori aangenomen te worden dat een deelgebied in België die verplichting ook niet kan opleggen aan Belgische onderdanen die zich in dat deelgebied willen vestigen » (§14, al.3).

⁵⁶³ Cf. *Hicklin v. Orbeck* 437 U.S. 518 (1978), cité *supra*, n°337.

369. – Notre première observation part d’une mise en garde formulée par le Conseil d’Etat à l’adresse du législateur flamand contre la différence de traitement introduite par le projet d’arrêté entre les conjoints des ressortissants européens – qui bénéficiaient de l’exemption – et leurs « partenaires cohabitants » – qui n’en jouissaient point. Le Haut Conseil recommandait aux instigateurs du projet de vérifier si ce régime différencié s’appuyait sur une justification suffisante pour être compatible avec le principe d’égalité. En réalité, il nous semble qu’à côté des principes d’égalité et de non-discrimination, l’alliance « citoyenne » entre libre circulation et droit à la vie privée aboutit elle aussi à remettre en cause l’exclusion du « partenaire cohabitant » des bénéficiaires de l’exemption. En effet, on remarquera que la directive 2004/38 CE⁵⁶⁴ consacre le droit de circulation et de séjour du citoyen de l’Union européenne *et du partenaire avec lequel il a conclu un partenariat enregistré* (art. 2, §2, b). Cette directive, qui prend sa source au confluent de l’intégration économique et du droit au respect de la vie familiale, s’oppose *per se* à l’*inburgering* en ce qu’il entrave la libre circulation des partenaires cohabitants. Les réflexions du Conseil d’Etat relatives à l’union économique et monétaire *belge* laissent penser que ce raisonnement est applicable *a fortiori* aux personnes qui ont conclu un partenariat enregistré avec des ressortissants belges.

370. – Notre seconde observation prend appui sur les brillantes réflexions de S. Van Drooghenbroeck⁵⁶⁵. Au départ de l’avis du Conseil d’Etat, S. Van Drooghenbroeck suggère que la Communauté flamande n’est pas compétente pour instaurer une politique d’« *inburgering* » obligatoire dans la mesure où celle-ci porte atteinte à la libre circulation des personnes consacrée à l’article 6, §1^{er}, VI, al.3, de la loi spéciale du 8 août 1980. Constatant que cette disposition n’établit « (...) aucune distinction quant à la nationalité des personnes concernées », S. Van Drooghenbroeck en déduit qu’elle fait obstacle à l’adoption de toute mesure qui gênerait excessivement la circulation des « (...) *travailleurs rémunérés*, effectifs ou potentiels, [nationaux ou étrangers,] ou de manière générale, des « facteurs de production », sur le « marché économique belge »⁵⁶⁶. Ce raisonnement, qui s’appuie sur l’effet dissuasif de l’« *inburgering* », met en lumière l’« effet d’entraînement » qu’exercent parfois les droits de l’homme sur les principes tirés de l’intégration économique : c’est parce que la politique flamande d’intégration civique porte atteinte à sa vie privée et à son autonomie personnelle qu’un étranger travaillant à Namur hésitera à exercer sa libre circulation en déménageant à Anvers pour y répondre à une offre d’emploi. On notera de surcroît que cet effet d’entraînement n’a pas seulement des retombées « rhétoriques », qui permettent à des requérants potentiels d’avancer deux moyens plutôt qu’un. L’« entrée dans la danse » de la libre circulation et de l’union économique et monétaire soulève des questions nouvelles sur la validité de l’« *inburgering* », qui ne se satisfont pas d’une balance des intérêts en guise de réponse. Comme nous l’avons relevé plus haut, on ne justifie pas la violation d’une règle relative à l’exercice d’une compétence en invoquant le but dans lequel on exerce celle-ci.

*
* *
*

371. – Plus encore que les *conflits*, les *alliances* entre droits fondamentaux et intégration économique paraissent indifférentes aux frontières qui séparent les ordres juridiques. Ces coalitions, que l’on aurait pu croire « contre nature », peuplent pareillement les jurisprudences américaine, canadienne et belge. Plus encore, elles y servent – peu ou prou – les mêmes desseins. Les alliances institutionnelles sont sans doute les moins « universelles », tant il est vrai qu’elles dépendent directement des règles de répartition des compétences entre entités fédérale et fédérées. Même là cependant, l’observateur averti n’aura pas manqué de tracer un parallèle entre l’interprétation fort généreuse de la *Commerce Clause* longtemps privilégiée par la Cour suprême américaine et la portée très large conférée à l’article 95 CE

⁵⁶⁴ J.O., 29 juin 2004, L229/35.

⁵⁶⁵ S. VAN DROOGHENBROECK, « Fédéralisme, droits fondamentaux et citoyenneté : les certitudes à l’épreuve de l’*inburgering* », in E. BREMS, R. STOKX (eds.), *Recht en minderheden – De ene diversiteit is de andere niet*, Tegenspraak, cahier 26, 2006, p.257-274, spéc. p.271-273.

⁵⁶⁶ *Ibid.*, p.273 (souligné dans le texte).

par la CJCE⁵⁶⁷. Mais c'est surtout la récurrence des alliances *économiques* et *citoyennes* qui ne laisse pas de surprendre. Du côté des premières, on relèvera la propension des plaideurs à invoquer pêle-mêle le respect des droits de l'homme et la sauvegarde de l'intégration économique pour mettre à bas des mesures locales jugées nuisibles au libre-échange. Du côté des secondes, on épinglera la façon dont les droits de l'homme et la dynamique de l'intégration économique se coalisent pour favoriser l'émergence et renforcer la portée du principe de libre circulation des personnes ou des citoyens. Incontestablement, ces phénomènes transnationaux adressent des questions communes à toutes les juridictions appelées à s'y pencher. Il serait dommage que dans l'élaboration de solutions, ces juridictions se privent du bénéfice de l'expérience de leurs voisines.

Section 2. Comparaisons internes – droits fondamentaux et libre circulation dans les jurisprudences des Etats membres

372. – Le deuxième volet de notre analyse comparative nous ramène dans le giron de l'ordre juridique européen. Il s'agit de s'interroger sur la manière dont les juges « naturels » de celui-ci arbitrent les interactions entre la libre circulation communautaire et la protection des droits fondamentaux. Au bénéfice de cette – trop brève – plongée dans la jurisprudence des cours et tribunaux des Etats membres, l'on découvrira que ces interactions entre droits de l'homme et intégration économique prennent ici également la forme de conflits (A) et d'alliances (B). L'on s'apercevra même que cette relation « amour-haine » s'articule selon des modalités similaires à celles que l'on a observées dans le cadre de nos comparaisons « externes ».

373. – Sur un point cependant, les interactions examinées dans les pages qui suivent diffèrent de celles étudiées ci-dessus. Plutôt que d'apparaître dans la jurisprudence d'une cour fédérale ou centrale, dont le but premier est d'assurer l'intégration et l'unité de l'ordre juridique « multi-niveaux », elles se présentent devant des juridictions « locales », avant tout soucieuses de sauvegarder la diversité et l'intégrité des entités parties au projet d'intégration économique et politique. Gageons que cette différence de contexte et de perspective ne restera pas sans incidence sur le traitement réservé aux interactions entre libre circulation et droits fondamentaux.

A. Conflits

374. – Comme dans les ordres juridiques étudiés plus haut, les conflits entre droits de l'homme et libre circulation communautaire sont susceptibles de revêtir deux formes distinctes devant les juridictions des Etats membres. Tantôt les droits fondamentaux viennent mettre en cause une mesure « centrale » d'intégration économique positive – c'est la construction du marché intérieur européen – (§1^{er}), tantôt une réglementation « locale » de protection d'un droit de l'homme se voit compromise au nom de l'intégration économique négative – ce sont les libertés de circulation européennes (§2).

§1^{er}. La construction du marché intérieur face au respect des droits fondamentaux

375. – L'intégration économique positive est assurée par des mesures de droit dérivé. Adoptées par le législateur communautaire, celles-ci procèdent au rapprochement des législations nationales dans le

⁵⁶⁷ Cf. *infra*, n°461 et s.

but d'assurer l'établissement et le bon fonctionnement du marché intérieur. Les juridictions nationales s'autorisent parfois à contrôler de telles normes au regard des droits fondamentaux. Les cours et tribunaux allemands ont sans doute été les plus audacieux à cet égard (a). Bien (plus) souvent cependant, les conflits entre intégration économique positive et droits de l'homme empruntent des voies détournées pour parvenir devant les prétoires des Etats membres. Nul n'ignore à cet égard que les mesures communautaires de rapprochement des législations nécessitent souvent l'intervention des autorités étatiques, appelées à mettre en œuvre dans le droit interne les prescrits des normes européennes. Lorsque ces mesures d'application ou de transposition du droit communautaire sont mises en cause pour violation d'un droit de l'homme, ce sont en réalité des conflits indirects entre intégration économique positive et droits fondamentaux qui surgissent devant les juges nationaux. La jurisprudence des hautes juridictions françaises nous permettra d'illustrer ce propos (b).

a) Le droit dérivé face au respect des droits fondamentaux – l'exemple allemand

376. – On pourrait à première vue s'étonner que des conflits « directs » entre intégration économique positive et droits fondamentaux surgissent devant les cours et tribunaux des Etats membres. On connaît la suprématie affirmée du droit communautaire, qui exclut *a priori* tout conflit entre les droits fondamentaux garantis par les constitutions des Etats membres et les réglementations communautaires visant à favoriser l'établissement du marché intérieur⁵⁶⁸. Celles-ci priment en effet ceux-là. Quant au contrôle des mesures de droit dérivé à l'aune des standards consacrés par le droit communautaire, il est également prohibé par la jurisprudence communautaire. Dans son arrêt *Foto-Frost*, la Cour de justice a très clairement affirmé qu'elle était seule compétente pour examiner la validité des actes des institutions communautaires⁵⁶⁹.

377. – On sait bien, pourtant, qu'à ce principe de primauté péremptoirement formulé par la CJCE – réaffirmé par le défunt traité établissant une Constitution pour l'Europe⁵⁷⁰ et par une Déclaration annexée au traité de Lisbonne –, un certain nombre de juridictions nationales ont opposé une approche résolument souverainiste, fondée sur la prééminence de leur charte constitutionnelle⁵⁷¹. A cet égard, on conviendra que nul plus que la Cour constitutionnelle allemande n'a pris au sérieux le problème des conflits entre le droit communautaire et le principe constitutionnel du respect des droits fondamentaux. On ne reviendra plus sur les arrêts « *Solange* » I et II, ni sur les sentiments d'indignation et de soulagement qu'ils soulevèrent respectivement. On ne s'étendra pas davantage sur l'arrêt « Maastricht », qui semblait revenir sur les acquis de *Solange II* en réaffirmant la compétence inconditionnelle du *Bundesverfassungsgericht* pour contrôler la validité du droit dérivé à l'aune des droits et libertés contenus dans la Loi fondamentale⁵⁷². Nous voudrions plutôt nous arrêter quelques instants sur l'« affaires des bananes », qui mettait en cause la validité d'une norme communautaire d'intégration économique positive⁵⁷³, et qui, six années durant (1994-2000), fit craindre la fronde des juridictions allemandes annoncée par l'arrêt « Maastricht »⁵⁷⁴.

⁵⁶⁸ Cf. aff. 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft*, 17 décembre 1970, *Rec.*, 1970, p.1135.

⁵⁶⁹ Aff. 314/85 *Firma Foto-Frost*, 22 octobre 1987, *Rec.*, 1987, p.4199.

⁵⁷⁰ Article I-6.

⁵⁷¹ Pour un récapitulatif, cf. A. ALEN, « Les relations entre la Cour de justice des Communautés européennes et les Cours constitutionnelles des Etats membres », in *Liber Amicorum Paul Martens*, 2007, p.665-713. Adde : E. DUBOUT, *L'article 13 du traité CE*, 2006, p.323-330.

⁵⁷² Sur cet arrêt, cf. *supra*, n°160 ; *infra*, n°413.

⁵⁷³ Cette norme ne participait toutefois pas à l'établissement du marché intérieur *s.s.* Cf. *supra*, les précisions terminologiques données dans l'introduction générale de cette étude.

⁵⁷⁴ Sur cet épisode, cf. e.a. M. AZIZ, « Sovereignty Lost, Sovereignty Regained? Some Reflections on the Bundesverfassungsgericht's Bananas Judgment », *C.J.E.L.*, vol.9, p.109-140 ; M. DONY, « L'affaire des bananes », *C.D.E.*, 1995, p.461-496 ; U. EVERLING, « Will Europe Slip on Bananas ? The Bananas Judgment of the Court of Justice and National Courts », *C.M.L.R.*, 1996, vol 33, p.401-437 ; C. GREWE, « Le 'traité de paix' avec la Cour de Luxembourg : l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 7 juin 2000 relatif au règlement du marché de la banane », *R.T.D.E.*, 2001, vol.37, p.1-17 ; F. HOFFMEISTER, « German *Bundesverfassungsgericht*: Alcan, Decision of 17 February 2000, *Constitutional review of EC Regulation on bananas*, Decision of 7 June 2000 », *C.M.L.R.*, 2001, vol.38, p.791-804 ; A. PETERS, « The Bananas Decision (2000) of the German federal Constitutional Court : Towards Reconciliation with the European Court of Justice as Regards Fundamental Rights Protection in Europe », *G.Y.J.L.*, vol.43, p.276-282 ; N. REICH, « Judge-made 'Europe à la carte': Some

378. – A l’origine de cette affaire se trouvait le règlement n°404/93, adopté par le Conseil – malgré l’opposition de l’Allemagne – le 13 février 1993 en vue de créer une organisation commune du marché de la banane. Il apparut très rapidement que, notamment en raison des limites imposées aux importations de bananes en provenance des pays tiers – *i.e.* ni Etats membres, ni Etats parties à la Convention de Lomé –, le régime mis en place par ce règlement portait préjudice à un grand nombre d’opérateurs allemands, allant jusqu’à mettre en péril leur survie économique. Alors que, saisie par la République fédérale d’Allemagne, la CJCE confirmait la validité du règlement dans un arrêt critiqué et critiquable⁵⁷⁵, les entreprises lésées résolurent d’exprimer leur mécontentement devant leurs juridictions nationales. Le grief principal formulé à l’encontre dudit règlement tenait à son incompatibilité avec les droits de propriété et de libre exercice de l’activité économique consacrés par la Loi fondamentale.

379. – Confrontés à ces plaintes massives, les cours et tribunaux allemands réagirent en ordre dispersé. Après avoir posé une question préjudicielle en validité du règlement⁵⁷⁶, la Cour administrative de la Hesse considéra, eu égard à l’arrêt de la CJCE du 5 octobre 1994, qu’elle n’était pas en droit d’octroyer des mesures provisoires visant à atténuer la rigueur du règlement à l’égard d’entreprises particulièrement touchées. Morigénée par le *Bundesverfassungsgericht*⁵⁷⁷, elle entreprit toutefois d’interroger la Cour de justice sur ce point précis. Avant même de se prononcer sur la compétence de la juridiction allemande pour accorder des mesures provisoires⁵⁷⁸, les juges de Luxembourg étaient déjà saisis de deux nouveaux recours. Ceux-ci intervenaient suite à la conclusion d’un accord entre la Communauté et certains pays latino-américains dans le cadre du GATT, qui avait pour effet de modifier le régime d’importation de bananes en provenance de pays tiers. Dans deux arrêts du 10 mars 1998, la Cour statua sur ces recours et considéra que l’accord conclu par la Communauté introduisait une discrimination injustifiée entre différentes catégories d’importateurs⁵⁷⁹. Le règlement de la Commission mettant en œuvre cet accord fut déclaré invalide.

380. – Toutes les juridictions allemandes ne choisirent cependant pas la voie du dialogue avec la CJCE. Les accents souverainistes de l’arrêt « Maastricht » résonnaient encore dans les esprits, laissant entrevoir la possibilité pour les juges nationaux de déclarer le règlement n°404/93 inapplicable en Allemagne au motif de son incompatibilité avec certains droits fondamentaux. Cette perspective poussa la Cour administrative de Francfort à interroger le *Bundesverfassungsgericht* sur la constitutionnalité du règlement n°404/93⁵⁸⁰. Dans un arrêt du 7 juin 2000, la Cour constitutionnelle allemande déclara la demande irrecevable dans la mesure où elle n’apportait pas la preuve d’une baisse du niveau général de protection communautaire des droits fondamentaux susceptible de porter atteinte à la substance de ceux-ci.⁵⁸¹ Renouant avec l’approche qu’elle avait adoptée dans « *Solange II* », elle considéra que les questions posées par la Cour de Francfort relevaient d’un malentendu quant

Remarks on Recent Conflicts between European and German Constitutional Law Provoked by the Banana Litigation », *E.J.L.L.*, 1996, vol.7, p.103-111.

⁵⁷⁵ C-280/93 *RFA c. Conseil*, 5 octobre 1994, *Rec.*, 1994, p.I-4973. Nous approuvons totalement les critiques formulées par U. EVERLING (*loc. cit.*) à l’encontre de cet arrêt.

⁵⁷⁶ A laquelle il sera répondu par la négative dans un arrêt C-466/93 *Atlanta* du 9 novembre 1995 (*Rec.*, 1995, p.I-3671). Cf. aussi l’arrêt rendu le même jour C-465/93 *Atlanta (II)*, *Rec.*, 1995, p.I-3799.

⁵⁷⁷ Arrêt du 25 janvier 1995, 2 BvR 2689/94.

⁵⁷⁸ La réponse de la Cour s’avérera finalement négative (C-68/95 *T. Port (I)*, 26 novembre 1996, *Rec.*, 1996, p.I-6065). Les juges européens estimeront toutefois qu’il incombe à la Commission de prendre les mesures nécessaires à la protection des entreprises les plus touchées par le règlement. Ils ajouteront encore que la passivité de la Commission dans ce domaine est susceptible d’un recours en carence.

⁵⁷⁹ C-122/95 *RFA c. Conseil*, *Rec.*, 1998, p.I-973 ; C-364/95 et 365/95 *T. Port (II)*, *Rec.*, 1998, p.I-1023.

⁵⁸⁰ « It took the Federal Constitutional Court almost four years to declare the reference inadmissible. Outsiders can only speculate as to whether the Court waited so long because it hoped for a solution of the bananas troubles on the WTO-level or through political means, or whether the delay had something to do with waiting for the retirement of Justice *Paul Kirchhof*, who was the rapporteur of the (...) *Maastricht* decision (...). Maybe the prospects of the European Charter of Fundamental Rights, which was essentially a German project, were also taken into account by the Justices » (A. PETERS, *loc. cit.*, p.277 (souligné dans le texte)).

⁵⁸¹ 2 BvL 1/97.

à la signification de l'arrêt « Maastricht », lequel n'avait jamais entendu revenir sur la jurisprudence antérieure du *Bundesverfassungsgericht*.

381. – Si cet arrêt a été perçu à juste titre comme un « traité de paix »⁵⁸² avec la Cour de Luxembourg, il n'en exclut pas pour autant toute possibilité de conflit entre droits fondamentaux et intégration économique positive devant les juridictions allemandes. Comme son nom l'indique, ce retour à « *Solange II* » assortit la paix d'une condition résolutoire, relative au niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne.

382. – Et si les développements récents témoignent d'une plus grande réceptivité de la Cour constitutionnelle à la réalité communautaire⁵⁸³, le « *Haftbefehl-Urteil* » du 18 juillet 2005⁵⁸⁴ semble montrer que le *Bundesverfassungsgericht* ne joue pas encore pleinement le jeu de la coopération annoncé dans son arrêt « Maastricht ». Certes, la Cour n'y a pas conclu à l'invalidité de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen, mais seulement à l'inconstitutionnalité de la législation nationale mettant en œuvre cette décision. En outre, les motifs sur lesquels repose cette motion de censure ne remettent pas en cause le contenu de la norme communautaire. Il n'empêche. En refusant de procéder à une interprétation conforme de la mesure nationale – comme le requerrait la jurisprudence *Pupino*⁵⁸⁵ –, de maintenir temporairement les effets de cette mesure – comme l'a fait le tribunal constitutionnel polonais⁵⁸⁶ –, ou de poser une question préjudicielle à la CJCE – comme l'a fait la Cour constitutionnelle belge⁵⁸⁷ –, la haute juridiction allemande a privé la réglementation communautaire de toute effectivité dans l'ordre juridique national. Cette attitude intransigeante, qui a pour effet d'engager la responsabilité de l'Allemagne au regard du droit communautaire, semble montrer que c'est l'indifférence plus que la « bénévolance »⁵⁸⁸ qui s'est substituée à l'hostilité du juge constitutionnel vis-à-vis de l'ordre juridique européen.

b) Le droit national face au respect des droits fondamentaux – l'exemple français

383. – Si l'exemple allemand est connu, les émules qu'il a suscités dernièrement le sont probablement moins⁵⁸⁹. Parmi ceux-ci, l'on se limitera à présenter brièvement la position des Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat français sur la question de l'étendue du contrôle de constitutionnalité de mesures nationales de mise en œuvre du droit communautaire⁵⁹⁰.

⁵⁸² C. GREWE, *loc. cit.*

⁵⁸³ Cf. en particulier un arrêt du 9 janvier 2001 dans lequel la Cour constitutionnelle annule une décision du *Bundesverwaltungsgericht* au motif qu'en ne posant pas de question préjudicielle à la CJCE, celui-ci a violé le droit du requérant à un juge légal (cité par K. LENAERTS, « Interlocking Legal Orders in the European Union and Comparative Law », *J.C.L.Q.*, 2003, vol.52, p.881).

⁵⁸⁴ 2 BvR 2236/04.

⁵⁸⁵ C-105/03, *Maria Pupino*, 16 juin 2005, §43. Dans le même sens, cf. l'opinion dissidente du juge Gerhardt sous l'arrêt du *Bundesverfassungsgericht*.

⁵⁸⁶ Arrêt du 27 avril 2005. Dans ce sens, cf. l'opinion dissidente du juge Lübke-Wolf sous l'arrêt du *Bundesverfassungsgericht*.

⁵⁸⁷ Arrêt n°124/2005 du 13 juillet 2005. On rappellera que la Cour constitutionnelle allemande n'a jamais posé de question préjudicielle à la CJCE.

⁵⁸⁸ Sur ce terme, cf. G. CANIVET, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales – Eloge de la « bénévolance » des juges », *R.S.C.*, 2005, p.799-817.

⁵⁸⁹ On pense entre autres au tribunal constitutionnel espagnol (cf. R. ALONSO GARCIA, « The Spanish Constitution and the European Constitution: The Script for a Virtual Collision and Other Observations on the Principle of Primacy », *G.L.J.*, 2005, vol.6, n°6, p.1001-1024; F. CASTILLO DE LA TORRE, « *Tribunal Constitucional* (Spanish Constitutional Court), Opinion 1/2004 of 13 December, on the Treaty establishing a Constitution for Europe », *C.M.L.R.*, 2005, vol.42, p.1169-1202), au tribunal constitutionnel polonais (cf. l'arrêt K 18/04 du 11 mai 2005) et, peut-être dans un futur proche, aux tribunaux anglais (cf. A. O'NEILL, « Fundamental Rights and the Constitutional Supremacy of Community Law in the United Kingdom after Devolution and the Human Rights Act », *Public Law*, 2002, p.724-742). Sur les jurisprudences hongroise, tchèque et polonaise, cf. encore W. SADURSKI, « 'Solange, chapter 3' : Constitutional Courts in Central Europe – Democracy – European Union », *E.L.J.*, 2008, p.1-35.

⁵⁹⁰ Pour une description plus détaillée de la jurisprudence décrite ci-dessous, cf. B. MATHIEU, « Les rapports normatifs entre le droit communautaire et le droit national. Bilan et incertitudes relatifs aux évolutions récentes de la jurisprudence des juges constitutionnel et administratif français », *R.F.D.C.*, 2007, p.675-693.

384. – Au cours de l’année 2004, le juge constitutionnel du Palais-Royal fut appelé par quatre fois à se prononcer sur la constitutionnalité de lois nationales transposant des directives communautaires qui visaient à rapprocher les législations des Etats membres et, partant, à favoriser l’intégration économique. S’il n’hésita pas à confirmer la validité de chacune de ces mesures⁵⁹¹, le Conseil constitutionnel tint néanmoins à chaque occasion ces propos déconcertants :

« la transposition en droit interne d’une directive communautaire résulte d’une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu’en raison d’une disposition expresse contraire de la Constitution ; qu’en l’absence d’une telle disposition, il n’appartient qu’au juge communautaire, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par une directive communautaire tant des compétences définies par les traités que des droits fondamentaux garantis par l’article 6 du traité sur l’Union européenne »⁵⁹²

385. – Accordant un statut particulier au droit communautaire sans pour autant lui concéder une primauté absolue, le Conseil constitutionnel tentait le grand écart entre les jurisprudences – alors – opposées du Conseil d’Etat⁵⁹³ et de la Cour de justice. En s’interdisant d’examiner la validité d’une loi transposant une directive précise et inconditionnelle sous réserve de sa conformité aux dispositions *expresses* de la Constitution et *spécifiques* à celle-ci – des conditions apparemment cumulatives⁵⁹⁴ –, le Conseil ne renonçait pas tout à fait à l’exercice d’un contrôle indirect du droit dérivé au regard des droits fondamentaux.

386. – Par ces décisions, le Conseil constitutionnel semble bien s’être arrogé le pouvoir d’arbitrer certains conflits entre intégration économique positive et droits fondamentaux. De nombreux commentateurs estiment en effet que des principes tels que la laïcité de l’Etat ou l’interdiction d’extradition automatique pour motifs politiques peuvent, en tant que parties du bloc de constitutionnalité *sans équivalents en droit communautaire*, justifier le contrôle de constitutionnalité d’une norme de transposition d’une directive. Ces opinions doctrinales, émises à la lumière d’un avis du Conseil d’Etat relatif au mandat d’arrêt européen⁵⁹⁵, ont pris un nouveau relief depuis que le Conseil constitutionnel a troqué la notion de « dispositions constitutionnelles expresses » contre celle d’« identité constitutionnelle ». Dans une décision du 27 juillet 2006 en effet, le Haut Conseil a considéré que « la transposition d’une directive ne saurait aller à l’encontre d’une règle ou d’un principe inhérent à l’identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait

⁵⁹¹ A tout le moins en ce qu’elles se limitaient à transposer le contenu des directives.

⁵⁹² Nous soulignons. Arrêts n°2004-496 du 10 juin 2004, Loi pour la confiance dans l’économie numérique, pt.7 ; n°2004-497, 1^{er} juillet 2004, Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, pt.18 ; n°2004-498, 29 juillet 2004, Loi relative à la bioéthique, pt.4 ; n°2004-499, 29 juillet 2004, Loi relative à la protection des personnes physiques à l’égard des traitements de données à caractère personnel, pt.7. Ces arrêts offrirent au Conseil la première occasion de se prononcer sans ambiguïté sur les rapports entre Constitution et droit dérivé. Pour un commentaire d’un ou plusieurs de ces arrêts, cf. e.a. J-P. CAMBY, « Le droit communautaire est-il soluble dans la Constitution ? », R.D.P., 2004, p.878-888 ; O. DUPERE, « Le contrôle de constitutionnalité du droit dérivé de l’Union européenne – Lectures croisées par le Conseil d’Etat et le Conseil constitutionnel », R.F.D.C., 2005, p.147-169 ; J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, C.M.L.R., 2005, vol.42, p.859-869 ; A. LEVADE, « Le Conseil constitutionnel aux prises avec le droit communautaire dérivé », R.D.P., 2004, p.889-911 ; H. OBERDORFF, « Le Conseil constitutionnel et l’ordre juridique communautaire : coopération et contrôle », R.D.P., 2004, p.869-874 ; J. ROUX, « Le Conseil constitutionnel, le droit communautaire dérivé et la Constitution », R.D.P., 2004, p.912-933 ; E. SALES, « La transposition des directives communautaires : une exigence de valeur constitutionnelle sous réserve de constitutionnalité », R.T.D.E., 2005, p.597-621 ; J. D’ASPREMONT-LYNDEN, J. DE BEYS, « La primauté du droit européen dans le contentieux objectif de la légalité », J.T.D.E., 2004, p.200-203.

⁵⁹³ Sur cette question, cf. O. DUPERE, *loc. cit.*

⁵⁹⁴ Cf. l’interprétation de l’arrêt « Economie numérique » donnée par le secrétaire général du Conseil constitutionnel (J-E. SCHOETTL, « Le nouveau régime juridique de la communication en ligne devant le Conseil constitutionnel », *Petites affiches*, 18 juin 2004, p.18).

⁵⁹⁵ Dans un avis du 26 septembre 2002, l’Assemblée générale du Conseil d’Etat a considéré que la transposition de la décision-cadre relative au mandat d’arrêt européen requerrait une modification de la Constitution dans la mesure où il était impossible « (...) d’inférer qu’il existerait en la matière un principe général de l’ordre juridique communautaire ayant la même force juridique que le traité sur l’Union européenne et s’imposant par là même comme une règle d’interprétation de la décision-cadre dans un sens garantissant le respect du principe constitutionnel selon lequel l’Etat doit se réserver le droit de refuser l’extradition pour des infractions à caractère politique » (cité par P. CASSIA, « Le juge administratif, la primauté du droit de l’Union européenne et la Constitution française », *R.F.D.A.*, 2005, p.470).

consenti »⁵⁹⁶. Ce souci d'assurer la survie de la spécificité française avait déjà été exprimé sans ambages par le président du Conseil constitutionnel dix-huit mois plus tôt, à l'occasion de son discours de vœux au Président de la République : « (...) le droit européen, si loin qu'aillent sa primauté et son immédiateté, ne peut remettre en cause ce qui est expressément inscrit dans nos textes constitutionnels et qui nous est propre. Je veux parler ici de tout ce qui est inhérent à notre identité constitutionnelle, au double sens du terme inhérent : crucial et distinctif. Autrement dit : l'essentiel de la République »⁵⁹⁷.

387. – Le Conseil d'Etat n'a pas tardé à emboîter le pas au Conseil constitutionnel. Dans un arrêt du 8 février 2007, il fut amené à se prononcer sur la constitutionnalité d'un décret assurant la transposition d'une directive européenne en matière environnementale. Son contrôle portait sur le respect du droit de propriété, de la liberté d'entreprendre, et du principe d'égalité de traitement. Suivant à la lettre les recommandations du commissaire du gouvernement, le Conseil d'Etat déclara :

« (...) il appartient au juge administratif, saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance d'une disposition ou d'un principe de valeur constitutionnelle, de rechercher s'il existe une règle ou un principe général du droit communautaire qui (...) garantit par son application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué ; que, dans l'affirmative, il y a lieu pour le juge administratif, afin de s'assurer de la constitutionnalité du décret, de rechercher si la directive que ce décret transpose est conforme à cette règle ou à ce principe général du droit communautaire ; qu'il lui revient, en l'absence de difficulté sérieuse, d'écarter le moyen invoqué, ou, dans le cas contraire, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle (...) ; qu'en revanche, s'il n'existe pas de règle ou de principe général du droit communautaire garantissant l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué, il revient au juge administratif d'examiner directement la constitutionnalité des dispositions réglementaires contestées »⁵⁹⁸.

388. – Au regard de ces développements jurisprudentiels, il semble évident que les conflits entre libre circulation et droits fondamentaux peuvent, dans certains cas, ressortir à la compétence des juridictions nationales. Plus particulièrement, on notera que ces « prises de pouvoir » opérées par les juges nationaux sont généralement dictées par le souci de protéger des valeurs propres à l'ordre constitutionnel national, sans équivalents dans le système communautaire. S'il en est bien ainsi, alors il faut reconnaître que ces conflits – fort rares jusqu'ici – ne se réduisent pas à une seule opposition de valeurs entre les impératifs du marché et les exigences de respect des droits de l'homme. Ils véhiculent aussi une autre tension, guère plus aisée à arbitrer, entre l'intégration et l'autonomie, entre l'unité et la diversité. Ces observations ne manqueront pas d'enrichir la suite de nos réflexions.

§2. Les mesures de protection des droits fondamentaux face aux libertés de circulation

389. – Il n'est pas rare que des juridictions nationales soient saisies d'un recours tendant à contester la compatibilité d'une mesure nationale de protection d'un droit fondamental avec les libertés de circulation consacrées dans le droit primaire de l'Union européenne. Confrontés à des affaires aussi délicates, un grand nombre de juges entreprennent d'interroger la Cour de justice par voie préjudicielle. Les réponses apportées par les juges de Luxembourg dans le cadre de ce dialogue interjuridictionnel seront analysées dans la deuxième partie de cette étude. Il arrive cependant qu'une juridiction nationale refuse de s'en remettre aux lumières de la Cour de justice, et décide d'arbitrer seule le conflit entre droits de l'homme et libertés de circulation. Trois exemples, tirés des jurisprudences irlandaise (a), britannique (b) et italienne (c), nous permettront de mieux cerner les raisons et les modalités de ces résistances.

⁵⁹⁶ Décision n°2006-540 DC du 27 juillet 2006, pt.19. Nous soulignons. Pour un commentaire, cf. F. CHALTIEL, « Turbulences au sommet de la hiérarchie des normes. A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006 sur la loi relative aux droits d'auteurs », *R.M.C.*, 2007, p.61-65.

⁵⁹⁷ Cité dans les conclusions du commissaire du gouvernement M. Guyomar, *R.T.D.E.*, 2007, p.383.

⁵⁹⁸ Conseil d'Etat, 8 février 2007, n°287110, disponible sur www.conseil-etat.fr. Pour un commentaire, cf. P. CASSIA, « Le droit communautaire dans et sous la Constitution française », *R.T.D.E.*, 2007, p.406-415.

a) Les juridictions irlandaises

390. – Les arrêts *SPUC c. Grogan*⁵⁹⁹ de la CJCE et *Open Door Counselling Ltd and Dublin Well Women c. Irlande*⁶⁰⁰ de la CEDH figurent incontestablement au panthéon des plus illustres décisions européennes. Tous deux concernaient la validité de l'article 40, §3, 3°, de la Constitution irlandaise qui, en consacrant le droit à la vie de l'enfant à naître⁶⁰¹, s'opposait à la diffusion d'informations relatives aux possibilités d'avortement offertes à l'étranger. Alors que la CJCE se débarrassait de cette affaire délicate en invoquant l'absence de lien économique entre les fournisseurs de l'information – des étudiants irlandais – et les prestataires du service – les cliniques étrangères pratiquant l'avortement –, la Cour de Strasbourg concluait pour sa part à la violation de l'article 10 CSDH et prononçait la condamnation de l'Irlande. Si ces décisions ont été commentées et critiquées *ad nauseam*, l'attitude adoptée par les juridictions irlandaises entre l'arrêt de la CJCE (4 octobre 1991) et celui de la CEDH (29 octobre 1992) a reçu en revanche – un peu – moins d'attention. Elle illustre pourtant la difficulté qu'éprouvent les cours et tribunaux des Etats membres à arbitrer un conflit entre droits fondamentaux (constitutionnels) et intégration économique négative (communautaire).

391. – Trois mois après que la Cour de Luxembourg eut rendu son arrêt, une nouvelle affaire d'avortement éclatait en Irlande. Une jeune fille de quatorze ans, tombée enceinte après avoir été violée par un proche de sa famille, décidait de se rendre en Angleterre avec ses parents afin de s'y faire avorter. Ayant eu vent de l'affaire, le ministère public demanda à la High Court d'interdire à la jeune fille de quitter le pays avant la fin de sa grossesse. Celle-ci s'insurgea contre cette requête, qui portait atteinte à son droit de se rendre librement dans un autre Etat de la Communauté pour y recevoir un service. Dans une décision du 17 février 1992, le juge Costello accueillit favorablement la demande du ministère public. Il n'évita pas pour autant de répondre à l'argument tiré du droit communautaire soulevé par la défenderesse. Il considéra d'abord que le droit européen primait le droit irlandais *en ce compris la Constitution*, et que selon la jurisprudence de la CJCE, l'interruption d'une grossesse constituait un service au sens de l'article 59 CE. Il continua toutefois en déclarant que dans la mesure où il relevait de convictions morales profondes, le respect du droit à la vie de l'enfant à naître autorisait des dérogations à la libre prestation des services au titre de l'exception d'ordre public. S'abstenant de poser une question préjudicielle dont la réponse lui eût sans doute déplu⁶⁰², le juge affirma que la mesure d'interdiction postulée par le ministère public était proportionnée au but poursuivi par l'article 40, §3, 3° de la Constitution⁶⁰³.

392. – Saisie en appel de cette décision, la Cour suprême annula l'interdiction au motif que le droit à la vie de la mère – qui menaçait de se suicider si on lui interdisait d'avorter – prévalait sur le droit correspondant de son enfant à naître⁶⁰⁴. Cette façon de donner raison à l'appelante libérait la Cour de son obligation de poser une question préjudicielle à la CJCE :

« Apart from the practical time-scale difficulties of obtaining a ruling from the Court of Justice (...) in time for the due resolution of the problems arising in this case, it is consistent with the jurisprudence of the court that there being a ground on which the case can be decided without reference to European law, but under Irish law, only, that method should be employed ».

⁵⁹⁹ Aff. 159/90, 4 octobre 1991, *Rec.*, 1991, p.I-4685.

⁶⁰⁰ 29 octobre 1992, req. n°14234 et 14235/88.

⁶⁰¹ Cette disposition, introduite après un référendum organisé en 1983, se lisait comme suit : « The State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect, and as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right ». Elle a connu certaines modifications (sous formes d'exceptions) depuis lors.

⁶⁰² On notera en effet que dans ses conclusions précédant l'arrêt *Grogan*, l'AG van Gerven avait considéré qu'une interdiction de quitter le territoire imposée à une femme désireuse d'avorter constituait une atteinte disproportionnée à la libre prestation – et « réception » – des services. Il est probable que la Cour, bien en peine cette fois de se retrancher derrière son incompétence, aurait suivi l'opinion de son Avocat général.

⁶⁰³ Sur cet arrêt, cf. D.R. PHELAN, *Revolt or Revolution: The Constitutional Boundaries of the European Community*, 1997, p.398-400.

⁶⁰⁴ Arrêt du 5 mars 1992, [1992] 1 I.R.1.

393. – Si le ton était moins irrévérencieux, le raisonnement adopté par la Cour laissait transparaître la même méfiance à l'égard de la CJCE que celle dont témoignent ses arrêts *Open Door Counselling* et *Grogan*⁶⁰⁵. En annulant l'interdiction de quitter le territoire en raison des circonstances particulières de l'espèce – menace de suicide – , la Cour évitait le risque d'une censure de la Cour de justice fondée sur des motifs beaucoup plus larges. Elle communiquait par là son souci, déjà exprimé ailleurs⁶⁰⁶, de demeurer l'ultime gardienne des valeurs consacrées par la Constitution.

b) Les juridictions britanniques

394. – Au cours de l'hiver 1994, des organisations de défense des animaux se réunirent plusieurs semaines durant dans un port du Sussex afin d'empêcher le départ quotidien de bateaux transportant du bétail vers l'étranger. Appelée à la rescousse pour contenir les manifestants, la police locale permit aux transporteurs de continuer leur activité économique. Après deux mois, le « *Chief Constable* » – le chef de la police locale – estima qu'au vu des ressources financières dont il disposait, il lui était impossible de continuer à assurer la protection quotidienne des bateaux tout en maintenant efficacement l'ordre dans le reste de sa juridiction. Il décida dès lors de limiter la surveillance du port à deux jours par semaine. Incapables de poursuivre leurs activités et menacés de faillite, les transporteurs et les éleveurs concernés intentèrent un recours contre cette décision⁶⁰⁷.

395. – La *Divisional Court* accueillit favorablement la demande. Si, sur le plan du droit national, elle considéra que le *Chief Constable* n'avait pas agi de manière déraisonnable au sens des « *Wednesbury principles* », elle estima en revanche que la décision du chef de la police était contraire à l'interdiction des restrictions à l'exportation prévue à l'article 34 (aujourd'hui 29) CE. Dans la mesure où il n'avait pas cherché à obtenir des fonds supplémentaires auprès du ministère de l'intérieur pour faire face à la situation, le *Chief Constable* ne pouvait pas invoquer l'exception d'ordre public de l'article 36 (aujourd'hui 30) CE.

396. – La Cour d'appel reforma ce jugement⁶⁰⁸. Dans son opinion écrite pour la majorité, L.J. Kennedy rejeta les griefs formulés à l'encontre de la décision du *Chief Constable*. A l'instar de la formation de première instance, elle jugea d'abord qu'eu égard aux ressources limitées dont il disposait, celui-ci avait tenté de trouver une solution qui n'était pas déraisonnable. La *Court of Appeal* poursuivit toutefois en considérant que « the Chief Constable had to balance at least three competing rights and interests, namely 1) ITF's right to protection for its lawful economic activity ; 2) The right of the residents of Sussex to protection from crime and disorder ; 3) The right of animal protesters to protest peacefully (but not illegally) ». Estimant que le droit communautaire laissait au *Chief Constable* une large marge d'appréciation dans l'arbitrage de ces différents intérêts, la Cour déclara que ce dernier avait agi de manière proportionnée et que sa décision était couverte par l'article 36 (aujourd'hui 30) CE.

⁶⁰⁵ *Advocate General (SPUC) v. Open Door Counselling and Dublin Well Woman Centre Ltd* [1988] I.R. 593 ; *SPUC v. Grogan* [1989] I.R. 753. Sur ces décisions, cf. G. DE BURCA, « Fundamental Human Rights and the Reach of EC Law », *O.J.L.S.*, vol.13, n°3, p.284-288.

⁶⁰⁶ Cf. en particulier l'opinion du juge Walsh dans l'affaire *Grogan* précitée : « [Walsh] denied that EC law could affect the court's interpretation of Article 40.3.3, saying it was 'not open to question in any court in this State or in any other state or in any international court. The interpretation of the Constitution of Ireland is within the exclusive competence of the courts of Ireland' » (*Ibid.*, p.287).

⁶⁰⁷ Sur cette affaire, cf. C. BARNARD, I. HARE, « The Right to Protest and the Right to Export: Police Discretion and the Free Movement of Goods », *M.L.R.*, 1997, p.394-411 ; E. SZYSCZAK, « Fundamental Values in the House of Lords », *E.L.R.*, 2000, p.443-451.

⁶⁰⁸ Arrêt du 28 janvier 1997, [1997] EWCA Civ 861.

397. – Dans une décision du 11 novembre 1998, la *House of Lords* confirma l'arrêt de la Cour d'appel⁶⁰⁹. Lord Slynn of Hadley exprima le fondement de la décision de la juridiction suprême dans les termes les plus explicites :

« (...) a right of the kind claimed – here the right to trade lawfully – is not an absolute right by which the Chief Constable owes a duty to protect the trader at whatever cost and in whatever way necessary, any more than is the right to protest lawfully an absolute right owed by the Chief Constable to protestors which he must protect at whatever cost. (...) In a situation where there are conflicting rights (...) the police may (...) have to balance a number of factors (...). That balancing involves the exercise of judgment and discretion ».

398. – L'existence d'une marge d'appréciation importante dans le chef des autorités de police incita les *Law Lords* à rejeter non seulement le grief – tiré du droit national – fondé sur le caractère « déraisonnable » de la décision du *Chief Constable*, mais aussi le moyen – de droit communautaire – selon lequel une telle décision constituait une atteinte disproportionnée à l'article 34 CE. Les mêmes raisons semblaient présider au rejet des deux arguments⁶¹⁰. Lord Slynn of Hadley reconnut expressément ce « mélange des genres », qui allait pourtant à l'encontre de la jurisprudence de la Chambre des Lords⁶¹¹. Livrant sa propre interprétation de l'arrêt *Commission c. France*⁶¹², il considéra que, malgré leurs différences au niveau de la charge de la preuve, le test de proportionnalité en droit communautaire et le « *Wednesbury reasonableness test* » laissaient un même pouvoir discrétionnaire aux autorités nationales. Il était dès lors tout naturel que leur application aboutît à des résultats identiques. L'affaire était clôturée, et le droit communautaire n'avait été d'aucune utilité à sa résolution. Que les navires transportant le bétail appareillaient pour les Etats-Unis ou pour la France n'importait guère aux yeux des *Lords*, pas plus que l'« oubli » d'interroger la Cour de justice sur cette délicate pondération des intérêts.

c) Le Conseil d'Etat italien

399. – L'arrêt du Conseil d'Etat italien en date du 8 août 2005 offre sans doute le plus bel exemple d'hostilité d'une juridiction nationale envers la Cour de justice⁶¹³. Les faits de l'espèce sont les suivants. Suite à un appel d'offres, la commune de Milan avait cédé une pharmacie communale à la société GEHE, une entreprise active dans le domaine de la production et de la distribution de médicaments. Les soumissionnaires évincés avaient contesté cette adjudication, au motif que la loi italienne instaurait une incompatibilité entre des activités de production ou de distribution de médicaments et la gestion d'une pharmacie *privée*. Les requérants estimaient que ce régime d'incompatibilité devait être étendu aux pharmacies *communales*, au nom de la protection du droit à la santé. Saisie sur question préjudicielle par le tribunal administratif, la Cour constitutionnelle donna raison aux requérants et déclara que le droit à la santé, consacré dans la Constitution italienne, s'opposait à ce que des personnes actives dans le commerce des médicaments pussent tenir une pharmacie communale. S'alignant sur la réponse de la Cour constitutionnelle, le tribunal administratif annula l'attribution de l'appel d'offre. La société GEHE interjeta appel de cette décision devant le Conseil d'Etat. Elle estimait que le régime d'incompatibilité à la base de l'annulation de l'appel d'offres était contraire aux articles 12 (non-discrimination), 43 (liberté d'établissement) et 56 (libre circulation des capitaux) CE.

⁶⁰⁹ [1998] UKHL 40.

⁶¹⁰ « We are left with the impression that the House of Lords is attempting to absorb Community law principles in a way which is compatible with national standards of judicial review in order to create a unitary system at the national level » (E. SZYSZCZAK, *loc. cit.*, p.450).

⁶¹¹ Cf. *R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Brind*, cité par Lord Slynn of Hadley.

⁶¹² C-265/95, 9 décembre 1997, *Rec.*, 1997, p.I-6959. Sur cet arrêt et sur ses suites, cf. G. ORLANDINI, « The Free Movement of Goods as a Possible "Community" Limitation on Industrial Conflict », *E.L.J.*, 2000, p.341-362.

⁶¹³ Arrêt n°4207, disponible sur <http://www.giustizia-amministrativa.it/webcds/frmRicercaSentenza.asp>. Pour un commentaire et une traduction partielle, cf. L. DANIELE, « La protection des droits fondamentaux peut-elle limiter la primauté du droit communautaire et l'obligation de renvoi préjudiciel ? », *C.D.E.*, 2006, p.67-81.

400. – Dans sa décision, le Conseil d’Etat ne prit pas même la peine d’examiner le bien-fondé de ces griefs. Il fit valoir que l’extension du régime d’incompatibilité aux pharmacies communales constituait un impératif constitutionnel en vertu du droit fondamental à la santé. Par ce simple fait, poursuivit le Haut Conseil, ce régime juridique était soustrait aux exigences du droit communautaire. Il faisait partie d’ « un espace juridique tout à fait étranger à l’influence du droit communautaire, où l’Etat demeure entièrement souverain ». Les limitations de souveraineté consenties par l’Etat ne pouvaient en effet s’étendre au domaine des droits fondamentaux, « (...) dont la protection a la fonction d’une ‘contre-limitation’ inaltérable aux limitations librement acceptées avec le Traité » (§3.4, al.6).

401. – Faisant une application pour le moins erronée de la doctrine de l’ « acte clair », le Conseil d’Etat estima en outre qu’il ne lui appartenait pas de poser une question préjudicielle à la Cour de justice, dès lors que cette réponse ne serait pas pertinente pour la résolution du cas de l’espèce. En effet, le juge *a quo* ne pourrait de toute façon pas tenir compte de la réponse des juges de Luxembourg dès lors que celle-ci « (...) serait absorbée par la décision de la Cour italienne, qui touche au domaine des droits fondamentaux réservés à cette Cour » (§3.4, al.9). Cette prise de position, franchement hostile à la Cour de justice, signait une adhésion franche à la jurisprudence *Solange I*, pourtant abandonnée depuis longtemps par le Tribunal constitutionnel allemand. La suite de l’arrêt n’allait pas démentir ce retour à une ère que l’on croyait révolue. Dans un premier temps, le Conseil d’Etat reconnut « (...) la tendance affirmée dans le droit communautaire et dans la jurisprudence de la Cour de Luxembourg, notamment depuis la signature du Traité de Nice, à garantir la sauvegarde des droits subjectifs dans des domaines de plus en plus vastes, même étrangers à la vocation essentiellement économique ayant marqué les origines et la plupart de l’histoire de la Communauté et, aujourd’hui, de l’Union ». Il continua cependant en affirmant que « (...) personne ne conteste (...) qu’il s’agit pour le moment de manifestations d’une valeur presque expérimentale, d’aspirations vers une union plus étroite entre les Etats membres, qui, en l’état actuel, n’ont pas acquis une signification juridique obligatoire suffisante pour entraîner le dépassement des souverainetés nationales et de leurs prérogatives constitutionnelles » (§3.4, al.10). Sans surprise, il débouta les requérants.

*
* *

402. – Pour être trop sommaires, ces comparaisons internes n’ont toutefois pas été inutiles. Elles nous rappellent que quarante ans après la consécration des principes de primauté et d’effet direct, la construction européenne continue de chanceler sur ses bases. L’arrêt du *Bundesverfassungsgericht* dans l’ « affaire des bananes » laissait penser que les haches de guerre étaient définitivement enterrées et qu’un même esprit de coopération unirait désormais les juridictions communautaires et nationales. Il n’en a rien été. Les juges des Etats membres ne semblent pas plus disposés qu’hier à laisser à la CJCE le soin d’arbitrer les conflits de valeurs qui se cachent derrière les tensions entre la libre circulation et les droits de l’homme.

403. – Dans certains cas, c’est l’improbable « biais libre-échangiste » de la Cour de justice que les juridictions nationales semblent redouter. Il en allait déjà ainsi des juridictions allemandes, convaincues que des juges oeuvrant dans le contexte d’une organisation à prédominance économique ne seraient guère portés à prendre au sérieux les exigences de respect des droits fondamentaux. Il n’en va sans doute pas différemment des juridictions britanniques dans l’affaire *ITF*, qui ont préféré procéder elles-mêmes à la pondération des intérêts en présence, soucieuses de préserver le *Chief Constable* des foudres de la Cour de justice. Enfin, il en va certainement de même du Conseil d’Etat italien, qui n’a pas caché son souverain mépris pour la protection des droits de l’homme au niveau communautaire, érigeant la défense des droits fondamentaux au rang de compétence souveraine des Etats et d’attribution exclusive des tribunaux nationaux.

404. – Dans d’autres situations en revanche, c’est plutôt le souci de préserver la spécificité de leurs traditions nationales qui motive les juges des Etats membres à procéder eux-mêmes à l’arbitrage entre

la libre circulation et les droits de l'homme. Ici, c'est la crainte d'un universalisme aseptisé qui se fait jour, et la peur de voir les identités constitutionnelles se dissoudre dans la dynamique centripète imprimée tant par la libre circulation que par les droits de l'homme. Les prises de position des hautes juridictions françaises sont éloquentes à cet égard, tout comme paraît révélatrice la crispation des cours et tribunaux irlandais dans leur défense du droit à la vie de l'enfant à naître.

405. – Quelle qu'en soit l'origine, cette méfiance se caractérise souvent par une forte réticence à l'endroit de la procédure de renvoi préjudiciel, et se traduit dans les jugements et arrêts par une « stratégie d'évitement » relativement simple : s'efforcer de montrer que le droit communautaire n'est pas applicable au cas de l'espèce ou, à tout le moins, qu'il n'apporte aucune aide à sa résolution.

406. – Ces manœuvres aboutissent soit à l'*exclusion*, soit à l'*absorption* du droit communautaire par le droit national. Le premier cas de figure se retrouve bien évidemment sous la plume de certains juges irlandais et italiens, qui s'estiment seuls compétents pour juger d'une affaire impliquant des droits consacrés dans la constitution nationale. L'attitude isolationniste des juridictions irlandaises s'est du reste vue consacrée dans le protocole additionnel n°17 annexé au traité de Maastricht⁶¹⁴. Elle trouve une nouvelle illustration dans la déclaration n°51 de la Pologne annexée au traité de Lisbonne, qui souligne que la Charte des droits fondamentaux « (...) ne porte atteinte en aucune manière au droit des Etats membres de légiférer dans le domaine de la moralité publique, du droit de la famille ainsi que de la protection de la dignité humaine et du respect de l'intégrité humaine physique et morale ».

407. – L'opinion de Lord Slynn of Hadley dans l'affaire *ITF* illustre le second phénomène : l'effet intégrateur du droit communautaire est anéanti dès lors que le test de proportionnalité qui relie les articles 34 (aujourd'hui 29) et 36 (aujourd'hui 30) CE est ramené au « *Wednesbury reasonableness test* », un contrôle familial du droit administratif anglais. Cette opération de « fusion-acquisition » ne semble pas tout à fait innocente. En soulevant la possibilité d'un renvoi préjudiciel à propos de la notion de « mesure » au sens de l'article 29 CE mais en évitant d'en mentionner même l'éventualité dans le cadre du contrôle de proportionnalité, Lord Hadley ne fait aucun mystère de sa conception des rapports entre juges nationaux et Cour de Luxembourg : une relation de « généraliste » à expert, dans lequel les débats de société et les conflits de valeur n'ont manifestement pas leur place.

408. – La Cour de justice devra tenir compte de ces motions de méfiance qui, implicites ou explicites, l'engagent à « prendre au sérieux » les droits fondamentaux. A défaut de parvenir à leur imposer le monisme avec primauté du droit communautaire, la CJCE devra s'efforcer sans relâche d'impressionner, convaincre et séduire les juges nationaux. Nous y reviendrons.

B. Alliances

409. – Les juridictions des Etats-membres sont parfois appelées à connaître d'affaires dans lesquelles se coalisent les dynamiques de la libre circulation et des droits de l'homme. Tout comme l'analyse comparative externe menée plus haut, notre plongée dans la jurisprudence des cours et tribunaux nationaux nous conduit à répartir en trois catégories ces situations d'« entraide ». L'on opérera ainsi une distinction entre les alliances institutionnelles (§1^{er}), économiques (§2) et citoyennes (§3).

§1^{er}. Alliances institutionnelles

410. – Avant de se lancer dans l'analyse jurisprudentielle, il convient de noter que les alliances institutionnelles qui parsèment la législation communautaire peuvent obéir à deux motifs très différents. Dans certaines situations d'une part, elles permettent de contourner des procédures décisionnelles particulièrement lourdes et d'éviter des situations de blocage politique. On rappellera en

⁶¹⁴ Selon celui-ci, « aucune disposition du traité sur l'Union européenne, des traités instituant les Communautés européennes ni des traités et actes modifiant ou complétant lesdits traités n'affecte l'application en Irlande de l'article 40.3.3 de la Constitution de l'Irlande ».

effet que la plupart des compétences relatives à l'établissement du marché intérieur (articles 42, 52, 95 CE) s'exercent à la majorité qualifiée. Le détournement par ces bases juridiques apparaît donc particulièrement utile pour légiférer dans des domaines qui requièrent un consentement unanime des Etats. Dans l'affaire *Biotechnologie*, les Pays-Bas firent grief au législateur communautaire d'avoir eu recours à un tel procédé⁶¹⁵. Ils estimaient qu'en l'absence d'entrave au commerce intracommunautaire dans ce domaine, la directive relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques aurait dû être adoptée sur base de l'article 308 – qui exige l'unanimité – et non de l'article 95 CE. Selon les requérants, le droit de propriété intellectuelle que créait la directive ne relevait en rien du droit du marché intérieur. Indépendamment de la réponse – négative – apportée par la Cour à cette affaire, on reconnaîtra que les Pays-Bas auraient difficilement pu former un tel recours devant les juridictions des Etats membres. A l'évidence, cette première forme d'alliance institutionnelle échappe à la compétence des cours et tribunaux nationaux. Il n'appartient qu'à la CJCE d'arbitrer les conflits qui opposent entre eux les membres du « pouvoir législatif » communautaire.

411. – Mais le recours de l'autorité centrale à ses compétences en matière de marché intérieur peut également servir d'autres desseins. Dans certains cas de figure, il permet de pallier l'absence de toute compétence communautaire dans un domaine particulier. L'arrêt *Allemagne c. Parlement et Conseil* du 5 octobre 2000 fournit une illustration célèbre de ce second type d'alliance institutionnelle⁶¹⁶. Il s'agissait en l'espèce d'un recours en annulation introduit par le gouvernement allemand contre une directive interdisant la publicité en faveur du tabac. Le requérant estimait que le véritable objectif de la mesure n'était pas de favoriser le marché intérieur – comme ses bases juridiques le laissaient penser – mais bien d'harmoniser les législations nationales en matière de santé publique. Le législateur communautaire entendait par là contourner l'article 152, §4 CE, qui interdit formellement « (...) toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres » dans ce domaine. La Cour donna raison au gouvernement allemand et annula la directive.

412. – A première vue, on ne voit pas pourquoi ce deuxième cas de figure relèverait davantage de la compétence des juridictions nationales. Après tout, c'est à la Cour de justice et à elle seule que l'article 230 CE confie le soin de statuer sur les recours en annulation pour incompetence. Du reste, la CJCE a souligné à diverses reprises que les cours et tribunaux des Etats membres n'étaient pas compétents pour constater eux-mêmes l'invalidité des actes des institutions communautaires⁶¹⁷. L'uniformité et la primauté du droit européen s'opposent à une telle dilution du pouvoir de contrôle du droit dérivé.

413. – Nul n'ignore toutefois qu'un certain nombre de juridictions nationales se sont arrogées d'initiative la *Kompetenz-Kompetenz* à l'égard du droit communautaire. Ce fut bien sûr le *Bundesverfassungsgericht* qui ouvrit la voie dans son arrêt « Maastricht »⁶¹⁸. Après avoir considéré que l'Union européenne demeurerait une association d'Etats et qu'elle ne disposait – et ne disposerait jamais – que de compétences limitées, la Cour condamna l'interprétation extensive qui avait jusqu'alors déterminé le recours à l'article 308 CE (ex-article 235 CEE). S'insurgeant contre la théorie des compétences implicites et le principe de l'effet utile, elle déclara que « (...) l'interprétation du Traité ne doit pas consister en son extension ; une telle interprétation des normes de compétence n'aurait pas de caractère obligatoire pour l'Allemagne ».

414. – Cinq ans plus tard, la Cour suprême du Danemark empruntait à son tour le sentier de la guerre⁶¹⁹. Interrogée elle aussi sur la constitutionnalité du traité de Maastricht, elle se pencha sur la

⁶¹⁵ C-377/98 *Pays-Bas c. Parlement et Conseil*, 9 octobre 2001, *Rec.*, 2001, p.I-7079.

⁶¹⁶ C-376/98 *Allemagne c. Parlement et Conseil*, *Rec.*, 2000, p.I-8419.

⁶¹⁷ Cf.e.a. 314/85, *Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost.*, 22 octobre 1987, *Rec.*, 1987, p.4199 ; C-50/00 *P. U.P.A. c. Conseil*, 25 juillet 2002, *Rec.*, 2002, pt.40.

⁶¹⁸ Arrêt du 12 octobre 1998, 2 BvR 2142.

⁶¹⁹ Arrêt du 6 avril 1998. Pour un compte-rendu et des commentaires, cf.e.a. O. DUE, « The Danish Ratification of the Maastricht Treaty before the Danish Supreme Court », in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, 1999, p.33-332 ; H. RASMUSSEN, « Confrontation or Peaceful Co-existence? On the Danish Supreme Court's Maastricht Ratification Judgment »,

compatibilité de l'article 308 CE (ex-235 CEE) avec la section 20 de la Constitution. Après avoir rappelé que celle-ci n'autorisait qu'un transfert limité des pouvoirs aux institutions communautaires, la Cour rappela qu'il incombait avant tout au gouvernement danois de s'opposer à un usage de l'article 308 qui dépassait le mandat constitutionnel. Elle souligna en outre l'obligation des juridictions danoises de s'enquérir de la validité d'une mesure de droit dérivé auprès de la CJCE. Son discours se fit ensuite plus menaçant :

« However, the Supreme Court finds that (...) the courts of law cannot be deprived of their right to try questions as to whether an EC act of law exceeds the limits for the surrender of sovereignty made by the Act of Accession. Therefore, the Danish courts must rule that an EC act is inapplicable in Denmark if the extraordinary situation should arise that with the required certainty it can be established that an EC act which has been upheld by the EC Court of Justice is based on an application of the treaty which lies beyond the surrender of sovereignty according to the Act of Accession. Similar interpretations apply with regard to community-law rules and legal principles which are based on the practice of the EC Court of Justice ».

415. – Si le ton semblait moins belliqueux, le message était tout aussi tranché que celui du *Bundesverfassungsgericht* quelques années auparavant : la « compétence des compétences » revenait, en dernier ressort, aux juridictions nationales.

416. – Quinze jours après avoir rendu sa décision sur le mandat d'arrêt européen⁶²⁰, la Cour constitutionnelle polonaise suivait les brisées allemandes et danoises⁶²¹. Interrogée sur la constitutionnalité du traité d'adhésion de la Pologne à l'Union européenne, elle écarta sans ambages le principe de la primauté du droit communautaire sur la Constitution⁶²². Après avoir considéré que « (...) les règles de la Constitution en matière de droits et libertés des individus déterminent un seuil minimal et infranchissable qui ne peut être diminué ni mis en question suite à l'introduction des réglementations communautaires », elle examina le sort à réserver aux mesures communautaires adoptées *ultra vires*. Elle déclara à cet égard que les « Etats membres gardent leur droit à évaluer si les organes législatifs communautaires (de l'Union) adoptant certaines dispositions légales ont agi dans les limites de leurs compétences transférées et les ont réalisées conformément au principe de subsidiarité et de proportionnalité. Les dispositions adoptées qui outrepassent ce cadre ne sont pas susceptibles de rentrer dans le champ d'application du principe de primauté du droit communautaire ».

417. – Jusqu'à présent, aucune action concrète n'a suivi ces déclarations d'indépendance. A l'exception d'un tribunal célèbre pour son euro-scepticisme⁶²³, les juridictions nationales n'ont jamais procédé à l'invalidation d'une mesure communautaire au motif de l'incompétence de son auteur. Il est vrai que les sommations des juges allemands et danois ne sont pas demeurées sans écho à Luxembourg. La Cour de justice semble désormais plus soucieuse de traquer les recours abusifs aux articles 95 et 308 CE⁶²⁴. Il convient cependant de rester prudent. Si les alliances entre compétences

in D. O'KEEFFE, A. BAVASSO (eds.), *Judicial review in European Union Law – Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, vol.1, 2000, p.377-389.

⁶²⁰ Cf. *supra*, n°382.

⁶²¹ Trybunał Konstytucyjny (Cour constitutionnelle polonaise), *Appartenance de la Pologne à l'Union européenne (Traité d'adhésion)*, 11 mai 2005, trad. fr. disponible sur www.trybunal.gov.pl/fr/index.htm. Sur cet arrêt et sur la jurisprudence « européenne » de la Cour constitutionnelle polonaise en général, cf. N. SKRZYPEK, « Le tribunal constitutionnel polonais et le droit communautaire », *C.D.E.*, 2007, p.179-212.

⁶²² La Cour estime en effet qu'en cas de conflit insoluble entre ces normes juridiques, il appartiendrait à la « Nation » soit de procéder à la révision de la Constitution, soit de faire modifier la règle communautaire litigieuse, soit enfin de sortir la Pologne de l'Union européenne. Sur cette question, cf. K. KOWALIK-BANCZYK, « Should We Polish It Up? The Polish Constitutional Tribunal and the Idea of Supremacy of EU Law », *G.L.J.*, vol.6, n°10, p.1355-1366.

⁶²³ Dans une décision du 7 novembre 1994, le tribunal financier de Rhénanie-Palatinat a refusé d'appliquer un arrêt de la CJCE en matière de droit de douanes au motif qu'il était *ultra vires* (FG Rheinland-Pfalz EFG 1995, 378, cité par F. MAYER, « The European Constitution and the Courts : Adjudicating European Constitutional Law in a Multilevel System », Jean Monnet Working Paper n°9/03, disponible sur www.jeanmonnetprogram.org). Pour un compte-rendu de la décision, cf. ID., *Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung*, 1999, p.121-122, disponible sur www.rewi.hu-berlin.de/WHI/papers/mus150/Mayer_MUS.pdf.

⁶²⁴ Sur cette lecture restrictive de l'article 95 CE, cf. *infra*, n°1056-1060.

liées au marché intérieur et protection des droits fondamentaux ont toujours échappé aux fourches caudines des juridictions nationales⁶²⁵, il n'est pas dit que cette situation durera encore longtemps. On notera à cet égard le pouvoir extrêmement large que s'est réservé la Cour constitutionnelle polonaise dans son arrêt du 11 mai 2005. Loin de limiter son contrôle aux recours abusifs à l'article 308 CE ou à d'autres bases de compétence, elle prétend également vérifier la compatibilité des mesures communautaires avec les principes de proportionnalité et de subsidiarité. Il n'est pas aisé d'évaluer, pour la question qui nous occupe, les retombées potentielles de cette nouvelle irruption sur les plates-bandes de la CJCE⁶²⁶. Une seule chose est sûre. Le climat de méfiance qu'elle instaure ne sera pas propice aux jeux d'alliance entre marché intérieur et droits de l'homme.

§2. Alliances économiques

418. – Il arrive qu'un juge national soit appelé à examiner la validité d'une mesure nationale en raison des entraves qu'elle cause au libre-échange. En soutien de leurs prétentions, les requérants font valoir un double grief. Le premier, tiré du droit constitutionnel étatique, allègue une violation d'un droit fondamental. Le second, fondé sur l'ordre juridique communautaire, invoque une atteinte à une liberté de circulation. Face à ces situations de « concours de droits et libertés », les juges nationaux se trouvent parfois quelque peu désarçonnés, comme en témoigne un arrêt de la Cour constitutionnelle de Belgique.

419. – Le 13 juillet 2001, la Cour constitutionnelle eut à connaître d'un recours en annulation contre la loi du 7 mai 1999 sur les jeux de hasard, les établissements de jeu de hasard et la protection des joueurs⁶²⁷. Le recours portait entre autres sur l'article 27 de la loi, qui interdisait aux exploitants d'établissements de jeux de hasard de procéder à la vente, la location, la production, l'importation, l'exportation, l'entretien ou la réparation de ces jeux. A l'appui de leur recours, les plaignants invoquaient pêle-mêle une « atteinte discriminatoire à la liberté d'accès à une profession indépendante (...) à la liberté d'établissement garantie par le droit européen, à la liberté de commerce et d'industrie (...), au droit de propriété (...), à la liberté d'association, à la liberté du travail et à la liberté individuelle (...) ».

420. – La Cour rejeta en bloc l'ensemble de ces griefs. Elle estima qu'il ne pouvait être déduit des « droits et libertés auxquels le moyen fait référence » que « le législateur, lorsqu'il entend réglementer l'exercice d'une activité représentant un danger pour la société si elle n'est pas soumise à des conditions, ne pourrait imposer des limites à ceux qui [les] exercent ». En ce qu'elle cherchait à faciliter les contrôles administratifs auxquels étaient soumis les établissements de jeux de hasard, et eu égard à « l'objectif général de protection sociale et de transparence de la loi », la mesure contestée n'apparaissait pas disproportionnée.

421. – Le raisonnement de la Cour met une nouvelle fois en lumière la difficulté qu'éprouvent certains juges à distinguer les droits fondamentaux « classiques » des principes qui, formulés ou non sous la forme de droits ou de libertés, découlent de l'intégration économique. On reconnaîtra à cet égard que s'il est déjà étonnant de voir la Cour procéder à un même test de proportionnalité pour tous les droits

⁶²⁵ Cf. l'arrêt du *Bundesverfassungsgericht* du 22 mars 1995 relatif à la directive « Télévision sans frontières » (BverfGE 92, p.203 et s.), cité par A. SCHEUER, « Transparency of Quotas », p.2, disponible sur www.obs.coe.int/about/oea/scheuer.pdf.en.

⁶²⁶ Le contrôle du respect de ces principes – applicables au législateur communautaire quand il opère dans le cadre du marché intérieur (C-491/01 *British American Tobacco Ltd*, 10 décembre 2002) – constitue sans doute un instrument supplémentaire susceptible de « déjouer » certaines alliances. On peut en effet imaginer qu'une mesure communautaire adoptée valablement sur base de l'article 95 CE soit néanmoins déclarée inapplicable en Pologne au motif que l'objectif qu'elle poursuit officiellement ou principalement – l'établissement du marché intérieur – pourrait être atteint par des moyens moins préjudiciables à l'autonomie des Etats dans le domaine qu'elle réglemente officieusement ou incidemment – la protection d'un droit de l'homme ou d'un intérêt non-marchand.

⁶²⁷ C.A., arrêt n°100/2001 du 13 juillet 2001. Pour un autre exemple, cf. C.A., arrêt n°150/2006 du 11 octobre 2006.

de l'homme invoqués, il l'est encore davantage de la voir inclure la liberté d'établissement dans ce « *package balancing* ». Cette dernière semblait pourtant en l'espèce réellement compromise, et l'argument tiré de sa violation aurait certainement mérité un examen séparé. On peut en effet soutenir qu'en interdisant aux exploitants d'établissements de jeux de hasard d'exercer un grand nombre d'activités complémentaires, la mesure querellée « (...) est susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice, par les ressortissants communautaires de la liberté d'établissement garantie par le traité »⁶²⁸. Les investissements à consentir pour s'installer en Belgique et y obtenir une licence d'exploitation pourraient paraître à cet égard hors de proportion avec le bénéfice espéré⁶²⁹. Si l'on se gardera bien de conclure à une violation manifeste de la liberté d'établissement dans le cas de l'espèce, on conviendra cependant que le grief soulevé par les requérants n'était pas dénué de toute pertinence et qu'il aurait fort bien pu faire l'objet d'une question préjudicielle à la Cour de justice.

422. – Le « mépris » témoigné par la Cour à l'égard de l'argument tiré du droit communautaire prend toutefois un autre relief à la lumière des points précédents de l'arrêt. Confronté un peu plus haut à un moyen fondé sur la libre circulation des marchandises, le juge constitutionnel avait fait preuve de plus de méticulosité. Le requérant prétendait qu'en ce qu'elle subordonnait l'importation et l'exportation de jeux de hasard à l'obtention d'une licence « subordonnée au paiement d'une contribution aux frais de fonctionnement de la commission des jeux de hasard (...), paiement lui-même garanti par un cautionnement », la loi violait la libre circulation des marchandises telle que consacrée aux articles 28 et 29 CE. Après s'être référée à l'arrêt *Schindler* de la CJCE⁶³⁰, la Cour considéra que, s'agissant de l'exportation, le système mis en place par la loi emportait bien une atteinte disproportionnée à la libre circulation.

423. – On conviendra bien évidemment que cette « différence de traitement » entre deux griefs tirés de l'intégration économique européenne s'explique en partie par le fait que le second était plus convaincant que le premier. On peut toutefois faire une autre hypothèse, qui complète plus qu'elle n'invalide la première, selon laquelle la présentation conjointe d'arguments tirés des droits fondamentaux et de l'intégration économique aboutit parfois à l'affaiblissement plutôt qu'au renforcement de chacun d'eux. L'arrêt de la Cour constitutionnelle nous montre que lorsqu'ils sont confrontés à une alliance « économique », les juges sont parfois tentés d'opérer une pesée globale des intérêts plutôt que de prendre au sérieux chacun des arguments invoqués par les requérants. Nous verrons plus loin si la jurisprudence de la Cour de justice apporte du crédit à cette hypothèse.

§3. *Alliances citoyennes*

424. – Les coalitions entre libertés de circulation et droits fondamentaux ne servent pas nécessairement des intérêts économiques. Elles peuvent également contribuer à renforcer la libre circulation des citoyens européens, comme en atteste une affaire portée devant les juridictions britanniques⁶³¹. Cette affaire concernait des ressortissants anglais qui, après avoir été impliqués dans des actes de violence à l'issue de matches de football, s'étaient vus interdire de quitter le pays chaque fois que l'équipe britannique jouait à l'étranger⁶³². Ces sanctions avaient été prises en vertu du

⁶²⁸ CJCE, C-19/92 *Kraus*, 31 mars 1993, *Rec.*, 1993, p. I-1663, point 32

⁶²⁹ Dans le même sens, cf. C-140/03 *Commission c. Grèce*, 21 avril 2005, *Rec.*, 2005, p. I-3177. Dans cet arrêt, la Cour a considéré qu'une loi interdisant à un opticien d'exploiter plus d'un magasin d'optique était contraire à la liberté d'établissement. On notera que dans l'affaire qui nous occupe, la mesure d'interdiction contestée s'appliquait aussi aux personnes physiques et morales servant d'« intermédiaires ».

⁶³⁰ C-275/92, *H.M. Customs and Excise c. Schindler*, 24 mars 1994, *Rec.*, 1994, p. I-1039.

⁶³¹ Nous nous limiterons à une description très sommaire des décisions qui furent rendues dans cette affaire. Pour un exposé plus complet, cf. E. DEARDS, « Human rights for football hooligans ? *Gough & Smith v. Chief Constable of Derbyshire, Miller v. Leeds Magistrates Court, Lilley v. Director of Public Prosecutions* », *E.L.R.*, 2002, p.206-217 ; ID., « Human rights for football hooligans ? *Gough & Smith v. Chief Constable of Derbyshire* », *E.L.R.*, 2002, p.765-770 ; G. PEARSON, « A Cure Worse than the Disease? Reflections on *Gough and Smith v. Chief Constable of Derbyshire* », *Entertainment Law*, 2002, vol.1, n°2, p.92-102 ; ID., « Qualifying for Europe? The Legitimacy of Football Banning Orders 'On Complaint' under the Principle of Proportionality », *Entertainment and Sports Law Journal*, 2005, vol.3, n°1.

⁶³² Cette interdiction s'étendait sur plusieurs années.

Football Spectators Act de 1989 tel que modifié par le *Football Disorder Act* de 2000, qui entendait prévenir et réprimer les actes de hooliganisme

425. – Les requérants contestèrent la légalité des mesures qui avaient été prises à leur encontre. Ils prétendaient que les sanctions qui les frappaient violaient non seulement la libre circulation des personnes consacrée aux articles 18 et 49 CE⁶³³, mais aussi le droit à un procès équitable (art.6 CSDH), le principe de la légalité des incriminations et des peines (art.7 CSDH), et le droit à la vie privée et familiale (art.8 CSDH). Ces arguments échouèrent tant en première instance⁶³⁴ qu'en appel⁶³⁵.

426. – Le tribunal administratif rejeta d'abord le moyen tiré de l'article 7 CSDH, selon lequel la législation qui servait de fondement à l'application des sanctions avait été adoptée après que les requérants eurent commis leurs derniers actes de hooliganisme. Le juge considéra que l'article 7 ne s'appliquait pas en l'espèce, dans la mesure où les restrictions imposées aux plaignants n'étaient pas de nature criminelle ; leur mise en oeuvre n'exigeait pas de condamnation pénale préalable et elles avaient davantage pour objectif de « protéger le public » que de punir les hooligans. Se penchant ensuite sur les dispositions communautaires relatives à la libre circulation, le tribunal estima qu'elles ne faisaient pas plus obstacle à l'application de telles restrictions. Celles-ci étaient en effet justifiées au nom de la sauvegarde de l'ordre public. Elles étaient en outre proportionnées au but poursuivi, eu égard à la marge d'appréciation du législateur national et en raison du fait que les mesures moins restrictives adoptées par le passé n'avaient jamais atteint leur objectif. Le juge examina encore l'argument selon lequel le régime probatoire (« *standard of proof* ») exigé pour imposer de telles restrictions était contraire au droit à un procès équitable. Rappelant que ces restrictions n'étaient pas de nature pénale, il considéra qu'elles ne violaient pas l'article 6 CSDH par le simple fait qu'elles *devaient* être imposées dès lors qu'il était *rationnel* de penser qu'elles aideraient à empêcher la violence et le désordre générés par les matches de football. Enfin, le juge écarta l'argument tiré de l'article 8 CSDH. Il estima que même si le droit à la vie privée était compromis – *quod non* en l'espèce –, le test de proportionnalité opéré à l'égard du droit à la libre circulation justifiait en toute hypothèse une telle atteinte.

427. – A l'exception du grief tiré de l'article 7 CSDH, l'ensemble des moyens invoqués en première instance fut à nouveau soulevé en appel. Les juges estimèrent d'abord que les restrictions à la libre circulation intracommunautaire des appelants ne pouvaient être justifiées en raison de la menace que ceux-ci représentaient pour l'ordre public d'autres Etats membres. Ces mesures étaient en revanche légitimement motivées par des exigences impératives d'intérêt général telles que la courtoisie internationale (« *international comity* »), la nécessité de protéger la réputation du Royaume Uni et le souci d'éviter les pertes financières qui résulteraient d'une exclusion des clubs anglais des compétitions internationales. La question de la proportionnalité de telles restrictions s'avéra plus difficile à résoudre :

« To forbid all foreign travel during the period that a prescribed match is being played abroad seems irrational and disproportionate if the person subject to the ban has never attended an overseas match and shows no inclination to do so. If a prescribed match is being played in Japan, how can it be rational or even necessary to prevent someone who is subject to a banning order from travelling to France ? » (§78)

428. – La proportionnalité de la mesure paraissait d'autant plus compromise que le régime probatoire qui accompagnait celle-ci était, aux dires des appelants, contraire à l'article 6 CSDH. Les juges d'appel conclurent cependant à la non-violation de la libre circulation des personnes et du droit au procès équitable. Ils estimèrent en effet que la mesure litigieuse était *susceptible* d'être appliquée d'une manière non disproportionnée, notamment en interprétant de manière stricte le niveau de preuve

⁶³³ En tant que touristes se rendant à l'étranger, les requérants rentraient dans le champ d'application de l'article 49 CE au titre de « destinataire de services ».

⁶³⁴ 13 juillet 2001, [2001] EWHC Admin 554.

⁶³⁵ 20 mars 2002, [2002] EWCA Civ 351.

exigé. Enfin, la Cour d'appel écarta l'argument tiré de l'article 8 CSDH. En effet, l'éventuelle atteinte à la vie privée qui résultait de la mesure litigieuse « (...) is likely to prove justified under Article 8.2 grounds that it is necessary for the prevention of disorder » (§99).

429. – La – trop – brève description de cette affaire nous permet de formuler deux séries d'observations. La première a trait aux différentes formes que les alliances « citoyennes » sont susceptibles de revêtir. A la lumière des décisions des juridictions britanniques, l'on relèvera que les arguments tirés des droits fondamentaux peuvent apparaître tantôt en *renforcement* (art.6 CSDH), tantôt en *complément* (art.7 CSDH), tantôt encore en *surplus* (art.8 CSDH) de ceux fondés sur la liberté de circulation. Concernant le *renforcement* tout d'abord, on observera que le grief relatif au régime probatoire et au droit à un procès équitable intervient *en renfort* du moyen tiré de la liberté de circulation. Si elles ne sont pas clairement violées, les garanties procédurales de l'article 6 CSDH semblent néanmoins « peser dans la balance » et influencer le test de proportionnalité opéré dans le cadre du droit communautaire⁶³⁶. Le régime probatoire très « léger » qui « déclenche » l'interdiction de quitter le territoire semble *d'autant plus* contraire à la liberté de circulation qu'il « met en cause » le droit à un procès équitable. Concernant le *complément* ensuite, nul ne contestera que l'argument fondé sur une atteinte au principe de la légalité des incriminations et des peines (article 7 CSDH) est entièrement distinct de celui tiré du droit communautaire. Les deux moyens mettent en cause des aspects différents de la mesure et sont examinés séparément par les juges. En limitant la liberté des autorités nationales par un autre biais, le moyen tiré de la violation de l'article 7 CSDH *complète* le grief fondé sur la liberté de circulation. Concernant le *surplus* enfin, on remarquera que le grief relatif à une atteinte à la vie privée est traité comme un simple soutien rhétorique à l'argument principal. Il se greffe à la liberté de circulation, mais n'y ajoute rien d'utile et reste « en excès ». Le test de proportionnalité qu'il commande est présumé satisfait dès lors que la mesure litigieuse est passée avec succès sous les fourches caudines de l'article 49 CE.

430. – La seconde observation à laquelle conduit l'affaire *Gough & Smith* concerne la question des relations entre les juridictions nationales et la CJCE. On rappellera à cet égard que les premières ont la faculté de poser à la seconde une question préjudicielle sur l'interprétation du droit communautaire si elles estiment qu'une réponse à cette question est nécessaire pour trancher le litige pendant devant elles (art.234, al.2 CE). Les juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours ont quant à elles l'obligation de poser une telle question lorsque les parties au procès le leur demandent (art.234, al.3 CE). On n'oubliera pas non plus que la théorie de l'« acte clair » a introduit une exception à ce devoir de coopération dans les cas où « l'application correcte du droit communautaire s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable »⁶³⁷.

431. – Au regard de ce régime, l'affaire *Gough & Smith* soulève certaines interrogations, qui témoignent soit de l'incompétence, soit de la mauvaise volonté des juridictions britanniques. Il est vrai qu'en s'abstenant de poser une question préjudicielle à la CJCE, ni le tribunal administratif, ni la Cour d'appel n'ont enfreint leurs obligations au titre du droit communautaire. Les motifs de cette abstention laissent cependant songeur. C'est manifestement une méconnaissance du droit européen qui explique le rejet, par le tribunal administratif, de la demande de question préjudicielle formulée par le demandeur. En estimant que l'étendue des dérogations à la libre circulation fondées sur la sauvegarde de l'ordre public constituait un « acte clair » au sens de la jurisprudence CILFIT, le juge anglais s'est

⁶³⁶ « The fact that previous measures had not prevented football hooliganism by English fans abroad does not indicate that the more radical measures introduced by the 2000 Act were necessary or proportionate. The test to be applied by the Magistrates making a banning order of being 'satisfied that *there are reasonable grounds to believe that* making a banning order would prevent violence or disorder at or in connection with any regulated football matches' is broad and imprecise. The nature of the facts that have to be proved, and the standard of proof that is to be applied is unclear. (...) [The appellant] submitted that these features rendered the trial process a violation of Article 6 of the Human Rights Convention. We consider that this is a powerful submission ». (Arrêt de la Cour d'appel précité, §81)

⁶³⁷ Aff. 283/81 *CILFIT c. Ministère de la santé*, 6 octobre 1982, *Rec.*, 1982, p.3415.

rendu coupable d'une double erreur⁶³⁸. D'une part, ne siégeant pas en dernière instance, il n'était en toute hypothèse pas tenu de poser une question préjudicielle. Il ne lui était donc pas nécessaire d'invoquer la théorie de l'acte clair. D'autre part, en estimant que l'application de l'exception d'ordre public dans le cas de l'espèce s'imposait avec une telle évidence qu'elle n'appelait pas de question préjudicielle, le juge s'est manifestement fourvoyé sur l'étendue de la théorie de l'acte clair.

432. – La décision des juges d'appel n'est guère plus convaincante, qui écarte l'éventualité de la question préjudicielle au motif que « (...) we are satisfied that Community law does not outlaw restraints on persons leaving this country if these can be justified on the grounds of public policy ». Cette justification est tout aussi implacable – la vérité qu'elle énonce est inscrite noir sur blanc dans le traité – que trompeuse. Si question préjudicielle il doit y avoir, ce n'est évidemment pas sur la *possibilité* d'une dérogation à la libre circulation fondée sur des considérations d'ordre public, mais bien sur l'*application* de ce motif de dérogation au cas de l'espèce. Et force est de reconnaître qu'ici encore, nous sommes bien loin de l'acte clair. Rien ne dit que la Cour de justice aurait accepté que la sauvegarde de l'ordre public d'un autre Etat puisse être invoquée par le Royaume Uni à l'appui de mesures d'interdictions de quitter le territoire. Quant aux « exigences impératives d'intérêt général » mentionnées par la Cour d'appel (courtoisie internationale, protection de la réputation, protection des intérêts financiers des clubs de football), il y a fort à parier qu'elles n'auraient pas été jugées aptes à justifier une atteinte aussi profonde à la liberté de circulation⁶³⁹.

*
* *

433. – L'examen comparatif « interne » des alliances entre libre circulation et droits de l'homme a été riche d'enseignements. Des enseignements « substantiels » concernant notre « équation de départ » d'une part, que l'on récapitule ci-dessous dans une « conclusion intermédiaire ». Des enseignements « institutionnels » relatifs à la coopération interjuridictionnelle d'autre part, dont il convient de dire quelques mots maintenant.

434. – Tout comme l'analyse des conflits, l'examen de certaines alliances entre libre circulation et droits de l'homme dans les jurisprudences nationales met en évidence les défauts de communication qui subsistent entre la Cour de justice et les « juges naturels du droit communautaire ». On épinglera d'abord des phénomènes de résistance de la part des juridictions nationales. En proclamant détenir la « compétence des compétences » et en se déclarant disposés à sanctionner tout excès de compétence dans le chef de l'Union européenne, plusieurs cours et tribunaux des Etats membres refusent de laisser à la Cour de justice le soin de contrôler la légitimité des alliances institutionnelles. En exploitant au maximum la doctrine de l'acte clair pour éviter de s'en remettre aux lumières des juges de Luxembourg, les juges nationaux témoignent d'une profonde méfiance envers la Cour de justice, et statuent en ordre dispersé sur les alliances économiques et citoyennes qui se présentent devant eux.

435. – Ces errements des juridictions nationales constituent un second motif d'insatisfaction. Si le principe de proportionnalité s'impose aujourd'hui comme l'instrument de prédilection de règlement des *conflits* entre libre circulation et droits fondamentaux, l'outil de mesure des *alliances* entre ceux-ci et celle-là reste encore à construire. S'il est difficile de nier l'extrême diversité de ces partenariats, on ne saurait pour autant les condamner à une appréhension casuistique. Un effort de systématisation doit être entrepris, qui permettra de fournir des directives communes à l'ensemble des juges européens et d'œuvrer ainsi à une harmonisation des jurisprudences nationales.

⁶³⁸ « In a proper case a member State may be justified on public policy grounds in preventing a citizen of the Union from leaving its shores, and its right to do so is not limited to any narrow conception of « abuse of rights » (...). I consider that this point is *acte clair* » (§61).

⁶³⁹ Nous estimons que la profondeur de cette atteinte doit amener à distinguer l'affaire *Gough & Smith* de l'arrêt *Alpine Investments*, qui avait vu la CJCE admettre une restriction à la libre prestation des services au nom de la défense d'un intérêt relativement bénin – la réputation des marchés financiers néerlandais (C-384/93, *Rec.*, 1995, p.1141).

436. – Ces défauts de communication, c’est à la Cour de justice qu’il incombe d’y remédier. Elle est appelée à bâtir une jurisprudence claire et cohérente qui prenne au sérieux les alliances – institutionnelles, économiques et citoyennes – entre libre circulation et droits fondamentaux, et qui soit susceptible d’emporter la confiance et de rallier les suffrages des cours et tribunaux nationaux. Cette jurisprudence devra présenter un certain nombre de qualités et procéder à un certain nombre de clarifications, sur lesquelles nous nous pencherons dans la troisième partie de cette étude.

Conclusion intermédiaire

437. – Les examens comparatifs externe et interne menés dans les deux première sections de ce chapitre nous ont permis d’avancer sur le plan de la compréhension de notre objet d’étude. Dans cette conclusion intermédiaire, l’on voudrait récapituler les enseignements qui se dégagent de notre « prise de distance géographique », et qui éclaireront notre analyse des interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire. Ces enseignements touchent aussi bien aux conflits (§1^{er}) qu’aux alliances (§2) entre les deux termes de notre équation.

§1^{er}. Sur les conflits

438. – Notre analyse de droit comparé nous apporte au moins quatre éléments susceptibles d’enrichir notre compréhension des conflits entre la libre circulation et les droits fondamentaux. D’abord, elle pointe la diversité des formes que peut revêtir l’intégration économique *négative*, et met en lumière les répercussions de cette polymorphie sur les conflits entre la libre circulation et les droits de l’homme (i). Ensuite, elle souligne l’existence de deux types de conflits un peu particuliers, qui l’on retrouvera sans doute dans la jurisprudence de la CJCE (ii). Par ailleurs, elle attire l’attention sur une dimension sous-jacente à ces situations antagoniques, qui ne saurait être ignorée par celui appelé à les résoudre (iii). Enfin, elle invite à s’interroger sur l’impact du « discours des droits » sur la résolution de ces conflits (iv).

439. – (i) Notre examen comparatif « horizontal » nous a appris que l’intégration économique négative pouvait prendre au moins trois formes différentes, qui entretiennent des rapports plus ou moins intenses avec la protection des droits fondamentaux.

440. – On observera d’abord que l’interdiction d’entraver le commerce interrégional se trouve souvent inscrite en filigranes dans une *règle de répartition des compétences*. Les exemples américain et canadien sont particulièrement éclairants à cet égard. La compétence qui y est attribuée au pouvoir central en matière de commerce interrégional implique, *a contrario*, une obligation d’abstention de la part des collectivités fédérées dans ce domaine. Les atteintes au bon fonctionnement du commerce global qui résultent d’une mesure locale seront néanmoins tolérées si elles s’avèrent être marginales au regard de l’intérêt local poursuivi (Etats-Unis) ou au regard du domaine de compétence – fédérée – dans lequel s’inscrit la mesure (Canada). On notera que dans ces situations, le pouvoir central n’est pas lié par les principes assurant l’intégration économique négative⁶⁴⁰. Il est en droit d’imposer, seul

⁶⁴⁰ Pour le Canada, cf. e.a. *Caloil v. A.G. Can.* (1971) et *Re Agricultural products marketing Act* (1978), cités par P. HOGG, *op. cit.*, p.1057. Nous ne parlons bien sûr pas ici de l’article 121 de la loi constitutionnelle ni de l’article 6 de la Charte. Pour les Etats-Unis, cf. e.a. *Western & Southern Life Ins. V. State Board of Equalization* 451 U.S. 648 (1981), p.652-653 : « In the exercise of this plenary authority, Congress may « confere[r] upon the States an ability to restrict the flow of interstate commerce that they would not otherwise enjoy. » *Lewis v. BT Investment Managers, Inc.*, 447 U.S. 27, 44 (1980); see *H. P. Hood & Sons, Inc. v. Du Mond*, 336 U.S. 525, 542-543 (1949). If Congress ordains that the States may freely regulate an aspect of interstate commerce, any action taken by a State within the scope of the congressional authorization is rendered

ou en coopération avec les collectivités fédérées, des restrictions ou des obstacles à la circulation interrégionale. On remarquera encore que les droits fondamentaux jouent un rôle limité dans ces cas de figure. En réalité, ils ne seront utilement invoqués par les collectivités fédérées que si celles-ci parviennent à montrer que leur respect constitue un intérêt local important – États-Unis – ou rentre dans les compétences qui leur sont attribuées – Canada. Ils prêtent alors leur pouvoir symbolique à la défense des valeurs « vernaculaires » dans l’opposition classique – et inévitable dans un modèle fédéral – entre l’unité et la diversité, entre le local et le global.

441. – L’intégration économique négative peut également prendre une seconde forme, dont les *libres circulations* canadienne, belge et communautaire constituent les meilleurs illustrations⁶⁴¹. Ici, le fonctionnement sans entraves du marché intérieur est recherché pour ses vertus propres, et n’apparaît pas comme une conséquence implicite de la répartition des pouvoirs. La preuve en est que les autorités centrales sont elles aussi tenues de respecter ces principes⁶⁴², qui prennent bien souvent la forme de droits subjectifs. Nous verrons dans la deuxième partie de cette recherche que les droits fondamentaux peuvent constituer de puissants barrages à cette forme d’intégration économique négative. Ils représentent la défense d’intérêts non économiques de première importance et provoquent d’insolubles « conflits de droits » (libre circulation vs. droit fondamental) et de valeurs (marchand vs. non-marchand).

442. – Le système belge nous donne à voir un troisième modèle d’intégration économique négative. L’union économique à laquelle fait référence l’article 6, §1^{er}, VI, de la loi spéciale du 8 août 1980 apparaît en effet comme une *limite à l’exercice des compétences* des autorités fédérées et fédérales⁶⁴³. Dans un Etat marqué par un fédéralisme centrifuge, elle constitue un garde-fou jugé nécessaire à la préservation de l’unité du pays. Elle est en quelque sorte le pendant du principe de subsidiarité qui, dans les systèmes caractérisés par une dynamique centripète, pose une limite à la « dissolution » progressive des entités locales. Comme expliqué précédemment, on ne voit pas quel rôle l’union économique belge réserve aux droits fondamentaux. S’ils peuvent efficacement éclairer un problème de répartition des compétences ou peser dans une balance des intérêts, on manque d’apercevoir à quel titre les arguments tirés du respect des droits de l’homme permettraient de justifier une atteinte au cadre normatif qui délimite le jeu fédéral.

443. – On conviendra que cette entreprise de classification et de systématisation s’expose à la critique. Son moindre défaut n’est pas d’établir des séparations nettes entre des modèles qui évoluent au fil du temps et au gré des interprétations⁶⁴⁴. Elle a toutefois le mérite de mettre en lumière les différences

invulnerable to Commerce Clause challenge ». On notera encore avec L. TRIBE (cité par X, « The Dormant Commerce Clause... », *loc. cit.*, p.302) que « the negative implications of the commerce clause derive principally from a political theory of union, not from an economic theory of free trade »

⁶⁴¹ On peut y ajouter les principes de libre-échange qui se trouvent inscrits dans les conventions de l’OMC et l’interdiction des droits de douane entre les provinces canadiennes formulée à l’article 121 de la loi constitutionnelle de 1867.

⁶⁴² Pour les autorités communautaires par rapport à l’article 28 CE, cf e.a. CJCE, aff. 15/83 *Denkavit*, 17 mai 1984, *Rec.*, 1984, p.2171 ; C-114/96 *Kieffer et Thil*, 25 juin 1997, *Rec.*, 1997, p.I-3629 ; C-51/93 *Meyhui*, 9 août 1994, *Rec.*, 1994, p.I-3879 ; C-434/02 *Arnold André*, 14 décembre 2004, *Rec.*, 2004, p.11825 ; C-154 et 155/04 *Alliance for National Health*, 12 juillet 2005, *Rec.*, 2005, p.I-6451. Pour les autorités canadiennes par rapport à l’article 6 de la Charte, cf. *Demaere c. Canada* (1983) cité par T. LEE, M. TREBILCOCK, *loc. cit.*, p.285. Pour les autorités belges par rapport à l’article 6, §1^{er}, VI, al.3, de la loi du 8 août 1980, cf. e.a. C.A., n°146/2004, 15 septembre 2004, B.7.1.

⁶⁴³ « Bien que l’article 6, §1^{er}, VI, alinéa 3, (...) s’inscrive dans le cadre de l’attribution de compétences aux régions en matière d’économie, cette disposition exprime la volonté du législateur spécial de maintenir un régime de base uniforme pour l’économie dans un marché intégré. Les diverses autorités doivent par conséquent exercer leurs compétences en respectant le cadre normatif de l’union économique et monétaire » (C.A., n°146/2004, 15 septembre 2004).

⁶⁴⁴ Ainsi en est-il du modèle américain. Si la DCC procède bien d’une règle de répartition des compétences et relève d’une « théorie politique de l’Union » davantage que d’une « théorie économique du libre-échange » (L. TRIBE, cité *supra*, n°440), la Cour suprême n’a pas hésité à y voir parfois l’expression claire d’une idéologie du « laisser faire, laisser passer » : « Our system, fostered by the Commerce Clause, is that every craftsman shall be encouraged to produce by the certainty that he will have free access to every market in the Nation. (...) Likewise, every consumer may look to the free competition from every producing area in the Nation to protect him from exploitation by any. Such was the vision of the Founders; such has been the doctrine of this Court which has given it reality. » (*H.P. Hood & Sons, Inc v. Du Mond*, 336 U.S. 525 (1949)).

irréductibles qui séparent des concepts et des principes apparemment similaires. Elle constitue ainsi une importante mise en garde contre les tentations faciles du syncrétisme juridique.

444. – (ii) Notre survol du droit de l'OMC nous a permis d'identifier deux types de conflits quelque peu particuliers, qui resurgiront à n'en pas douter dans la jurisprudence communautaire. Il convient dès lors d'y revenir rapidement. D'une part, la jurisprudence de l'ORD a mis en lumière le statut controversé des mesures dérogatoires à l'intégration économique qui ont un effet extraterritorial. Il s'agit de mesures qui s'opposent aux impératifs du libre-échange au nom de la protection d'un intérêt non-marchand – le cas échant, un droit fondamental – situé en dehors de la juridiction de leur auteur. Rappelons à cet égard l'exemple fictif des produits pakistanais refusés à l'importation aux Etats-Unis en raison du fait qu'ils sont fabriqués en violation des droits de l'enfant⁶⁴⁵. La dimension extraterritoriale de ces conflits entre libre circulation et droits fondamentaux les rend particulièrement délicats à arbitrer.

445. – D'autre part, c'est également dans le cadre de l'OMC que l'on a soulevé l'épineux problème de l'« étai » des conventions internationales. Cette expression vise la situation dans laquelle un Etat se voit tenu au respect d'obligations internationales mutuellement incompatibles, l'une découlant de la dynamique de l'intégration économique, l'autre reposant sur la protection des droits de l'homme. On se remémorera à cet égard l'exemple – toujours fictif – des autorités norvégiennes, à la fois tenues de respecter la liberté de réunion de leurs citoyens bloquant l'accès de jouets pakistanais au port d'Oslo, et obligées d'assurer la libre circulation des marchandises en provenance du Pakistan – Etat partie à l'OMC⁶⁴⁶.

446. – (iii) Notre « *zoom out* » géographique nous a encore permis de constater que les conflits entre libre circulation et droits fondamentaux ne mettent pas seulement en scène des oppositions entre intérêts marchands et valeurs non-marchandes. Derrière nombre de ces conflits se cache également une tension entre la dynamique centripète de l'intégration économique et la nécessaire sauvegarde des identités et des valeurs locales. Les prises de position du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat français sur la transposition des directives et l'isolationnisme des juridictions irlandaises dans les affaires d'avortement trahissent incontestablement ce souci de préserver l'intégrité et la spécificité des communautés nationales à travers la protection des droits fondamentaux. La présence – souvent en filigrane – de cette tension entre « unité » et « diversité » au sein des conflits entre libre circulation et droits fondamentaux ne saurait être ignorée dans le cadre de l'arbitrage de ceux-ci. Nous y reviendrons longuement dans la suite de cette étude.

447. – (iv) Enfin, nous avons pu observer que dans certains ordres juridiques, les exceptions « non marchandes » opposées aux forces dérégulatrices de l'intégration économique n'étaient pas formulées en termes de droits fondamentaux. L'absence de conflits *explicites* entre la DCC américaine et la protection des « *constitutional* » ou « *civil rights* » est particulièrement éloquente à cet égard. Il faut peut-être se réjouir de ce que la charge symbolique du « discours des droits » ne vienne pas pervertir l'opération de pondération entre les intérêts des Etats et ceux du commerce interétatique. Il n'empêche. On est en droit de se demander si cette indifférence envers la catégorie juridique des droits de l'homme est bien respectueuse de ceux-ci. Après tout, les droits fondamentaux incarnent des valeurs primordiales, qui méritent sans doute d'être élevées au-dessus de la mêlée des intérêts opposables à la dynamique de l'intégration économique négative. L'analyse de la jurisprudence communautaire nous permettra de poursuivre cette réflexion un peu plus loin.

§2. Sur les alliances

448. – Notre parcours de droit comparé nous a permis de passer en revue un grand nombre d'affaires mettant en scène une coalition entre les impératifs de l'intégration économique et les exigences de respect des droits fondamentaux. Au terme de ce survol à vive allure, l'on pourrait aisément être pris

⁶⁴⁵ Cf. *supra*, n°320.

⁶⁴⁶ Cf. *supra*, n°322.

de vertige et de soupçons. Le paysage très diversifié qui s'offre à nos yeux est, il est vrai, de nature à susciter l'un et l'autre. Comment ne pas être troublé par les profondes dissemblances qui caractérisent ces alliances ? Ces situations particulières, que seule rapproche une même combinaison d'arguments, semblent résister à toute entreprise de systématisation. Ce constat éveille à son tour certaines inquiétudes. Ces quelques arrêts sur image émanant d'ordres juridiques très divers peuvent-ils être mobilisés en toute rigueur afin de mieux cerner la réalité communautaire ? Après tout, un juge n'est pas l'autre, une alliance n'est pas l'autre, un droit fondamental n'est pas l'autre. Si elles ne doivent pas être ignorées, ces inquiétudes demandent à être relativisées. Le dessin complexe et parcellaire qui ressort de ce survol comparatif laisse entrevoir certaines lignes de fuite qu'il importe d'identifier. Gageons qu'elles gagneront en netteté un peu plus tard.

449. – En guise de récapitulatif et afin de dissiper l'impression de confusion que pourrait susciter une telle diversité, nous voudrions dès lors nous risquer à l'élaboration d'une typologie de ces relations d'entraide. Si elle n'est pas sans défaut, cette entreprise de classification – qui ne remet pas en cause la distinction entre alliances « institutionnelles », « économiques » et citoyennes » – aura en tout cas le mérite de poser certains jalons avant de s'attaquer à la jurisprudence communautaire. Dans un premier temps, l'on entreprendra de classer ces alliances en quatre groupes distincts sur base de leur *degré d'intensité* (i). Dans un second temps, l'on procédera à une nouvelle classification quadripartite, fondée cette fois sur l'*effet* accordé à ces alliances par les juges (ii).

450. – (i) Les alliances *génétiques* regroupent les situations dans lesquelles les droits de l'homme et la dynamique de l'intégration économique semblent *indissociablement et consubstantiellement* liés l'un à l'autre. Ces combinaisons « essentielles » peuvent prendre diverses formes. Dans certains cas, les logiques propres aux droits fondamentaux et à l'intégration économique *fusionnent* pour donner naissance à un nouveau principe de niveau constitutionnel. L'émergence des droits canadien et américain à la libre circulation des personnes relève incontestablement de ce premier cas de figure. D'autres situations, en revanche, font apparaître un rapport d'*inclusion*, selon lequel toute atteinte à l'intégration économique entraîne nécessairement la méconnaissance d'un droit fondamental. Le premier arrêt du Conseil d'Etat en matière d'octrois illustre très clairement ce phénomène d'enchâssement lorsqu'il rappelle que les entraves à la libre circulation faussent le jeu de la concurrence *et par là même* font obstacle au libre exercice du commerce et de l'industrie. Dans un cas comme dans l'autre, la logique des droits de l'homme et la dynamique de l'intégration économique paraissent proprement indissociables.

451. – Les alliances *contingentes* surgissent quant à elles lorsqu'*en raison des circonstances de l'espèce*, une mesure étatique porte simultanément atteinte à un droit fondamental et à la dynamique de l'intégration économique. L'arrêt *Devine c. Quebec* fournit une illustration éclairante de ce cas de figure, dans lequel la Cour suprême canadienne a considéré que l'imposition de l'usage exclusif du français dans le secteur économique québécois est contraire à la libre circulation intracanadienne et à la liberté d'expression des commerçants. De même en est-il de l'interdiction de sortir du Royaume-Uni prononcée dans l'affaire *Gough and Smiths*, à la fois contraire à la libre circulation des personnes et à leur droit à la vie privée.

452. – Les alliances *nécessaires* visent quant à elles les situations dans lesquelles la protection d'un droit fondamental paraît *conditionner l'effectivité* de l'intégration économique. L'interprétation généreuse de la *Commerce Clause* par la Cour suprême américaine en constitue un bel exemple, qui autorise le législateur fédéral à invoquer la sauvegarde du commerce interétatique pour justifier son intervention dans la protection d'un droit fondamental. Nous verrons que la jurisprudence communautaire est particulièrement friande de ce type d'alliances, faisant d'une atteinte à un droit fondamental un motif de dissuasion – et, partant, une entrave – à l'exercice de la libre circulation.

453. – Enfin, les alliances *volontaires* sont celles dans lesquelles les deux termes de notre équation se retrouvent unis *par principe*. Le lien d'effectivité qui caractérise les alliances nécessaires se trouve ici postulé, irréfragablement présumé. Ainsi en est-il des « quatre libertés » communautaires qui, *ex*

principio, font de toute discrimination fondée sur la nationalité à l'encontre d'un citoyen migrant – atteinte au droit fondamental à l'égalité – une atteinte à la libre circulation intracommunautaire.

454. – (ii) Quelle que soit leur « intensité », ces alliances se voient reconnaître des *effets* très différents selon les tribunaux et les affaires dans lesquelles elles surgissent. Poursuivant des réflexions menées plus haut à l'endroit des alliances citoyennes⁶⁴⁷, on peut se risquer à classer les alliances en quatre catégories, en fonction de la plus-value qu'apporte la combinaison de griefs dont elles procèdent. Dans un premier cas de figure, les questions relatives au respect des droits de l'homme et à la sauvegarde de l'intégration économique sont soulevées et analysées isolément, et le bien-fondé de l'une d'entre elles suffit à emporter l'invalidité de la mesure. Attaquant la réglementation sous des angles différents, réduisant la marge de manœuvre de son auteur à partir de deux points distincts, les griefs tirés des droits fondamentaux et de l'intégration économique *se complètent* mutuellement. L'arrêt *Quill Corporation* de la Cour suprême américaine fournit une illustration éclairante de ce premier effet des alliances. On rappellera que la Cour y a jugé que s'ils exigent tous les deux la présence d'un lien de proximité entre l'Etat taxateur et l'entreprise taxée, les arguments tirés respectivement de la *Substantive Due Process Clause* et de la *Dormant Commerce Clause* reposent malgré tout sur des fondements théoriques distincts et requièrent par conséquent des examens séparés.

455. – Dans un deuxième cas de figure, les arguments tirés des droits de l'homme et de l'intégration économique se *renforcent* mutuellement. La proportionnalité de la mesure apparaît *d'autant plus* difficile à établir qu'elle porte atteinte à *deux* principes fondamentaux. Cet effet de renforcement trouve notamment à s'exprimer dans l'arrêt de la Cour de cassation en matière d'octrois, dans lequel la liberté de commerce et l'union économique sont invoquées l'une après l'autre pour « faire pencher la balance » et convaincre « l'auditoire » de l'illégalité de la norme. L'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *Gough & Smith* est tout aussi éclairant à cet égard, qui souligne l'action de l'article 6 CSDH à l'intérieur du test de proportionnalité de l'article 49 CE.

456. – Dans une troisième situation, les griefs tirés des droits de l'homme permettent d'*étendre* le champ d'application de la libre circulation et, par suite, de favoriser la dynamique centripète de l'ordre juridique. L'analyse des relations entre l'article 8 CSDH et la libre circulation des travailleurs dans le cadre de l'*inburgering* nous a ainsi permis d'observer que les atteintes à un droit fondamental étaient susceptibles de provoquer en elles-mêmes une entrave à l'intégration économique. Cet effet d'entraînement est également observable dans le cadre des alliances « institutionnelles », qui voient des arguments tirés de la sauvegarde de l'union économique justifier une intervention du législateur central dans le champ des droits de l'homme.

457. – Enfin, la jonction des arguments tirés des droits fondamentaux et de l'intégration économique peut parfois être *dénuée de tout effet*. Les deux griefs font ainsi parfois l'objet d'une confusion, comme en témoigne le raisonnement de la Cour constitutionnelle à l'égard des interdictions de cumul qui frappent les exploitants des établissements de jeux de hasard. Les moyens pris des droits fondamentaux et du marché sont examinés, acceptés ou rejetés *in globo*, comme s'ils n'en formaient qu'un seul. Diluée dans une grande entreprise de pondération d'intérêts, la coalition n'a plus guère de poids. A cet égard, on se souviendra encore de la manière dont les juridictions britanniques ont rejeté l'argument tiré de l'article 8 CSDH dans l'affaire *Gough & Smith*⁶⁴⁸, écartant ce grief au motif qu'il commandait un test de proportionnalité qui avait déjà été opéré à l'aune de la liberté de circulation.

*
* *

458. – Ces enseignements – qui demandent à être précisés, l'on en convient – seront mobilisés dans le cadre de notre description (partie II) et de notre analyse critique (partie III) de la jurisprudence

⁶⁴⁷ Cf. *supra*, n°429.

⁶⁴⁸ On n'oubliera pas les critiques formulées plus haut à l'adresse de ce « *package balancing* ».

communautaire. Mais avant de s'aventurer de plain-pied sur le terrain du droit européen, il convient de renouer avec nos ambitions théoriques. C'est dans cette perspective que, par le biais d'un examen comparatif *dynamique*, la troisième section de ce chapitre nous invite à nous interroger sur l'effacement progressif des frontières entre ordres juridiques et sur la lente émergence d'un *ius commune* enraciné dans les droits de l'homme et le marché.

Section 3. Vers une convergence des ordres juridiques ?

459. – Il est toujours délicat de procéder à des généralisations à partir de l'analyse de quelques cas concrets. L'idée d'une « convergence » des ordres juridiques sous la double action des droits de l'homme et du marché relève assurément de ces hypothèses à ce point larges qu'elles en sont empiriquement indémontrables : à peine a-t-on décelé un signe plaidant en leur faveur que surgissent mille autres qui les remettent en question. Si elle exclut que l'on s'en acquitte de manière exhaustive, l'énormité de la tâche qui s'annonce ne mérite toutefois pas que l'on s'en détourne. Dans cette perspective, les pages qui suivent n'ont pas pour ambition d'apporter des preuves irréfutables à l'appui de la mondialisation du droit et de clore définitivement toute discussion. En évoquant certains développements jurisprudentiels récents qui témoignent d'une convergence des ordres juridiques, elles entendent simplement apporter une contribution – partielle sans aucun doute, mais prudente et modeste aussi – à un débat qui n'est pas près de se tarir.

460. – Les développements que nous citerons à l'appui de l'hypothèse de la dilution des ordres juridiques se situent aussi bien dans les domaines de l'intégration économique (A) et de la protection des droits fondamentaux (B) qu'à leur intersection (C). Et tandis que les uns opèrent de manière horizontale, sous les traits d'un rapprochement entre des ordres juridiques étrangers (§1^{er}), les autres agissent de façon verticale, sous la forme d'une harmonisation – souvent violente, toujours officieuse – entre le droit communautaire et les droits des Etats membres (§2).

A. L'intégration économique

« In the absence of a clear standard set by the [Supreme] Court to determine the appropriate constitutional balance between the right of states to regulate the shipment of alcohol to consumers and the federal interest in maintaining a free market interstate economy, consideration of another court system's attempt to strike a balance between these two interests is illuminating. The EU provides a particularly useful comparative study because its competing interests in this area are quite analogous to those in the United States »⁶⁴⁹.

§1^{er}. Rapprochements horizontaux

a) L'intégration économique positive

461. – En dépit des contextes très différents dans lesquels elles s'exercent, les compétences des autorités centrales canadienne, américaine et communautaire en matière commerciale semblent aujourd'hui faire l'objet d'interprétations convergentes. Si leurs jurisprudences diffèrent encore sur de nombreux points, les cours suprêmes de ces trois ordres juridiques paraissent désormais guidées par un même souci d'« équilibre constitutionnel » dans l'interprétation de leur « *Commerce Clause* »⁶⁵⁰.

462. – On peut analyser cette convergence comme un rapprochement entre, d'une part, les positions très restrictives de la Cour suprême canadienne et, d'autre part, l'attitude plus libérale de la CJCE et des juges américains. Nous avons vu à cet égard que suite à l'arrêt *Parsons*⁶⁵¹ du *Privy Council*, l'article 91(2) de la loi constitutionnelle canadienne avait fait l'objet d'une interprétation très stricte, qui interdisait au législateur fédéral de réglementer le commerce intraprovincial, fût-ce incidemment. Au contraire, la *Commerce Clause* américaine a longtemps bénéficié d'un champ d'application excessivement large, qui permettait au Congrès d'intervenir dans des domaines ne présentant qu'un lien très ténu avec le commerce interétatique. Quant aux recours abusifs du législateur communautaire à l'article 95 CE (ex-article 100A), ils jouissaient, jusqu'il y a peu, d'une impunité totale.

463. – La Cour suprême canadienne fut la première à modifier sa jurisprudence. Rappelant que les autorités fédérales pouvaient empiéter sur la compétence des provinces en matière de « propriété et droits civils » afin de réglementer une question commerciale d'intérêt national, elle dégagea cinq critères – pas nécessairement cumulatifs – qui permettraient d'évaluer la validité des mesures prises sur base de l'article 91(2) :

- « 1) la mesure législative contestée doit s'inscrire dans un système général de réglementation,
- 2) le système doit faire l'objet d'une surveillance constante par un organisme de

⁶⁴⁹ J.W. GARLOUGH, « Weighing in on the Wine Wars : What the European Union Can Teach Us About the Direct Shipment Controversy », *Wm&Mary L. Rev.*, 2004-2005, vol.46, p.1558.

⁶⁵⁰ Nous renvoyons à la partie II de cette recherche pour une description détaillée des dispositions de droit communautaire qui forment les bases de l'intégration économique positive. Pour des motifs de clarté et de concision, nous nous limiterons ici à quelques considérations générales relatives à l'article 95 CE.

⁶⁵¹ Cf. *supra*, n°345.

réglementation, 3) la mesure législative doit porter sur le commerce dans son ensemble plutôt que sur un secteur en particulier, 4) la loi devrait être d'une nature telle que la Constitution n'habilitait pas les provinces, conjointement ou séparément, à l'adopter, et 5) l'omission d'inclure une seule ou plusieurs provinces ou localités dans le système législatif compromettrait l'application de ce système dans d'autres parties du pays »⁶⁵².

464. – Cette nouvelle méthodologie permet à la Cour de valider des dispositions qui, prises isolément, dépassaient la compétence fédérale, au motif qu'elles s'inséraient dans un régime général de réglementation d'une matière d'intérêt national⁶⁵³.

465. – Quelques années plus tard, la Cour suprême américaine opérait quant à elle un revirement radical et adoptait une interprétation beaucoup plus stricte de l'article 1.8 de la Constitution. Dans les arrêts *Lopez* et *Morrison* précités⁶⁵⁴, les juges du Capitole concluaient à l'inconstitutionnalité de lois fédérales pour la raison que les activités qu'elles prétendaient légiférer n'affectaient pas « substantiellement » le commerce interétatique.

466. – Poussée dans le dos par certaines juridictions nationales, la CJCE suivit bientôt le mouvement. Dans un arrêt *Allemagne c. Parlement et Conseil*⁶⁵⁵ sur lequel nous reviendrons, la Cour déclara que l'article 95 CE (ex-article 100A) ne conférait pas aux institutions communautaires « une compétence générale pour réglementer le marché intérieur » :

« En outre, un acte adopté sur le fondement de l'article 100 A du traité doit avoir effectivement pour objet l'amélioration des conditions de l'établissement et du fonctionnement du marché intérieur. Si la simple constatation de disparités entre les réglementations nationales ainsi que du risque abstrait d'entraves aux libertés fondamentales ou de distorsions de concurrence susceptibles d'en découler était suffisante pour justifier le choix de l'article 100 A comme base juridique, le contrôle juridictionnel du respect de la base juridique pourrait être privé de toute efficacité » (pt.84).

Dans la foulée, la Cour concluait à l'inconstitutionnalité d'une directive relative à la publicité et au parrainage en faveur des produits du tabac.

467. – Si elles demandent à être confirmées, ces convergences jurisprudentielles n'en demeurent pas moins très tangibles. En renvoyant dos à dos une lecture par trop rigide de la distribution des compétences et les versions les plus extrêmes de la « *cumulative impact doctrine* »⁶⁵⁶, elles témoignent sans doute d'une certaine maturité des juridictions qui en sont les auteurs. En privilégiant des raisonnements graduels ponctués d'adverbes aux contours flous – « substantiellement », « effectivement », ... –, ces nouvelles jurisprudences traduisent le souci de « coller » à la réalité institutionnelle et de prendre au sérieux des litiges qui touchent au fondement même de l'idée fédérale.

468. – Ces observations appellent toutefois certains tempéraments. D'une part, s'ils tendent à se rapprocher, les raisonnements des trois juridictions suprêmes sont très loin de se confondre. On notera ainsi que l'interprétation désormais plus libérale de la *Commerce Clause* canadienne n'a probablement pas pour effet d'étendre le champ d'application de celle-ci au-delà des matières exclusivement commerciales⁶⁵⁷. C'est, semble-t-il, la nature de l'objet réglementé davantage que ses effets potentiels sur le commerce interprovincial qui continue de servir de guide à la Cour suprême.

⁶⁵² *General Motors c. National City Leasing* [1989] 1 R.C.S. 641. Cf. aussi *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée* [1983] 2 R.C.S. 206.

⁶⁵³ Cf. le droit d'action de nature privée introduit par la loi relative aux enquêtes sur les coalitions (*General Motors*, cité *supra*) et l'action pour commercialisation trompeuse prévue par la loi sur les marques du commerce (*Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.* [2005] 3 R.C.S. 302).

⁶⁵⁴ Cf. *supra*, n°329.

⁶⁵⁵ C-376/98, cité *supra*, n°411.

⁶⁵⁶ Sur cette doctrine, cf. *supra*, n°329.

⁶⁵⁷ Cf. dans ce sens l'opinion dissidente du juge en chef Lamer et du juge Iacobucci sous *R. c. Hydro-québec*, cité *supra*, pt.82 : « (...) il est clair que le « caractère véritable » de la loi contestée ne concerne pas les échanges et le commerce, même si ceux-ci peuvent être touchés par l'application de ces dispositions ».

469. – D'autre part, rien ne permet d'affirmer que ces évolutions jurisprudentielles perdureront. A cet égard, on observera qu'une décision rendue récemment par les juges du Capitole préfigure peut-être un nouvel infléchissement de leur jurisprudence. Dans un arrêt *Gonzales v. Raich*⁶⁵⁸, la Cour suprême a déclaré par six voix contre trois qu'une loi fédérale qui interdisait la possession de cannabis à des fins médicales n'outrepassait pas les limites de la *Commerce Clause*. Pour aboutir à cette conclusion, le juge Stevens écrivant pour la majorité considéra que cette mesure faisait partie d'un régime plus général qui, en incriminant toute forme d'utilisation de cannabis, réglementait une activité économique par excellence. Il estima en outre que le Congrès avait légitimement pu penser que si elles étaient autorisées, la détention et la consommation personnelles de marijuana dans un but thérapeutique étaient susceptibles d'abus qui affecteraient le commerce interétatique de manière substantielle. Sans nous attarder sur cette décision, on conviendra qu'elle renoue avec une interprétation très large de la *Commerce Clause* qui cadre difficilement avec les évolutions récentes de la jurisprudence de la Cour suprême⁶⁵⁹. Il est toutefois trop tôt pour tirer des conclusions de ce qui pourrait ne s'avérer être qu'un cas isolé⁶⁶⁰.

470. – Enfin, on remarquera que ces rapprochements ne résultent pas nécessairement d'un examen consciencieux des jurisprudences étrangères. Les conclusions de l'avocat général Geelhoed précédant l'arrêt de la CJCE dans l'affaire *British American Tobacco* sont très significatives à cet égard, qui sont les seules – à notre connaissance – à se référer à la jurisprudence de la Cour suprême américaine dans le cadre de l'interprétation de l'article 95 CE⁶⁶¹. Cherchant à convaincre la Cour du bien-fondé de son analyse, l'avocat général y déclara :

« Dans ce contexte, la compétence communautaire est comparable à la compétence dont les autorités fédérales des États-Unis d'Amérique disposent en matière de commerce entre les États. La Supreme Court (États-Unis) a déclaré qu'il importe peu que l'objectif extrinsèque (dans notre cas: la santé publique) soit l'objectif principal ou dominant de la mesure fédérale (dans notre cas: la directive) pourvu que celle-ci apporte une contribution suffisante à la réalisation d'un objectif légitime (dans notre cas: le marché intérieur). Je considère la compétence du législateur communautaire comme une compétence fonctionnelle nécessaire à la mise en place du marché intérieur ». (§108)

471. – Opérée sept ans après le revirement de jurisprudence de la Cour suprême dans l'arrêt *Lopez*, la référence de l'avocat général à une décision de 1941⁶⁶² rendue au lendemain de l'ère *Lochner* paraît pour le moins malheureuse. Volontaire ou non, elle démontre en toute hypothèse les risques inhérents à la méthode comparative.

b) L'intégration économique négative

472. – On considère bien souvent que les réglementations nationales relatives à la composition, à la production ou à la vente de marchandises sont davantage affectées par le droit communautaire – et en

⁶⁵⁸ 545 U.S., 6 juin 2005. Sur cet arrêt, cf. e.a. J. ADLER, « Is *Morrison* Dead ? Assessing a Supreme Drug (Law) Overdose », *Lewis & Clark Law Review*, vol.9, p.751-778 ; G. REYNOLDS, B. DENNING, « What Hath *Raich* Wrought ? Five Takes », *Lewis & Clark Law Review*, vol.9, p.915-934. C. BRADLEY, « *Gonzales v. Raich* : Oh Federalism, Where is thy Sting ? », Indiana University School of Law, Research Paper nr 40, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=869281>;

⁶⁵⁹ Cf. en revanche le raisonnement intéressant du juge Scalia qui, dans son opinion concurrente, fonde la décision de la Cour sur une application de la « *Necessary and Proper Clause* ».

⁶⁶⁰ Ce sont les juges Scalia et Kennedy qui ont fait pencher la balance en faveur des conclusions des quatre juges traditionnellement libéraux. Si le juge Scalia s'est expliqué sur les raisons de ce ralliement ponctuel, le juge Kennedy est en revanche resté silencieux. Il est difficile, dans ces conditions, de prédire l'avenir. On notera toutefois que quelques jours après avoir rendu son arrêt, la Cour refusa de statuer sur une affaire relative à la validité d'une loi fédérale s'appliquant à la détention d'armes par un particulier. Elle renvoya l'affaire à la Cour d'appel pour qu'elle y soit réexaminée « in the light of *Gonzales v. Raich* » (*U.S. v. Stewart*, décision disponible sur www.supremecourtus.gov/docket/04-617.htm).

⁶⁶¹ Conclusions présentées le 10 septembre 2002 dans l'affaire C-491/01 *B.A.T. (Investments) Ltd et al. C. Secretary of State for Health*, 10 décembre 2002, *Rec.*, 2002, p.I-11453.

⁶⁶² *Oklahoma ex rel. Phillips v. Guy F. Atkinson Co.*, 313 U.S. 508

particulier par l'article 28 CE⁶⁶³ – que par le droit de l'OMC – et en particulier par l'article III, §4 GATT⁶⁶⁴. En effet, alors que ce dernier se limite à interdire l'adoption de mesures accordant un *traitement moins favorable* aux produits étrangers qu'aux produits nationaux similaires, l'article 28 CE s'oppose à toute forme de mesure *susceptible d'entraver*, directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire⁶⁶⁵.

473. – Autrement dit, là où le GATT laisse intactes les réglementations nationales qui ne favorisent pas les produits « du pays », le traité CE prohibe, de manière beaucoup plus large, tout type de mesure qui aboutirait à restreindre l'accès des biens étrangers au marché national. On en déduit, par exemple, que si elle est autorisée par l'article III, §4, GATT, une réglementation qui impose un taux minimum d'alcool à toutes les liqueurs – nationales comme étrangères – est en revanche contraire à l'article 28 CE dans la mesure où elle entrave la mise sur le marché des produits étrangers, lesquels doivent en outre se conformer à la législation de leur pays d'origine. Sur base de ces considérations, on en vient à tracer une ligne de démarcation très claire entre les formes d'intégration économique négatives mises en œuvre respectivement au niveau de l'OMC et de l'UE. Tandis que la première s'inspire d'un principe de non-discrimination qui n'interfère pas avec les politiques nationales, la seconde implique une véritable harmonisation négative qui mine sérieusement l'autonomie de chaque Etat.

474. – Cette lecture dichotomique semble aujourd'hui devoir être abandonnée⁶⁶⁶. Les développements de ces quinze dernières années témoignent d'une convergence progressive entre les libres circulations des marchandises communautaire et « gattienne ». Alors que la première s'est quelque peu détournée du « *market-access test* » pour renouer avec une conception affinée du principe de non-discrimination, la seconde s'est engagée à pas prudents dans le chemin inverse. Elles se retrouvent aujourd'hui toutes les deux au milieu du gué.

475. – Conclut dans le cadre de l'OMC, les accords sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS) et sur les obstacles techniques au commerce (OTC) relèvent d'une logique qui dépasse largement la lutte contre les mesures discriminatoires et protectionnistes. En établissant un corpus commun de règles relatives à l'adoption de mesures nationales – sanitaires, phytosanitaires, techniques – qui freinent le libre-échange, ces accords jettent les bases d'une entreprise d'harmonisation à l'échelle mondiale, dont l'objectif est de favoriser l'accès de tous les produits à tous les marchés. L'ambition n'est plus d'assurer un traitement égal des marchandises mais bien d'en permettre la meilleure circulation possible. Les membres de l'OMC sont ainsi priés de faire en sorte que les mesures nationales qui rentrent dans le champ d'application de ces accords « (...) n'aient ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international. A cette fin, [elles] ne seront pas plus restricti[ves] pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait »⁶⁶⁷. Ces accords consacrent également le principe de « reconnaissance mutuelle », bien connu du droit communautaire⁶⁶⁸, selon lequel un produit fabriqué dans le respect des normes du pays d'origine doit pouvoir accéder, sans conditions supplémentaires, au marché de l'Etat importateur⁶⁶⁹.

⁶⁶³ « Les restrictions quantitatives à l'importation, ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les Etats membres ».

⁶⁶⁴ « Les produits du territoire de toute partie contractante importés sur le territoire de toute autre partie contractante ne seront pas soumis à un traitement moins favorable que le traitement accordé aux produits similaires d'origine nationale en ce qui concerne toutes lois, tous règlements ou toutes prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation de ces produits sur le marché intérieur (...) »

⁶⁶⁵ Aff. 8/74, *Procureur du Roi c. Dassonville*, 11 juillet 1974, *Rec.*, 1974, p.897.

⁶⁶⁶ Cette hypothèse s'inspire en partie des propos de J. WEILER, « Epilogue: Towards a Common Law of International Trade », in J. WEILER (ed.), *The EU, the WTO and the NAFTA*, 2000, p.201-231 et, plus accessoirement, de M. DANI, « Economic Constitutionalism(s) in a Time of Uneasiness – Comparative Study on the Economic Constitutional Identities of Italy, the WTO and the EU », *Jean Monnet Working Paper 08/05*, disponible sur www.jeanmonnetprogram.org.

⁶⁶⁷ Article 2.2 OTC. L'article 5.6 SPS exprime la même idée dans des termes très proches. Le texte des deux accords est disponible sur www.wto.org.

⁶⁶⁸ Cf. aff. 120/78 *Rewe-Zentrale AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (Cassis de Dijon), 20 février 1979, *Rec.*, 1979, p.649.

⁶⁶⁹ « Les Membres accepteront les mesures sanitaires ou phytosanitaires d'autres Membres comme équivalentes, même si ces mesures diffèrent des leurs ou de celles qui sont utilisées par d'autres Membres s'occupant du commerce du même produit,

476. – Si la libre circulation « gattienne » se rapproche aujourd’hui – lentement – du « *market-access test* »⁶⁷⁰, l’article 28 CE se prête quant à lui désormais, dans certaines situations, à une analyse fondée sur le principe de non-discrimination. On rappellera à cet égard que pour endiguer les excès auxquels donnaient lieu sa jurisprudence *Dassonville*⁶⁷¹ – *Cassis de Dijon*⁶⁷², la Cour de justice a entrepris de restreindre le champ d’application de l’article 28 CE. Opérant un revirement de jurisprudence retentissant, elle déclara dans un arrêt devenu illustre qu’« il y a lieu de considérer que, contrairement à ce qui a été jugé jusqu’ici, n’est pas apte à entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce entre les États membres (...) l’application à des produits en provenance d’autres États membres de dispositions nationales qui limitent ou interdisent *certaines modalités de vente*, pourvu qu’elles s’appliquent à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national, et pourvu qu’elles affectent de la même manière, *en droit comme en fait*, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d’autres États membres »⁶⁷³.

477. – Les enseignements de l’arrêt *Keck* ont rapidement été mis en pratique, dévoilant une conception affinée du test de non-discrimination. Il est aujourd’hui admis qu’afin d’échapper à l’article 28 CE, une réglementation nationale relative à la vente – mais aussi parfois à la publicité – d’un produit doit non seulement s’appliquer indistinctement aux marchandises nationales et étrangères (*égalité de iure*) mais en outre affecter de la même manière leur commercialisation (*égalité de facto*)⁶⁷⁴. On ne peut manquer de tracer un parallèle entre cette « nouvelle » jurisprudence de la CJCE et l’interprétation que les organes de l’ORD donnent de l’article III, §4 GATT. En considérant que celui-ci exige « (...) *l’égalité effective des possibilités* offertes aux produits importés en ce qui concerne l’application des lois, règlements et prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l’achat, le transport, la distribution ou l’utilisation de produits sur le marché intérieur »⁶⁷⁵, les juridictions de l’OMC privilégient une approche « éclairée » du « test de non-discrimination » qui n’est guère différente de celle adoptée par la CJCE à l’égard du même type de mesures.

si le Membre exportateur démontre objectivement au Membre importateur qu’avec ses mesures le niveau approprié de protection sanitaire ou phytosanitaire dans le Membre importateur est atteint » (art.4, §1^{er} SPS). « Les Membres envisageront de manière positive d’accepter comme équivalents les règlements techniques des autres Membres, même si ces règlements diffèrent des leurs, à condition d’avoir la certitude que ces règlements remplissent de manière adéquate les objectifs de leurs propres règlements » (art.2, §7 OTC).

⁶⁷⁰ Nous rappellerons que l’article XI GATT relève bien évidemment lui aussi de cette logique, dans la mesure où il consacre l’élimination des restrictions quantitatives entre les États parties à l’OMC. Cette disposition n’a toutefois qu’un champ d’application limité. Elle ne recouvre pas les réglementations nationales *internes* qui ont pour effet de restreindre l’accès des produits étrangers au marché national. Sur les rapports entre les articles III, §4 et XI GATT, cf la déclaration *ad article III GATT* ainsi que le rapport du Groupe spécial, *Communautés européennes – Mesures affectant l’amiante et les produits en contenant*, WT/DS135/R, 18 septembre 2000, points 8.83 à 8.100. Les choses sont toutefois peut-être en train d’évoluer. Dans son rapport du 7 avril 2005 *Etats-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontière de services de jeux et paris* (DS 285), l’Organe d’appel a considéré que même si elle ne se présentait pas comme une restriction à l’importation, une mesure américaine de prohibition totale de services de jeux et paris opérés via Internet depuis l’étranger était contraire aux obligations des États-Unis en vertu de l’article XVI GATS (l’équivalent, *mutatis mutandis*, de l’article XI GATT). Cette décision conforte la tendance de l’OMC à abandonner le principe de non-discrimination (ou plutôt, de « non-protectionnisme ») au profit d’une approche fondée sur l’accès au marché. Sur cette décision, cf. J. PAUWELLYN, « *Rien ne va plus ? Distinguishing Domestic Regulation from Market Access in GATT and GATS* », *W.T.R.*, 2005, vol.4, p.131-170 ; F. ORTINO, « *Treaty Interpretation and the WTO Appellate Body Report in US – Gambling : A Critique* », *J.I.E.L.*, 2006, vol.9, p.117-148.

⁶⁷¹ Aff. 8/74, *Procureur du Roi c. Dassonville*, 11 juillet 1974, *Rec.*, 1974, p.897.

⁶⁷² Aff. 120/78 *Rewe-Zentrale AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (*Cassis de Dijon*), 20 février 1979, *Rec.*, 1979, p.649.

⁶⁷³ C-267 et 268/91, *Keck et Mithouard*, 24 novembre 1993, *Rec.*, 1993, p.I-6097, §16 (nous soulignons).

⁶⁷⁴ Nous reviendrons plus en détail sur la jurisprudence « *Keck* » dans la deuxième partie de cette recherche. Pour l’heure, nous nous permettons de renvoyer le lecteur à la brillante synthèse de C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, 2004, p.128-154.

⁶⁷⁵ « États-Unis - L’article 337 de la Loi douanière de 1930 », IBDD, S36/386, paragraphe 5.11 (rapport adopté le 7 novembre 1989), cité par le Groupe spécial dans l’affaire *Etats-Unis – Normes concernant l’essence nouvelle et ancienne formules*, DS2, 29 janvier 1996, pt.6.10. Cf. également Groupe spécial, *Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, WT/DS544/R, 31 mars 1998, pt.10.379.

478. – On l’aura compris, les réglementations internes des Etats font désormais l’objet d’analyses convergentes à Genève et Luxembourg. Certes, ces observations procèdent sans doute de généralisations un peu hâtives et ne doivent pas dissimuler les différences importantes qui séparent encore les libres circulations communautaire et « gattienne »⁶⁷⁶. Il n’empêche. Il y a dans ces convergences le signe d’une évolution indéniable qui souligne, une fois encore, la friabilité des parois entre les ordres juridiques⁶⁷⁷.

§2. Harmonisations verticales – de la libre circulation communautaire à l’union économique belge

479. – L’harmonisation européenne ne se réalise pas seulement au gré des directives et des règlements communautaires. Elle emprunte également des voies détournées, au nombre desquelles figurent d’étranges processus d’*irradiation* ou de *colonisation* de l’ordre juridique national. L’intégration économique – négative – fournit une illustration convaincante de ce phénomène, qui voit le régime des libres circulations communautaires lentement déteindre sur et se substituer à des dispositions nationales analogues. Deux arrêts de la Cour constitutionnelle de Belgique nous aideront à mieux saisir l’ampleur de cette question.

480. – Le premier a déjà fait l’objet d’une description dans les pages qui précèdent⁶⁷⁸. Il concernait une question préjudicielle en validité de décrets qui interdisaient aux clubs de football situés en Région flamande de payer des indemnités de transfert lors de l’« acquisition » de joueurs amateurs. La Cour constitutionnelle était notamment amenée à se pencher sur la conformité de ce régime avec l’union économique et monétaire belge. L’Union belge de Football prétendait en effet que dans la mesure où ils dispensaient les clubs flamands de verser une cotisation au Fonds de promotion du football des jeunes à l’occasion de chaque transfert, lesdits décrets entraînaient une distorsion de concurrence entre clubs francophones et néerlandophones. La Cour rejeta cette argumentation au motif que l’incidence éventuelle des décrets sur l’union économique était en toute hypothèse largement compensée par leur contribution à la libre circulation des sportifs et à la liberté d’association. Nous avons déjà expliqué pourquoi l’argument tiré de la liberté d’association nous paraissait fallacieux. Nous voudrions maintenant montrer que la référence à la libre circulation des sportifs est à tout le moins maladroite, voire incongrue.

481. – On commencera par rappeler qu’au titre de l’article 6, §1^{er}, VI, al.3 de la loi spéciale du 8 août 1980, « les Régions exercent leurs compétences dans le respect des principes de la libre circulation des personnes, biens, services et capitaux (...) *ainsi que* dans le respect du cadre normatif général de l’union économique et de l’unité monétaire »⁶⁷⁹. Il ressort très clairement de ce texte que si elles se recourent partiellement, les exigences relatives à la sauvegarde de l’union économique et au respect

⁶⁷⁶ A première vue, on pourrait penser que le « *market-access test* » s’impose progressivement à l’égard des mesures relatives à la *production* des marchandises, tandis que le « *test de non-discrimination éclairé* » préside aujourd’hui au sort des règles touchant à la *commercialisation* des produits. Cette distinction, qui se fonde sur les §§ 15 et 16 de l’arrêt *Keck*, ne trouve toutefois pas d’équivalent dans le droit de l’OMC. En effet, il ne fait pas de doute que l’accord SPS – et son « *market-access test* » – s’applique indifféremment aux deux types de mesures (cf. notamment le rapport de l’Organe d’appel, CE – *Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, WT/DS26/AB/R et WT/DS48/AB/R, 16 janvier 1998). Par ailleurs, il semble que l’article III.4 GATT – et son « *test de non-discrimination éclairé* » – ne s’applique pas qu’aux mesures strictement liées à la vente des marchandises (cf. Rapport du Groupe spécial, *Canada – Certaines mesures affectant l’industrie automobile*, WT/DS139/R et WT/DS142/R, 11 février 2000 : « Le mot "affectant" qui figure à l’article III:4 du GATT a été interprété comme visant non seulement les lois et règlements qui régissent directement les conditions de vente ou d’achat mais aussi toutes lois ou tous règlements qui pourraient altérer les conditions de concurrence entre les produits nationaux et les produits importés » (pt.10.80)). Du côté communautaire, des voix s’élèvent pour suggérer une application généralisée du « *test de non-discrimination éclairé* » (cf. les conclusions de l’AG Maduro du 30 mars 2006 dans C-158/04 *Trofo Super-Markets*).

⁶⁷⁷ Pour une comparaison déjà ancienne entre le GATT et la *Dormant Commerce Clause* américaine, cf. D. FARBER, R. HUDEC, « Free Trade and the Regulatory State : A GATT’s-Eye View of the *Dormant Commerce Clause* », *Vand.L.Rev.*, 1994, vol.47, p.1401-1440. Pour une comparaison – à moitié convaincante – entre la DCC et l’article 95 CE à l’égard de la « *direct shipment controversy* », cf. J.W. GARLOUGH, *loc. cit.*, p.1533-1568.

⁶⁷⁸ C.A., n°53/99, 26 mai 1999. Cf. *supra*, n°312.

⁶⁷⁹ Nous soulignons.

des libertés de circulation demeurent néanmoins distinctes. Elles imposent une *double* condition à l'exercice des compétences régionales en matière économique. La faiblesse du raisonnement de la Cour constitutionnelle, qui consiste à justifier la violation d'une condition par le respect de l'autre, apparaît très clairement à la lumière d'un exemple fictif. Imaginons que la Région wallonne décide de rembourser leurs cotisations sociales à toutes les entreprises établies sur son territoire. La distorsion de concurrence que créerait une telle mesure pourrait-elle être justifiée au nom de sa contribution à la liberté d'établissement et, incidemment, à la libre circulation des travailleurs ? Nous ne le pensons pas.

482. – Mais alors, comment expliquer le recours à un tel raisonnement par le juge constitutionnel ? Il nous semble que la réponse est à chercher du côté de l'arrêt *Bosman* de la CJCE⁶⁸⁰. On se souviendra que dans cette affaire, la Cour avait jugé contraires à la libre circulation des travailleurs les règlements sportifs qui imposaient le versement d'une indemnité lors du transfert d'un joueur professionnel européen d'un club à un autre. Cette décision a très probablement déterminé le raisonnement de la Cour constitutionnelle dans l'affaire qui nous occupe. En estimant que la suppression des indemnités de transfert pour les joueurs amateurs favorisait la libre circulation des sportifs et, partant, ne violait pas l'union économique, les juges belges entendaient sans doute s'aligner sur la jurisprudence communautaire. Cette transposition hâtive de l'arrêt *Bosman* n'est guère convaincante dans la mesure où elle ignore précisément les différences entre les libres circulations et l'union économique belge. Alors que les premières commandent l'élimination des obstacles locaux à la libre circulation, la seconde interdit le « détricotage » des réglementations nationales qui assurent l'unité de l'Etat. Là où la première s'oppose au paiement d'indemnités entre deux clubs (affaire *Bosman*), la seconde soutient une règle fédérale – non-étatique – qui oblige tous les clubs à verser une cotisation en vue de promouvoir le football des jeunes (affaire portée devant la Cour constitutionnelle).

483. – A tout ceci l'on rétorquera sans doute que les enjeux du litige n'étaient en aucun cas de nature à compromettre l'union économique du pays. Nul n'en disconviendra. Il n'en demeure pas moins qu'indépendamment des circonstances de l'espèce, cet arrêt a le mérite de mettre en lumière le processus d'irradiation ou de colonisation d'un concept de droit national par un principe de droit communautaire.

484. – Le même phénomène se laisse observer dans une affaire pendante devant la Cour constitutionnelle à l'heure où s'écrivent ces lignes. Cette affaire porte sur la validité d'un décret flamand qui réserve le bénéfice d'une assurance de soins aux habitants des Régions flamande et bruxelloise ainsi qu'aux ressortissants communautaires qui, tout en travaillant en Flandre ou à Bruxelles, résident sur le territoire d'un autre Etat membre. En somme, parmi les ressortissants communautaires – belges et étrangers – travaillant en Flandre, seuls ceux qui habitent en Wallonie se trouvent exclus du champ d'application du décret. La Région wallonne et la Communauté française ont attaqué ce dernier, notamment au motif qu'il viole l'union économique et monétaire belge, le principe d'égalité et de non-discrimination, et la libre circulation des personnes telle que garantie en droit national et communautaire.

485. – La Cour constitutionnelle a rendu un premier arrêt, qui ne clôt pas le litige⁶⁸¹. S'appuyant sur des décisions précédentes, la Cour constitutionnelle considère d'abord que « compte tenu du montant et des effets limités des mesures critiquées, il n'est pas porté atteinte à la compétence fédérale relative à l'union économique » (B.10.3). Se penchant ensuite sur les griefs tirés de la libre circulation et du principe de non-discrimination, le juge constitutionnel estime, à la suite des requérants, qu'il convient d'interroger la Cour de justice. Il décide dès lors de surseoir à statuer et d'adresser à la CJCE quatre questions préjudicielles relatives à la compatibilité du décret avec le règlement (CEE) n°1408/71 ainsi qu'avec les articles 18, 39 et 43 CE.

486. – Indépendamment des réponses qu'apporteront les juges du Kirchberg à ces questions épineuses, on ne peut manquer de s'étonner de ce détour par le droit communautaire. Le renvoi préjudiciel à la

⁶⁸⁰ C-415/93 *Union royale belge de football c. Bosman*, 15 décembre 1995, *Rec.*, 1995, p.I-4921.

⁶⁸¹ C.A., n°51/2006, 19 avril 2006.

Cour de justice n'aurait-il pas dû être précédé d'un examen approfondi de la conformité du décret à l'article 6, §1^{er}, VI, al.3 de la loi spéciale du 8 août 1980 ? Sur ce point, le raisonnement de la Cour constitutionnelle s'expose au moins à deux critiques. D'une part, son rejet cavalier de l'argument tiré de la sauvegarde de l'union économique paraît pour le moins douteux. Induite en erreur par les requérants, la Cour se trompe de question en considérant que le décret entrepris n'empiète pas sur « la compétence fédérale relative à l'union économique ». Nous avons déjà soulevé l'ambivalence de l'article 6, §1^{er}, VI, al.3, qui constitue à la fois une règle de répartition des compétences *et* – aux dires de la Cour constitutionnelle, elle-même – une modalité d'exercice de celles-ci. La Cour aurait donc été bien avisée de vérifier si, *tout en restant dans ses compétences*, la Région flamande n'avait pas malgré tout abusé de celles-ci au regard de l'union économique et monétaire⁶⁸².

487. – D'autre part, le renvoi « précipité » à la Cour de justice s'appuie sur un postulat particulièrement problématique, selon lequel les libres circulations belge et communautaire sont de poids ou de niveau égal. On est ici fort loin de l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat, qui estimait que ce qui valait pour l'intégration européenne valait *a fortiori* pour l'intégration économique belge⁶⁸³. On répondra peut-être que c'est par souci d'économie judiciaire ou par crainte de « se mouiller » dans des dossiers communautaires sensibles que la Cour a fait appel au juge communautaire. Il n'empêche que les conséquences de ce renvoi « en bloc » risquent de s'avérer particulièrement lourdes. En effet, si la Cour de justice devait conclure à la non-violation de la libre circulation communautaire au motif que la question qui lui est posée concerne une situation purement interne à un Etat membre, il y a fort à parier que la Cour constitutionnelle rejetterait dans la foulée l'ensemble des griefs tirés de la libre circulation. Un tel dénouement paraîtrait particulièrement inique dans la mesure où il reviendrait à écarter le moyen pris d'une atteinte à la libre circulation belgo-belge au motif que l'affaire en cause relève d'une situation purement... belgo-belge.

488. – Dans ses conclusions du 28 juin 2007, l'avocat général Sharpston s'est du reste inscrite en faux contre toute assimilation en sens inverse, qui aboutirait à transposer au grief relatif à la libre circulation communautaire le verdict de la Cour constitutionnelle sur l'argument tiré d'une atteinte à l'union économique belge⁶⁸⁴. En revanche, elle semble elle-même favoriser une convergence entre les libres circulations communautaire et interne lorsqu'elle affirme « (...) qu'il y a quelque chose de profondément paradoxal dans l'idée que, en dépit des efforts faits ces 50 dernières années pour abolir les barrières à la liberté de circulation *entre* Etats membres, des autorités décentralisées d'Etats membres puissent néanmoins réintroduire des barrières par la petite porte en les instaurant *à l'intérieur* des Etats membres »⁶⁸⁵. Estimant que « [l]es Communautés et les Régions de la Belgique agissant en tant que législateurs autonomes dans leurs sphères de compétences, leur position est à cet égard équivalente à celle d'un Etat membre » (pt.120), et s'appuyant sur les évolutions jurisprudentielles récentes en matière de libre circulation des *citoyens*, l'avocat général juge le décret flamand contraire au droit communautaire.

489. – Quelle que soit la décision que rendront les juges du Kirchberg et, à leur suite, les juges de Bruxelles dans cette affaire, on ne saurait trop attirer l'attention sur ces processus de *colonisation* des principes de droit national par leurs équivalents communautaires. Ils mettent en garde contre les tentations faciles qui peuvent surgir des convergences entre les ordres juridiques. Car si ces développements ne sont pas nécessairement néfastes, encore faut-il qu'ils s'opèrent consciemment et en connaissance de cause.

*

⁶⁸² A la décharge de la Cour, on notera qu'elle a écarté l'argument tiré de l'union économique en se fondant sur les effets limités du décret. Cette application d'une règle quantitative (« *de minimis* ») traduit, selon nous, davantage le souci de contrôler l'exercice d'une compétence que celui de déterminer celle-ci.

⁶⁸³ Cf. *supra*, n°367 et 369.

⁶⁸⁴ C-212/06 *Gouvernement de la Communauté française, Gouvernement wallon c. Gouvernement flamand*, non encore publié au Recueil, pt.47.

⁶⁸⁵ *Ibid.*, pt.116. Souligné dans le texte.

490. – S'ils ne se ramènent qu'à quelques « coups de sonde » guère susceptibles de généralisation, les développements qui précèdent autorisent néanmoins à formuler une série d'observations utiles à notre recherche. Ces observations partent d'un constat : des processus de convergence sont actuellement à l'œuvre entre certains ordres juridiques, processus qui portent sur les formes de l'intégration économique. Ce constat débouche à son tour sur une interrogation : faut-il voir l'œuvre du hasard dans ces rapprochements timides et parcellaires, ou convient-il d'y percevoir le signe d'un phénomène plus général de dilution des ordres juridiques ? Cette question n'appelle sans doute pas de réponse tranchée. Il est probable que certaines convergences sont purement fortuites et qu'elles feront place demain à de nouvelles distanciations. On se gardera bien de conclure, par exemple, que c'est le revirement de jurisprudence de la Cour suprême américaine dans son arrêt *Lopez* qui a incité la CJCE à modifier son interprétation de l'article 95 CE.

491. – On ne peut toutefois s'empêcher de penser que le contexte actuel favorise ces rapprochements jurisprudentiels. Nul n'ignore que s'ils dialoguent entre eux à travers leurs décisions, les juges du monde entier ont aujourd'hui de plus en plus souvent l'occasion de se rencontrer et de confronter leurs idées face à face. La Cour suprême américaine, la CEDH et la CJCE se rendent des visites régulières, et se montrent de plus en plus attentives à la jurisprudence – désormais si aisément accessible – de leurs homologues. La lecture de décisions étrangères fait apparaître des idées, des concepts et des arguments souvent « mobilisables » dans l'ordre juridique interne. Qu'il nous soit permis de penser à cet égard que le hasard ne suffit pas à expliquer les convergences entre les libres circulations communautaire et « gattienne », ou l'alignement de l'union économique et monétaire belge sur son homologue européenne.

492. – On notera cependant que la dilution des ordres juridiques n'est pas dénuée d'effets pervers. Les phénomènes de « colonisation » décrits plus haut mettent en garde contre les mirages qui peuvent surgir au détour d'un ordre juridique « étranger ». Le juge féru d'analyse comparée devra apprendre à se méfier des apparences et résister à la tentation des assimilations faciles. La référence de l'avocat général Geelhoed à une décision dépassée de la Cour suprême américaine souligne également le problème de la jurisprudence périmée. On conviendra que dans la quête de la meilleure solution il importe peu qu'une décision étrangère convaincante ou éclairante ait, par la suite, été « dénoncée » par son auteur. Un outil reste un outil, même s'il a été abandonné par son concepteur. En revanche, on se méfiera de la rhétorique qui consiste à citer, à *titre d'autorité*, une jurisprudence dépassée.

B. La protection des droits fondamentaux

« La diversité existe, certes ! Elle doit même exister et ne peut d'ailleurs qu'exister. Mais elle ne doit pas exclure l'unification du *cœur du droit*, celle qui touche aux fondements démocratiques des ordres juridiques et qui naît de la circulation féconde des idées juridiques et – osons le dire et l'écrire – du progrès du droit. »⁶⁸⁶

§1^{er}. Rapprochements horizontaux – l'émergence d'un droit cosmopolitique

⁶⁸⁶ J.-J. PARDINI, « Brèves réflexions sur les interactions entre les ordres juridiques » in M. BAUDREZ, T. DI MANNO (dir.), *Liber Amicorum Jean-Clause Escarras – La communicabilité entre les systèmes juridiques*, 2005, p.158-159.

493. – Peu de sujets ont reçu autant d’attention dans la littérature juridique récente que la question de l’émergence d’un droit commun des droits de l’homme. Des « obligations *erga omnes* » invoquées par la CIJ⁶⁸⁷ à « l’ordre public européen » proclamé par la CEDH⁶⁸⁸ en passant par l’essor du droit international pénal, le chemin qui mène à l’universalisation des droits de l’homme est désormais bien balisé. Désireux d’épargner au lecteur l’ennuyeux parcours de sentiers battus et rebattus sans pour autant pouvoir nous résoudre à délaisser complètement ce terrain de prédilection du *ius commune*, nous nous limiterons à présenter brièvement deux développements jurisprudentiels récents qui confirment, si besoin en était, la contribution des droits de l’homme au processus de dilution des frontières qui séparent les ordres juridiques.

494. – Le Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPI) a rendu, le 21 septembre 2005, deux arrêts qui trouveront rapidement leur place dans les manuels de droit international des droits de l’homme⁶⁸⁹. Ces décisions furent rendues suite à des recours en annulation dirigés contre des règlements communautaires qui ordonnaient le gel des fonds appartenant à des personnes suspectées de faire partie de la mouvance Al-Qaida. Ces règlements avaient été adoptés en exécution de diverses résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies, et visaient les personnes inscrites sur une liste élaborée par le « comité des sanctions », un organe subsidiaire du Conseil de sécurité.

495. – Les requérants, des personnes physiques et morales auxquelles s’appliquaient ces sanctions, contestèrent la validité des règlements communautaires à un triple titre. Ils prétendirent d’une part que ceux-ci étaient entachés d’incompétence, d’autre part qu’ils étaient dénués de portée générale, et enfin qu’ils violaient les droits fondamentaux des personnes qu’ils sanctionnaient. Nous ne nous étendrons pas sur les motifs qui présidèrent au rejet des deux premiers moyens par le Tribunal. En revanche, le raisonnement déployé à l’endroit des griefs tirés de la violation des droits de l’homme mérite toute notre attention. Il est structuré en trois parties.

496. – Dans un premier temps, le Tribunal estime nécessaire de clarifier « l’articulation entre l’ordre juridique international issu des Nations unies et l’ordre juridique national ou communautaire »⁶⁹⁰. Sans surprise, il commence par rappeler qu’eu égard aux articles 25 et 103 de la Charte des Nations unies, les résolutions du Conseil de sécurité jouissent d’une primauté absolue sur les droits nationaux et sur les traités internationaux. En outre, poursuit-il, si elle n’y est pas directement tenue en vertu du droit international public, la Communauté européenne est néanmoins obligée, au égard au traité CE lui-même, de donner effet aux résolutions du Conseil de sécurité. Le Tribunal en conclut que les institutions communautaires n’avaient d’autre choix que d’exécuter sans délai la demande de gel des fonds formulée par le Conseil de sécurité. Cette exécution n’aurait pu être refusée ou différée en raison de son incompatibilité avec les principes fondamentaux de l’ordre juridique communautaire.

497. – Le Tribunal en vient ensuite à s’interroger sur l’étendue du contrôle de légalité qu’il lui incombe d’exercer⁶⁹¹. Il considère d’abord que le contrôle des règlements attaqués à l’aune du droit communautaire emporte nécessairement un contrôle incident des résolutions du Conseil de sécurité qui en ont dicté le contenu. Or, rappelle le Tribunal, ces résolutions échappent en principe à son contrôle, et il « (...) n’est pas autorisé à remettre en cause, fût-ce de manière incidente, leur légalité au regard du droit communautaire »⁶⁹². Les juges de Luxembourg ne se contentent cependant pas de cette fin de non-recevoir. Soucieux d’offrir une protection juridictionnelle aux requérants sans pour autant méconnaître les principes fondateurs du droit international, ils trouvent leur salut dans le *ius cogens* :

⁶⁸⁷ Cour internationale de justice, *Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgique c. Espagne)*, 5 février 1970, *Recueil*, 1970, p.3, pt.33.

⁶⁸⁸ Arrêt *Loizidou c. Turquie* du 23 mars 1995, pt.75.

⁶⁸⁹ T-306/01 *Yusuf et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, 21 septembre 2005, *Rec.*, 2005, p.II-3533 ; T-315/01, *Kadi c. Conseil et Commission*, 21 septembre 2005, *Rec.*, 21005, p.II-3649.

⁶⁹⁰ *Yusuf*, pts.231-259 ; *Kadi*, pts.181-208.

⁶⁹¹ *Yusuf*, pts.260-284 ; *Kadi*, pts.209-233.

⁶⁹² *Yusuf*, pt.276 ; *Kadi*, pt.225.

« Le Tribunal est néanmoins habilité à contrôler, de manière incidente, la légalité des résolutions en cause du Conseil de sécurité au regard du jus cogens, entendu comme un ordre public international qui s'impose à tous les sujets du droit international, y compris les instances de l'ONU, et auquel il est impossible de déroger. (...) »

Le droit international permet ainsi de considérer qu'il existe une limite au principe de l'effet obligatoire des résolutions du Conseil de sécurité : elles doivent respecter les dispositions péremptoires fondamentales du jus cogens. Dans le cas contraire, aussi improbable soit-il, elles ne lieraient pas les États membres de l'ONU ni, dès lors, la Communauté.

Le contrôle juridictionnel incident exercé par le Tribunal, dans le cadre d'un recours en annulation d'un acte communautaire adopté, sans exercice d'une quelconque marge d'appréciation, en vue de mettre en œuvre une résolution du Conseil de sécurité, peut donc s'étendre, le cas échéant, à la vérification du respect des règles supérieures du droit international relevant du jus cogens et, notamment, des normes impératives visant à la protection universelle des droits de l'homme, auxquelles ni les États membres ni les instances de l'ONU ne peuvent déroger parce qu'elles constituent des « principes intransgressibles du droit international coutumier »⁶⁹³

498. – Nul ne contestera l'avant-gardisme de ces quelques lignes. Le TPI endosse ici un rôle de pionnier, et se distingue de la position plus classique adoptée par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Tadic*⁶⁹⁴. Non content d'intégrer les droits de l'homme à la coutume internationale, il va jusqu'à les hisser au sommet du droit des gens en leur conférant le statut de *ius cogens*. Ce n'est pas au *ius commune* – qui se développe au carrefour des ordres juridiques par une sorte d'effet d'osmose – mais bien au *ius cosmopoliticum* – qui s'impose aux droits nationaux et est appelé à régir une fédération mondiale des États – que le Tribunal s'efforce de rattacher les droits de l'homme.

499. – Une fois ce tour de force accompli, le TPI se gardera bien de remettre en cause la validité des résolutions du Conseil de sécurité. Se fondant sur la Déclaration universelle des droits de l'homme, il considérera d'abord que les requérants n'ont pas été *arbitrairement* privés de biens eu égard à l'objectif légitime de la mesure ainsi qu'à son caractère conservatoire et temporaire. Les juges de Luxembourg écarteront aussi le moyen tiré d'une violation des droits de la défense, estimant que ni le Conseil de sécurité, ni les institutions communautaires n'étaient tenues d'entendre les intéressés avant de procéder au gel de leurs avoirs financiers. Enfin, c'est avec plus de difficulté que le Tribunal conclura à la non-violation du droit des requérants à un recours juridictionnel effectif. Après avoir reconnu l'absence d'une juridiction chargée de contrôler les décisions individuelles prises par le comité des sanctions, le TPI considérera toutefois « (...) qu'une telle lacune dans la protection juridictionnelle des requérants n'est pas en soi contraire au jus cogens ». Se référant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, il déclarera que « (...) la limitation du droit d'accès des requérants à un tribunal, résultant de l'immunité de juridiction dont bénéficient en principe, dans l'ordre juridique interne des États membres des Nations unies, les résolutions du Conseil de sécurité adoptées au titre du chapitre VII de la charte des Nations unies, (...) est inhérente à ce droit, tel qu'il est garanti par le jus cogens »⁶⁹⁵.

500. – Qu'il nous soit simplement permis de formuler deux observations à l'endroit de ces décisions, dont le raisonnement a été reproduit dans les arrêts *Ayadi*⁶⁹⁶, *Hassan*⁶⁹⁷, et *Minin*^{698 699}. La première a

⁶⁹³ *Yusuf*, pts.277, 281 et 282 ; *Kadi*, pts.226, 230 et 231.

⁶⁹⁴ T.P.I.Y., ch. d'Appel, 2 octobre 1995, *Le Procureur c. Dusko Tadic – Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*, disponible sur <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/decision-f/51002JN3.htm>, pt. 42 : « L'Appelant n'a pas convaincu la présente Chambre que les conditions énoncées dans [le PIDCP, la CEDH et la Convention américaine des droits de l'homme] (...) doivent s'appliquer non seulement dans le contexte des systèmes juridiques nationaux mais aussi dans le cadre des instances se déroulant devant un tribunal international. La présente Chambre est, cependant, convaincue que le principe selon lequel un tribunal doit être établi par la loi, comme expliqué ci-dessous, est un principe général du droit imposant une obligation internationale qui ne s'applique qu'à l'administration de la justice pénale dans un cadre national ».

⁶⁹⁵ *Yusuf*, pts.341 et 343 ; *Kadi*, pts.286 et 288.

⁶⁹⁶ T-253/02 *Chafiq Ayadi c. Conseil*, 12 juillet 2006, *Rec.*, 2006, p.II-2139.

trait au processus de « transsubstantiation » que subissent, à travers elles, la Déclaration universelle des droits de l'homme et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. En faisant de ces deux instruments les « baromètres » de l'ordre public international, le TPI leur confère une normativité à laquelle ils n'auraient jamais pu prétendre autrement. Ce « couronnement » jurisprudentiel de textes dotés d'une effectivité limitée confirme, pour autant que de besoin, le rôle créateur du juge international. Notre seconde remarque porte sur la distance qui sépare les arrêts *Yusuf* et *Kadi* des premières décisions de la CJCE en matière de droits de l'homme. A la jurisprudence frileuse d'alors répondent aujourd'hui des prises de position très engagées. On notera cependant que, malgré les apparences, la jurisprudence communautaire s'inscrit en réalité dans une continuité remarquable. Quoi de plus naturel en effet, après avoir bâti un droit communautaire des droits de l'homme par la méthode inductive des principes généraux du droit, de continuer dans cette voie au niveau international ? On relèvera toutefois qu'à l'inverse de la catégorie des principes généraux du droit communautaire, l'interprétation très large du *ius cogens* défendue par le Tribunal est loin de faire l'unanimité⁷⁰⁰.

501. – C'est dans la jurisprudence récente de la Cour suprême américaine que nous trouvons notre second « indice » à l'appui du développement d'un *ius commune* des droits de l'homme. Le 26 juin 2003, les membres de la plus haute juridiction des Etats-Unis se prononçaient sur la constitutionnalité d'une loi texane interdisant la sodomie entre deux personnes du même sexe⁷⁰¹. Dans une affaire similaire jugée moins de vingt ans auparavant, la Cour avait conclu à la validité d'une telle législation qui, du droit romain à la *common law*, comptait de nombreux antécédents dans l'histoire de la civilisation occidentale⁷⁰². En 2003, les juges du Capitole modifièrent leurs positions. Ecrivant pour la majorité, le juge Kennedy estima que le « précédent » *Bowers v Hardwick* ne reflétait plus l'état actuel des mentalités et que sa référence évasive aux valeurs de la « civilisation occidentale » n'était pas très convaincante. Il rappela à cet égard que dès 1981, la CEDH avait condamné une loi d'Irlande du Nord qui interdisait la pratique de la sodomie entre adultes consentants⁷⁰³.

502. – Cette référence – la toute première – à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme déclencha un débat passionné dans la jurisprudence⁷⁰⁴ et la doctrine⁷⁰⁵ sur l'opportunité du recours au

⁶⁹⁷ T-49/04 *Faraj Hassan c. Conseil et Commission*, 12 juillet 2006, *Rec.*, 2006, p.II-52.

⁶⁹⁸ T-362/04 *Leonid Minin c. Commission*, 31 janvier 2007, non encore publié au Recueil.

⁶⁹⁹ Pour des commentaires plus approfondis, cf. e.a. P. STANGOS, G. GRYLLOS, « Le droit communautaire à l'épreuve des réalités du droit international : leçons tirées de la jurisprudence communautaire récente relevant de la lutte contre le terrorisme international », *C.D.E.*, 2006, p.429-481 ; R. VAN OOIK, R. WESSEL, « De Yusuf en Kadi-uitspraken in perspectief. Nieuwe verhoudingen in de interne en externe bevoegdheden van de Europese Unie », *S.E.W.*, 2006, p.230-241 ; R. BROWN, « Kadi v Council of the European Union and Commission of the European Communities : Executive Power and Judicial Supervision at European Level », *E.H.R.L.R.*, 2006, p.456-469 ; J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, « Droit de l'Union, droit international et droits fondamentaux », in *Le droit à la mesure de l'homme. Mélanges en l'honneur de Philippe Léger*, 2006, p.151-161. Notons encore que dans des affaires plus récentes, le Tribunal n'a pas hésité à annuler, pour non-respect des droits fondamentaux, des décisions de gel de fonds prises par le Conseil sur base d'un règlement communautaire qui, lui-même, mettait en œuvre, par l'intermédiaire d'une position commune adoptée dans le cadre du troisième pilier, une résolution du Conseil de sécurité des Nations-Unies (T-228/02 *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran c. Conseil*, 12 décembre 2006, non encore publié au Recueil ; T-47/03 *Sison c. Conseil*, 11 juillet 2007, non encore publié au Recueil ; T-327/03 *Stichting Al-Aqsa c. Conseil*, 11 juillet 2007, non encore publié au Recueil). Le Tribunal a estimé que ces décisions devaient être évaluées au regard des standards communautaires de protection des droits fondamentaux dès lors qu'*in casu* – et à la différence des affaires précédentes –, les autorités communautaires bénéficiaient d'un certain pouvoir d'appréciation dans la mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité des Nations-Unies.

⁷⁰⁰ Cf. notamment R. BROWN, « Kadi v. Council ... », *loc. cit.*, p.467 ; J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, « Droit de l'Union, ... », *loc. cit.*, p.158-159.

⁷⁰¹ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

⁷⁰² *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

⁷⁰³ CEDH, *Dudgeon c. Royaume Uni*, 22 octobre 1981, req. n°7525/76.

⁷⁰⁴ Cf. en particulier les opinions dissidentes du juge Scalia dans *Lawrence v. Texas* ainsi que dans les arrêts cités ci-dessous.

⁷⁰⁵ Cf. notamment T. ALENIKOFF, « Thinking Outside the Sovereignty Box: Transnational Law and the U.S. Constitution », *Texas L.R.*, vol.82, 2004, p.1989-2016 ; D.M. AMANN, « Raise the Flag and Let it Talk': On the Use of External Norms in Constitutional Decision Making », *I.J.Const.L.*, 2004, p.597-610 ; D. BODANSKY, « The Use of International Sources in Constitutional Opinion », *Ga.J.Int'L&Comp.L.*, vol.32, 2004, p.421-428 ; C. BOOTH, M. DU PLESSIS, « Home Alone ? – The US Supreme Court and International and Transnational Judicial Learning », *E.H.R.L.R.*, 2005, p.127-147 ; V. JACKSON, « Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement », *H.L.R.*, vol.119, 2005, p.109-128 ; S. LEVINSON, « Looking Abroad When Interpreting the U.S. Constitution: Some Reflections », *Texas Int'l L.J.*, vol.39, 2004, p.353-365 ;

droit comparé dans l'interprétation de la Constitution américaine⁷⁰⁶. Un autre arrêt vint bientôt nourrir la controverse. Dans l'affaire *Roper v. Simmons*, la Cour suprême fut amenée à examiner la validité d'une mesure permettant l'application de la peine de mort à une personne qui était âgée de plus de quinze mais de moins de dix-huit ans au moment de la commission du crime dont elle était accusée⁷⁰⁷. Comme dans *Lawrence v. Texas*, les juges disposaient ici d'une marge d'appréciation très réduite : quinze ans auparavant, la Cour avait déjà considéré que l'infliction de la peine de mort à des « grands mineurs » ne constituait pas un « *cruel and unusual punishment* » au sens du huitième Amendement de la Constitution. L'existence de ce précédent n'empêcha cependant pas la majorité de parvenir à des conclusions diamétralement opposées. S'exprimant une nouvelle fois au nom de la majorité, le juge Kennedy rappela d'abord que la qualification de « *cruel and unusual punishment* » devait s'apprécier à la lumière des « *evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society* ». Il observa ensuite que depuis, quinze ans, certains Etats avaient abandonné l'application de la peine de mort à des mineurs, favorisant par là l'émergence d'un consensus national sur la question. Enfin, après avoir formulé quelques observations de type criminologique, il déclara :

« Our determination that the death penalty is disproportionate punishment for offenders under 18 finds confirmation in the stark reality that the United States is the only country in the world that continues to give official sanction to the juvenile death penalty. (...) It is proper that we acknowledge the overwhelming weight of international opinion against the juvenile death penalty, resting in large part on the understanding that the instability and emotional imbalance of young people may often be a factor in the crime. (...) The opinion of the world community, while not controlling our outcome, does provide respected and significant confirmation for our own conclusions. (...) It does not lessen our fidelity to the Constitution or our pride in its origins to acknowledge that the express affirmation of certain fundamental rights by other nations and peoples simply underscores the centrality of those same rights within our own heritage of freedom ».

503. – Ces références de plus en plus nombreuses et toujours plus appuyées au droit comparé suscitent aujourd'hui des réactions très contrastées. Alors que les uns crient au « gouvernement des juges » et condamnent ces comparaisons rhétoriques et partisans⁷⁰⁸, d'autres applaudissent avec enthousiasme cette ouverture « cosmopolitique », qui fournit à la Cour suprême un laboratoire à l'échelle mondiale ainsi qu'une inépuisable « boîte à idées ».

504. – L'argumentaire des défenseurs du « *constitutional borrowing* » est bien connu et largement approuvé de ce côté-ci de l'Atlantique, de telle sorte qu'il n'est sans doute pas la peine d'y revenir. On n'insistera pas davantage sur les « sorties » caricaturales des juges Scalia ou Thomas, s'inquiétant des risques de perversion de la Constitution américaine sous l'influence des « humeurs, des lubies et des modes étrangères »⁷⁰⁹. En revanche, et pour alimenter quelque peu le débat, il paraît intéressant de rendre compte de l'opinion exprimée par R. Posner dans les colonnes de la *Harvard Law Review*, qui éclaire d'un jour nouveau la question de l'émergence d'un droit commun des droits de l'homme⁷¹⁰.

R. MARKOVITS, « Learning from the Foreigners: A Response to Justice Scalia's and Professor Levinson's Professional Moral Parochialism », *Texas I.L.J.*, vol.39, 2004, p.367-379 ; X, « A Conversation between U.E. Supreme Court Justices », *I.J.Const.L.*, 2005, p.519-541 ; C. BARON, « La théorie de l'intention originelle, la sincérité dans la rédaction des opinions des juges et les références à des sources juridiques étrangères dans le processus d'interprétation de la constitution aux Etats-Unis », in D. DE BECHILLON, P. BRUNET, V. CHAMPEIL-DESPLATS, E. MILLARD (dir.), *Mélanges en l'honneur de Michel Troper. L'architecture du droit*, 2006, p.109-126 ; B. MARKESINIS, « National Self-Sufficiency or Intellectual Arrogance ? The Current Attitude of American Courts Towards Foreign Law », *C.L.J.*, 2006, p.301-329.

⁷⁰⁶ La Cour suprême avait déjà eu recours au droit comparé auparavant, mais de manière moins visible, moins déterminante, ou sur un sujet moins sensible. Dans le domaine des droits de l'homme, cf. e.a. *Thompson v. Oklahoma* 487 U.S. 815 (1988) ; *Atkins v. Virginia* 536 U.S. 304 (2002) ; *Grutter v. Bollinger* 539 U.S. 306 (2003).

⁷⁰⁷ 543 U.S. 551 (2005).

⁷⁰⁸ On notera à cet égard que le Congrès examine actuellement une « Resolution on the Appropriate Role of Foreign Judgments in the Interpretation of the Constitution of the United States ». Pour un compte-rendu de la discussion de la résolution au sein du sous-comité sur la Constitution, cf. www.commdocs.house.gov/committees/judiciary/hju22494.000/hju22494_0.HTM

⁷⁰⁹ Thomas J. (concurring), *Foster v. Florida* 537 U.S. 990 (2002).

⁷¹⁰ R. POSNER, « The Supreme Court 2004 Term – Foreword : A Political Court », *H.L.R.*, vol.119, 2005, p.31-102.

505. – Selon le célèbre professeur de l’université de Chicago – par ailleurs juge à la Cour d’appel du septième circuit – le recours au droit comparé dans *Lawrence* et *Roper* doit se comprendre à la lumière des théories du droit naturel. Comparant le juge Kennedy à « a kind of judicial Ronald Dworkin », R. Posner le qualifie de « *natural lawyer* ». Il s’en explique en ces termes :

« The basic idea of natural law is that there are universal principles of law that inform — and constrain — positive law. If they are indeed universal, they should be visible in foreign legal systems and so it is “natural” to look to the decisions of foreign courts for evidence of universality. This means, however, that these foreign decisions are being used as authorities, and there are a number of objections to using them as such, as they were used in *Lawrence* and *Roper*, rather than merely for the information they may contain or because a treaty or a choice-of-law provision in a contract has made foreign law the rule of decision in a particular case »⁷¹¹.

506. – Ces observations sont sans doute excessives mais ne paraissent cependant pas dénuées de toute pertinence. Elles semblent en effet dévoiler le postulat qui sous-tend parfois l’utilisation du droit comparé par les juges dans le domaine des droits de l’homme. Ainsi, il se pourrait bien qu’en invoquant la jurisprudence étrangère pour interpréter des concepts aussi moralement chargés que celui de « *cruel punishment* », les juges du Capitole présupposent l’existence d’une sorte de « nature des choses », immuable et intangible. Dans une telle perspective, les décisions étrangères apparaissent non pas comme un laboratoire ou une boîte à idées utile à la recherche de la « meilleure solution », mais bien comme autant de *preuves* à l’appui de la seule interprétation juste. Leur intérêt tient dans le résultat qu’elles énoncent – la pratique de l’avortement est conforme aux droits fondamentaux, la peine de mort ne l’est pas, etc. – et non dans la finesse ou la rigueur de leur raisonnement. Au regard de valeurs intangibles, l’existence d’un consensus au niveau mondial – ou au moins occidental – *démontre* le caractère intrinsèquement juste ou injuste de telle ou telle pratique et *exige* le maintien ou l’abandon de celle-ci.

507. – On rétorquera non sans raison que le *ius cosmopoliticum* célébré par les arrêts du TPI participent tout autant de ce point de vue que les décisions *Lawrence* et *Roper* de la Cour suprême. Il convient toutefois de noter que s’il consacre l’existence de certaines valeurs universelles, le raisonnement du juge communautaire a toutefois le « mérite » de s’ancrer dans le droit positif : c’est parce qu’ils font partie du *ius cogens* – une catégorie juridique reconnue par la Convention de Vienne sur le droit des traités – et non parce qu’ils découlent « naturellement » de la dignité humaine que les droits fondamentaux exigent le contrôle d’une résolution du Conseil de sécurité par le TPI. Ce détour par le droit positif oblige le TPI, sous peine de perdre toute crédibilité, à reconnaître le contenu limité de l’« ordre public international » qu’il entend défendre. On ne peut en effet raisonnablement prétendre que le plus grand commun dénominateur des ordres juridiques nationaux s’étend bien au-delà du respect de quelques principes généraux qui forment le « noyau dur » des droits de l’homme.

508. – En revanche, dans la mesure où elle ne s’autorise d’aucune règle de droit positif, la pratique du « *constitutional borrowing* » apparaît virtuellement sans limites. On ne voit pas, en effet, ce qui empêcherait les juges de regarder chez certains de leurs voisins afin d’éclairer les zones d’ombre qui nimbent les contours des droits de l’homme⁷¹². Les conclusions de l’avocat général Geelhoed dans l’affaire *Commission c. Carbon* fournissent une illustration intéressante de ce cas de figure⁷¹³. L’avocat général défendait l’idée selon laquelle l’article 6 CSDH n’autorisait pas les entreprises à refuser de transmettre certains documents à la Commission européenne dans le cadre de procédures anticoncurrentielles. Il considérait à cet égard que lorsqu’il s’appliquait aux personnes morales, le droit de ne pas s’auto-incriminer devait faire l’objet d’une lecture restrictive. A l’appui de son interprétation de l’article 6 CSDH, l’avocat général se référa à la jurisprudence de la Cour suprême américaine, rappelant que jamais celle-ci n’avait accordé à des entreprises le bénéfice du droit au silence consacré dans le cinquième Amendement. Il ne fit état ni des différences entre les deux textes, ni du

⁷¹¹ *Ibid.*, p.85.

⁷¹² Sur la place des décisions étrangères dans *Grutter v. Bollinger* (discrimination positive), cf. D. AMANN, *loc. cit.*, p.598-599.

⁷¹³ C-301/04 P, conclusions du 19 janvier 2006, *Rec.*, 2006, p.I-8055.

raisonnement par lequel la Cour suprême était parvenue à une telle conclusion. Il n'expliqua pas davantage pourquoi la jurisprudence américaine *devait* servir d'exemple à la CJCE.

509. – En définitive, ce qui fait encore cruellement défaut au « *constitutional borrowing* », c'est une méthodologie permettant d'exploiter au mieux les expériences étrangères sans pour autant verser dans le tourisme intellectuel – c'est le reproche du « *cherry picking* » si souvent entendu – ou se laisser gagner par un cosmopolitisme béat – qui conçoit le syncrétisme juridique comme une fin en soi, et non comme le résultat « aléatoire » de la recherche de la meilleure solution. L'affaire *Lawrence v. Texas* nous met en garde contre ces dérives, elle qui vit les juges de la Cour suprême préférer l'« exotisme » du droit comparé à la rigueur du droit international. Relevons en effet que le Comité des droits de l'homme des Nations-Unies avait déjà jugé qu'une loi interdisant des pratiques sexuelles entre deux personnes du même sexe était contraire au Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP)⁷¹⁴. Plutôt que de s'offrir un détour par la jurisprudence européenne, la Cour suprême aurait dès lors pu (dû ?) se contenter de s'aligner sur cet avis en déclarant la loi texane contraire au PIDCP – une convention internationale applicable dans l'ordre juridique américain.

§2. Harmonisations verticales – les « jeux de miroir » du Conseil constitutionnel français

510. – C'est aujourd'hui devenu un lieu commun que de signaler l'émergence d'un *ius commune* européen des droits de l'homme sous la double influence des jurisprudences de Strasbourg et de Luxembourg. Traditionnellement décrit comme un processus d'unification « *top-down* », le développement d'un droit commun des droits de l'homme se nourrit pourtant aussi de phénomènes d'harmonisation « *bottom-up* ». La décision du Conseil constitutionnel français relative au traité établissant une Constitution pour l'Europe illustre le rôle central que sont amenées à jouer les juridictions nationales dans ce cadre. Les « hiérarchies enchevêtrées » qui composent aujourd'hui nos paysages juridiques placent paradoxalement les cours et tribunaux nationaux en position de force. Nous verrons que ceux-ci n'hésitent pas à « profiter » de cette situation pour faire valoir leurs points de vue et, par là, revendiquer davantage d'autonomie.

511. – L'examen de constitutionnalité auquel se livre le Conseil dans sa décision du 19 novembre 2004⁷¹⁵ se divise en quatre parties. Le principe de primauté du droit communautaire, la Charte des droits fondamentaux, les politiques et le fonctionnement de l'Union, et les nouvelles prérogatives reconnues aux parlements nationaux font tour à tour l'objet d'une analyse minutieuse. Si seules les deux dernières parties aboutiront *in fine* à un constat d'inconstitutionnalité, c'est le passage consacré à la Charte des droits fondamentaux (§§14-22) qui retiendra ici notre attention.

512. – Le Conseil constitutionnel aura recours à deux techniques pour justifier la constitutionnalité de la Charte. La première, qui n'a rien de révolutionnaire, consiste à analyser en détail la formulation de certaines dispositions afin de démontrer qu'elles ne heurtent pas les principes fondamentaux de l'ordre juridique français. Dans cette perspective, le Conseil évoque d'abord le champ d'application limité de la Charte, qui ne s'applique aux autorités des Etats membres que lorsqu'elles mettent en œuvre le droit de l'Union. Il rappelle en outre la distinction entre droits et principes, ces derniers se ramenant à « (...) des objectifs ne pouvant être invoqués qu'à l'encontre des actes de portée générale relatifs à leur mise en œuvre ». Cette double limite au rayonnement de la Charte paraît indiquer que celle-ci n'aura pas pour effet de remettre en cause les choix politiques posés au niveau national. C'est également une

⁷¹⁴ Comité des droits de l'homme, *Toonen v. Australia*, 4 avril 1994, communication n°488/1992, U.N. Doc CCPR/C/50/D/488/1992 (1994).

⁷¹⁵ Décision n°2004-505 DC, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, 19 novembre 2004. Sur cette décision, cf. e.a. L. AZOULAI, F. RONKES AGERBEEK, « Conseil constitutionnel (French Constitutional Court), Decision No. 2004-505 DC of 19 November 2004, on the Treaty establishing a Constitution for Europe », *C.M.L.R.*, 2005, vol.42, p.871-886; A. LEVADE, « Le Conseil constitutionnel aux prises avec la Constitution européenne », *R.D.P.*, 2005, p.19-50.

analyse littérale qui permet d'écarter tout risque de conflit entre le Code pénal français – en particulier les crimes et délits portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation – et le principe *non bis in idem* inscrit à l'article 50 de la Charte.

513. – Certains doutes résistent cependant à l'examen textuel des dispositions de la Charte. D'une part, celle-ci n'est-elle pas de nature à compromettre le modèle jacobin en octroyant des droits collectifs aux minorités culturelles, linguistiques ou religieuses ? Ensuite, la liberté de religion consacrée à l'article 10 de la Charte ne menace-t-elle pas le principe de la laïcité de l'Etat ? Enfin, la procédure du huis clos n'est-elle pas mise en péril par le droit à un recours effectif et à un tribunal impartial prévu à l'article 47 de la Charte ? Afin de dissiper ces « inquiétudes constitutionnelles », les juges du Palais-Royal auront recours à la technique des « jeux de miroir »⁷¹⁶. Attardons-nous un instant sur ce procédé, qui fait du juge national la « plaque tournante » du processus de construction du droit européen des droits de l'homme.

514. – Peinant à trouver dans la Charte les preuves irréfutables de sa constitutionnalité, les juges français porteront leur regard vers d'autres sources susceptibles d'en éclairer le contenu. Ils rappelleront d'abord qu'aux termes de l'article 52 de la Charte, les droits consacrés par celle-ci doivent être interprétés en harmonie avec les traditions constitutionnelles communes des Etats membres. De cette référence aux ordres juridiques nationaux, ils déduiront – un peu vite – que l'interprétation de la Charte ne saurait aboutir à créer des droits pour les minorités.

515. – Le Conseil constitutionnel se référera ensuite aux « explications » du Praesidium de la Convention, lesquelles « (...) sont dûment prises en considération par les juridictions de l'Union et des Etats membres »⁷¹⁷. Renvoyant elles-mêmes à d'autres textes, ces explications permettront de conclure à la constitutionnalité des articles 47 (droit à un recours effectif) et 10 (liberté de religion) de la Charte. Le Conseil estimera d'une part que l'article 47 ne s'oppose pas à la procédure du huis clos dans la mesure où, selon les explications qui s'y rapportent, le principe de publicité des audiences qu'il comporte peut être soumis aux restrictions prévues à l'article 6 CSDH.

516. – L'article 10 sera quant à lui jugé compatible avec le principe de la laïcité. En effet, les explications du praesidium précisent que la liberté de religion consacrée par la Charte revêt le même sens et a la même portée que celle inscrite à l'article 9 CSDH. Or, rappellera le Conseil, « l'article 9 de la Convention a été constamment appliqué par la Cour européenne des droits de l'homme (...) en harmonie avec la tradition constitutionnelle de chaque Etat membre ; que la Cour a ainsi pris acte de la valeur du principe de laïcité reconnu par plusieurs traditions constitutionnelles nationales et qu'elle laisse aux Etats une large marge d'appréciation pour définir les mesures les plus appropriées, compte tenu de leurs traditions nationales, afin de concilier la liberté de culte avec le principe de laïcité ». La jurisprudence de la CEDH relative à l'article 9 CSDH permettra ainsi au Conseil de conclure à la constitutionnalité de l'article II-10 (article 10 de la Charte) du traité établissant une Constitution pour l'Europe.

517. – Le lecteur aura sans doute saisi le fonctionnement et les effets pervers de cette validation par jeux de miroir. Aux fins d'évaluer la constitutionnalité d'une disposition, les juges français cherchent à en déterminer la signification précise par le biais de sources « extérieures ». Celles-ci sont tantôt mentionnées dans la Charte (cf. les explications et les traditions constitutionnelles communes), tantôt évoquées par les sources mentionnées dans la Charte (cf. l'article 6 CSDH), tantôt encore déduites de ces mêmes sources (cf. la jurisprudence de la CEDH relative à l'article 9 CSDH).

518. – Ce procédé n'est assurément pas exempt de toute critique. Il aboutit d'une part à donner aux explications du Praesidium une force contraignante dont elles sont formellement dépourvues. Il a également pour effet d'interdire à la CJCE de dégager certains droits collectifs sur base de la Charte. En passant, on remarquera que les juges français semblent avoir mal compris la référence de l'article

⁷¹⁶ Cette expression est empruntée à A. LEVADE, *loc. cit. passim*.

⁷¹⁷ Art.II-112, §7, du traité établissant une Constitution pour l'Europe.

52 aux traditions constitutionnelles communes. Cette référence n'a pas pour objet de conférer à chaque Etat une marge d'appréciation « à la strasbourgeoise », qui lui permettrait de faire état de ses particularités nationales devant les juges de Luxembourg⁷¹⁸. Elle entend bien plutôt perpétuer la méthode inductive et comparative propre à la CJCE, qui consiste à s'inspirer de *l'ensemble* des traditions nationales pour déterminer le sens et la portée des droits fondamentaux à l'échelle communautaire. Dès lors, en considérant que ces traditions s'opposent à la reconnaissance de droits pour les minorités linguistiques, religieuses ou ethniques, le Conseil constitutionnel substitue son appréciation à celle des juges de Luxembourg.

519. – Le phénomène de « cristallisation jurisprudentielle » qui résulte de cette validation par jeux de miroir apparaît plus clairement encore lorsque celle-ci aboutit à lier les jurisprudences strasbourgeoise et luxembourgeoise à la conception française de la liberté de religion. En approuvant l'interprétation « permissive » que donne la CEDH de l'article 9 CSDH, le Conseil constitutionnel paralyse doublement toute évolution. Brandissant la menace d'un brevet d'inconstitutionnalité, il empêche la CJCE d'adopter un point de vue différent de celui de la Cour de Strasbourg et fait défense à celle-ci de modifier sa propre jurisprudence.

520. – Par-delà les nombreuses critiques qu'elle attire, la méthode de validation par jeux de miroir constitue une double mise en garde. D'une part, elle souligne la nécessité de « laisser du jeu » à l'intersection de nos ordres juridiques pour que puissent s'exprimer, à l'intérieur d'un cadre commun, les particularités de chaque Etat. La décision du Conseil constitutionnel nous avertit qu'à défaut de se la voir attribuer, les acteurs nationaux n'hésiteront pas à s'emparer par la force de cette marge nationale d'appréciation. D'autre part, cette décision nous invite à prendre au sérieux l'enchevêtrement des hiérarchies qui caractérise aujourd'hui l'espace juridique européen. Elle nous apprend que les ponts jetés entre le Charte et la Convention européenne des droits de l'homme ne resteront pas sans surveillance. Les juridictions nationales s'assureront que ces liens tracés sur le papier se traduisent par une coopération effective entre Strasbourg et Luxembourg.

*
* *

521. – Les développements qui précèdent sont riches d'un certain nombre d'enseignements qu'il convient de récapituler brièvement. Les deux arrêts du TPI en matière de lutte contre le terrorisme témoignent de l'émergence d'un embryon d'ordre public international fondé sur le respect des droits fondamentaux. En prêtant l'efficacité et la force contraignante de ses décisions au respect d'instruments internationaux issus de résolutions de l'Assemblée générale des Nations unies (DUDH, PIDCP), le juge communautaire apporte sa contribution à la construction d'un droit mondial des droits de l'homme.

522. – Dans le même temps, les décisions rendues récemment par la Cour suprême américaine dans les affaires *Lawrence* et *Roper* nous mettent en garde contre les tentations d'une uniformisation totale des droits de l'homme. L'importation systématique et irréfléchie d'interprétations en vigueur à l'étranger rappellent le vieux fantasme du syncrétisme juridique. Il ne faudrait pas que les droits de l'homme apparaissent comme le ciment d'une nouvelle tour de Babel, censée renouer avec un droit quasi « naturel », valable éternellement, pour tous et en tous lieux.

523. – La décision du Conseil constitutionnel confirme à son tour la nécessité d'élaborer un *ius commune* des droits de l'homme qui laisse sa place à l'autonomie locale. Cet arrêt nous apprend que dans l'ordre européen, l'« unité dans la diversité » n'est pas seulement une sorte d'idéal régulateur, une figure rhétorique ou l'expression passe-partout d'une dialectique facile. Elle constitue également

⁷¹⁸ Ceci n'exclut pas la faculté, pour la CJCE, de concéder une telle marge d'appréciation. Cf. *infra*, n°629-630, 675-684 et 692-696 sur l'arrêt C-36/02 *Omega*, 14 octobre 2004, *Rec.*, 2004, p.I-9609.

un impératif nécessaire au fonctionnement de nos ordres juridiques « métis »⁷¹⁹, dont l'effectivité dépend du bon vouloir de chacun des rouages.

Si elles n'ont pas l'ambition de faire œuvre novatrice⁷²⁰, ces quelques considérations ne sont pas pour autant sans intérêt pour notre propos. Elles reviendront en temps utile « informer » les analyses auxquelles nous nous livrerons dans les deuxième et troisième parties de cette recherche.

C. Les rapports entre intégration économique et droits fondamentaux

« Le premier atout de la proportionnalité serait donc cette profonde intimité qu'elle entretient avec le « bon sens » qui gouverne l'agir humain : qui oserait sérieusement s'étonner, et *a fortiori* contester, qu'il convienne, en Droit comme ailleurs, de se garder de l'excès, de peser le 'pour et le contre' ? »⁷²¹

§1^{er}. Rapprochements horizontaux : la pondération des intérêts par le juge, un « invariant » culturel ?

524. – C'est sans doute dans le domaine des conflits entre intégration économique négative et protection positive des droits fondamentaux que se laissent le mieux observer les rapprochements entre les ordres juridiques étudiés. Un peu partout en effet, le langage de la « proportionnalité » et/ou de la « pondération des intérêts » s'affirme aujourd'hui comme la *lingua franca* qui permet de faire la conversion entre valeurs marchandes et non-marchandes et d'assurer la médiation entre unité et diversité. La DCC américaine, les libres circulations communautaires, l'union économique belge et même les principes « gattiens » du libre-échange semblent désormais tolérer l'adoption de mesures dérogatoires qui poursuivent un « objectif légitime », pour autant qu'elles soient appropriées à la satisfaction de cet objectif, qu'elles n'entravent pas plus que de besoin le libre jeu du marché, et que le bénéfice qu'elles génèrent dépasse les inconvénients qu'elles entraînent.

525. – Il va sans dire que ce constat appelle de très nombreuses nuances, dont tout un ouvrage ne suffirait pas à rendre compte. Les observations qui suivent se limitent par conséquent à lancer quelques pistes utiles à notre recherche en s'interrogeant sur l'importance que revêt, dans le cadre de l'examen de proportionnalité d'une mesure, la *nature* ou le *poids* de l'intérêt – légitime – poursuivi par celle-ci. Il convient en effet de se demander si, en raison de l'importance de l'intérêt qu'elles défendent, les mesures de protection d'un droit fondamental font l'objet d'un contrôle moins sévère que celles qui poursuivent d'autres objectifs, jugés moins prépondérants.

526. – A n'en pas douter, ce sont les ordres juridiques communautaire, américain et « gattien » qui fournissent les réponses les plus intéressantes à cette question. On observera d'abord que les juges de ces différents systèmes partagent une même appréhension à l'endroit du test de proportionnalité *stricto sensu*⁷²². La mise en balance d'intérêts de nature très différente se heurte en effet d'emblée au

⁷¹⁹ En ce sens, cf. I. RADUCU, N. LEVRAT, « Le métissage des ordres juridiques européens (une « théorie impure » de l'ordre juridique) », *C.D.E.*, 2007, p.111-148.

⁷²⁰ Sur le thème de l'unité/diversité dans le cadre de la mondialisation du droit, cf. notamment M. DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'universel : les forces imaginantes du droit*, 2004 ; ID., *Le pluralisme ordonné*, 2006.

⁷²¹ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, 2001, p.13.

⁷²² Celui-ci constitue traditionnellement le troisième volet du contrôle de proportionnalité *sensu lato*. Après s'être interrogé sur le caractère *approprié* et *nécessaire* d'une mesure, le juge procède à la mise en balance des coûts et des bénéfices qu'elle

problème de leur incommensurabilité, réveillant par là le spectre de l'arbitraire et du gouvernement des juges.

527. – La Cour suprême américaine est certainement la moins pusillanime à cet égard. Depuis l'arrêt *Pike v. Bruce Church*⁷²³, l'on sait sans l'ombre d'un doute que « (...) where the statute regulates evenhandedly to effectuate a legitimate local public interest, and its effects on interstate commerce are only incidental, it will be upheld unless the burden imposed on such commerce is clearly excessive in relation to the putative local benefits ». En d'autres termes, les mesures étatiques qui affectent de la même manière les produits locaux et « extra-étatiques » peuvent néanmoins être jugées contraires à la *Dormant Commerce Clause* si le bénéfice qu'elles induisent ne suffit *manifestement* pas à compenser la charge qu'elles font peser sur le commerce interétatique.

528. – S'il a permis d'invalidier certaines législations particulièrement excessives⁷²⁴, ce contrôle de proportionnalité *s.s.* n'a cependant jamais déployé tout son « potentiel dérégulateur ». D'une part, prenant garde de ne pas verser dans un activisme outrancier, les juges de la Cour suprême accordent une « présomption de constitutionnalité » aux mesures étatiques non discriminatoires en droit et en fait. Par ce renversement de la charge de la preuve, ils imposent au requérant la tâche difficile de prouver la disproportion de la mesure litigieuse. D'autre part, le « *Pike test* » a fait l'objet de nombreuses critiques, jusqu'au sein même de la Cour suprême. On ne s'étonnera pas de compter le juge Scalia parmi les plus féroces adversaires de la pondération des intérêts. La comparant au fait de juger « (...) whether a particular line is longer than a particular rock is heavy »⁷²⁵, il a toujours considéré que « (...) such an inquiry is ill suited to the judicial function and should be undertaken rarely if at all »⁷²⁶. Ces résistances nombreuses expliquent sans doute la prudence et la modération dont la Cour a toujours fait preuve dans son recours au « *Pike test* ».

529. – Nous reviendrons sur l'attitude de la CJCE à l'égard du contrôle de proportionnalité *s.s.* dans la deuxième partie de cette recherche. Pour l'heure, qu'il nous suffise de constater la réticence des juges de Luxembourg à s'engager explicitement dans une véritable balance des intérêts. Il est vrai que la Cour a déjà estimé que « le contrôle de proportionnalité d'une réglementation nationale qui poursuit un but légitime au regard du droit communautaire met en balance l'intérêt national à la réalisation de ce but avec l'intérêt communautaire à la libre circulation des marchandises »⁷²⁷. En outre, il est déjà arrivé qu'une réglementation nationale soit invalidée au simple motif qu'elle poursuivait un niveau *trop élevé* de protection d'un intérêt non-marchand⁷²⁸. Ces exemples demeurent toutefois fort rares, tant il est vrai que le contrôle de proportionnalité *s.l.* opéré par la Cour de justice repose avant tout sur les tests de nécessité (principalement) et d'appropriation (accessoirement). Du reste, la Cour s'est toujours refusée à évaluer la légitimité des choix politiques des Etats membres dans des domaines particulièrement sensibles tels que la protection de la santé⁷²⁹.

entraîne. Sur ces trois niveaux du contrôle de proportionnalité – mais dans un cadre fort différent – , cf. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité ...*, op. cit., p.167-308. L'on revient longuement sur le contrôle de proportionnalité *infra*, n°1523 et s.

⁷²³ 397 U.S. 137 (1970).

⁷²⁴ Cf.e.a. *Southern Pac. Co. v. State of Arizona ex rel. Sullivan*, 325 U.S. 761 (1945) ; *Bibb v. Navajo Freight Lines* 359 U.S. 520 (1959) ; *Pike v. Bruce Church*, cité *supra*, n°527.

⁷²⁵ Opinion dissidente sous *Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enterprises*, 486 U.S. 888 (1988).

⁷²⁶ Opinion concurrente sous *Cts Corp. v. Dynamics Corp. of America*, 481 U.S. 69 (1987). Cf. aussi son opinion concurrente sous *West Lynn Creamery Inc. V. Healy*, 512 U.S. 186 (1994) ainsi que l'opinion dissidente du juge Thomas sous *Camps Newfound/Owatonna Inc. v. Town of Harrison*, 520 U.S. 564 (1997).

⁷²⁷ C-169/91 *Council of the City of Stoke-on-Trent c. B & Q*, 16 décembre 1992, *Rec.*, 1992, p.I-6635, pt.15.

⁷²⁸ Concernant la protection de l'environnement, cf. aff. 302/86 *Commission c. Danemark*, 20 septembre 1988, *Rec.*, 1988, p.4607.

⁷²⁹ « Il y a lieu de rappeler qu' en l' état actuel du droit communautaire, qui ne comporte pas de règles communes ou harmonisées régissant de manière générale la publicité en faveur des boissons alcoolisées, il appartient aux États membres de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection de la santé publique et de la manière dont ce niveau doit être atteint » (C-1 et 176/90 *Aragonesa de Publicidad c. Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña*, 25 juillet 1991, *Rec.*, 1991, p.I-4151, pt.18). Cf. aussi parmi tant d'autres C-405/98 *Konsumentombudsmannen et Gourmet*, 8 mars 2001, *Rec.*, 2001, p.I-1795, pt.29 et C-366/04 *Schwarz*, 24 novembre 2005, *Rec.*, 2005, p.I-10139, pt.32).

530. – A première vue, les libres circulations « gattiennes » n’offrent pas de prises à l’exercice d’un test de proportionnalité *stricto sensu*⁷³⁰. Elles connaissent certes des dérogations, mais la validité de celles-ci ne dépend pas de la légitimité de leur objectif. Au contraire même, l’Organe d’appel a rappelé à plusieurs reprises qu’il n’appartenait qu’aux Etats parties de déterminer pour eux-mêmes le degré adéquat de protection de ces objectifs⁷³¹. Cette limite au pouvoir d’appréciation des juges ne doit pas surprendre dans une organisation internationale aux compétences et aux ambitions « intégratrices » relativement limitées. Rien de bien étonnant dès lors à ce que le contrôle de proportionnalité *s.l.* s’y limite aux tests d’effectivité et de nécessité⁷³².

531. – Les choses sont cependant plus complexes qu’elles ne paraissent. On comprend bien qu’une forme de « *judicial self-restraint* » empêche les juges de Genève d’écarter certaines mesures au motif que l’objectif – *futile* – qu’elles poursuivent est *per se* disproportionné par rapport aux exigences du commerce international. En revanche, on ne voit guère en quoi un tel scrupule interdit à ces mêmes juges de prendre en compte l’importance – *prépondérante* – de l’intérêt protégé par une mesure afin de conclure à la validité de celle-ci. Autrement dit, si le poids d’un intérêt peut difficilement – « politiquement » parlant – être brandi pour condamner la mesure qui le protège, rien ne s’oppose à ce qu’il soit invoqué afin de sauver celle-ci. Pour le dire encore autrement, si le manque de légitimité des juges de l’OMC leur interdit de peser des intérêts particulièrement *légers* dans le cadre d’un test de proportionnalité *s.s.*, il les invite au contraire à prendre en compte le poids *lourd* d’autres intérêts dans l’attribution d’une marge d’appréciation aux autorités nationales.

532. – Cette évidence a été aperçue récemment par l’Organe d’appel. Dans les affaires *Corée – Bœuf* et *CE – Amiante*, les juges ont estimé que le test de « nécessité » prévu aux articles XX b) et d) GATT⁷³³ devait être appliqué de manière moins sévère lorsque se trouve en cause une mesure destinée à préserver un intérêt particulièrement important :

« Il nous semble que l’interprète d’un traité qui apprécie une mesure dont on prétend qu’elle est nécessaire pour assurer le respect d’une loi ou d’un règlement compatible avec l’Accord sur l’OMC peut, s’il y a lieu, tenir compte de l’importance relative de l’intérêt commun ou des valeurs communes que la loi ou le règlement que l’on veut faire respecter est censé protéger. Plus cet intérêt commun ou ces valeurs communes sont vitaux ou importants, plus il sera facile d’admettre la "nécessité" d’une mesure conçue comme un instrument d’application. (...) En somme, pour déterminer si une mesure qui n’est pas "indispensable" peut néanmoins être "nécessaire" (...), il faut dans chaque cas soupeser et mettre en balance une série de facteurs parmi lesquels figurent au premier plan (...) l’importance de l’intérêt commun ou des valeurs communes qui sont protégés par cette loi ou ce règlement »⁷³⁴.

⁷³⁰ Sur ce qui suit, cf. M. HILF, S. PUTH, « The Principle of Proportionality on its Way into WTO/GATT Law », in A. VON BOGDANDY, P. MAVROIDIS, Y. MENY (eds.), *European Integration and International Co-ordination – Studies in Transnational Economic Law in Honour of Claus-Dieter Ehlermann*, 2002, p.199-218 ; J. NEUMANN, E. TÜRK, « Necessity Revisited: Proportionality in World Trade Organization Law After Korea – Beef, EC – Asbestos and EC – Sardines », *J.W.T.*, vol.37.1, 2003, p.199-233.

⁷³¹ Organe d’appel, *CE – Mesures affectant l’amiante et les produits en contenant*, 12 mars 2001, WT/DS135/AB/R, pt.168 ; Organe d’appel, *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*, 11 décembre 2000, WT/DS161/AB/R, pt.176.

⁷³² Cf. toutefois, dans le cadre de l’application de l’Accord SPS, le rapport de l’Organe d’appel dans l’affaire *CE – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, 16 janvier 1998, WT/DS26/AB/R, pt.173 : « Néanmoins, le droit qu’a un Membre de définir son niveau de protection [sanitaire] approprié n’est pas un droit absolu qui ne comporterait aucune réserve ». Pour une analyse « comparative » de ce cas, cf. N. MCNELIS, « The Role of the Judge in the EU and the WTO: Lessons from the BSE and Hormones Cases », in T. COTTIER, P. MAVROIDIS (eds.), *The Role of the Judge in International Trade Regulation – Experience and Lessons for the WTO*, 2003, p.225-246.

⁷³³ Article XX : « (...) rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l’adoption ou l’application par toute partie contractante des mesures (...)

b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux ; (...)

d) nécessaires pour assurer le respect des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent Accord (...).

⁷³⁴ *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*, rapport de l’Organe d’appel, 11 décembre 2000, WT/DS161/AB/R, pts. 162 et 164.

533. – On mesurera tout l'intérêt de ces quelques lignes pour notre propos. En faisant varier l'intensité du test de nécessité en fonction de l'importance des objectifs poursuivis par la mesure attaquée, l'Organe d'appel ouvre la voie à une possible reconnaissance des droits fondamentaux au sein de l'OMC. Le respect de ceux-ci apparaît en effet suffisamment impérieux pour entraîner l'octroi d'une marge d'appréciation aux Etats. Celle-ci leur permettra d'assurer la protection des droits de l'homme sans pour autant compromettre les exigences du commerce international.

534. – Si elles relèvent encore largement de la conjecture – le passage d'un relâchement du test de nécessité à l'octroi d'une marge d'appréciation est tout sauf évident –, ces observations offrent peut-être une solution au problème de l'« étai » évoqué plus haut⁷³⁵. Reprenons l'exemple que nous mentionnions alors. Imaginons que le Pakistan poursuive la Norvège devant les juridictions de l'OMC pour avoir laissé des particuliers bloquer l'accès de marchandises pakistanaïses au port d'Oslo. Si les juges de Genève appliquaient le test de nécessité de manière stricte, ils concluraient probablement que la Norvège avait à sa disposition des options qui, tout en garantissant la liberté de manifestation de ses citoyens, étaient moins néfastes au commerce international. La présence d'un cordon policier autour des navires pakistanaïses aurait permis à ceux-ci de débarquer leurs cargaisons sans pour autant empêcher les défenseurs des droits de l'enfant de manifester leur réprobation. Les affaires précitées *Corée – Bœuf* et *CE – Amiante* laissent toutefois penser que, confrontées à un tel litige, les juridictions de l'OMC prendraient en compte l'importance fondamentale que revêt la protection de la liberté de manifestation. Elles se montreraient dès lors – peut-être – plus enclines à considérer que sans être indispensable, la passivité des autorités norvégiennes était néanmoins nécessaire à l'exercice effectif de leurs droits par les manifestants.

535. – Si les juges de Genève devaient s'engager dans cette voie, ils se rapprocheraient indéniablement des positions de leurs homologues luxembourgeois⁷³⁶. Sans nous attarder sur une jurisprudence qui fera plus loin l'objet d'un examen approfondi, on remarquera dès à présent la prudence dont fait preuve la Cour de justice à l'égard des arguments invoqués par les Etats au nom du respect des droits fondamentaux. La CJCE a répété à plusieurs reprises dans son arrêt *Schmidberger*⁷³⁷ que les autorités nationales jouissent d'un « large pouvoir d'appréciation » lorsqu'elles dérogent à la libre circulation communautaire afin d'assurer la protection d'un droit de l'homme.

536. – L'attribution de cette marge nationale d'appréciation semble imposer une double restriction aux pouvoirs de la Cour dans la mise en œuvre du test de nécessité. D'une part, elle aboutit à créer une forme de présomption en faveur des autorités nationales, réputées mieux placées pour déterminer la mesure qui, tout en assurant la protection du droit en cause, s'avérera la moins dommageable à la libre circulation⁷³⁸. D'autre part, elle empêche cette présomption d'être renversée au simple motif que les autres Etats membres n'ont pas adopté des mesures similaires pour assurer la protection du même droit⁷³⁹. Nous reviendrons longuement sur cette jurisprudence récente, dont les juridictions « gattiennes » se rapprochent insensiblement.

⁷³⁵ Cf. *supra*, n°322.

⁷³⁶ Selon certains cependant, l'on en est encore fort loin : cf. E. REID, « Squaring the Circle for Tomorrow's World : A Comparative Analysis of the EC and WTO Approaches to Balancing Economic and Non-Economic Interests in International Trade », in T. TRIDIMAS, P. NEBBIA (eds.), *EU Law for the 21 st Century: Rethinking the New Legal Order*, vol.1, 2004, p.303-320.

⁷³⁷ C-112/00 *Schmidberger*, 12 juin 2003, *Rec.*, 2003, p.I-5659.

⁷³⁸ « Si les autorités nationales compétentes doivent chercher à limiter autant que possible les effets qu'une manifestation sur la voie publique ne manque pas d'avoir sur la liberté de circulation, il n'en demeure pas moins qu'il leur appartient de mettre cet intérêt en balance avec celui des manifestants, qui visent à attirer l'attention de l'opinion publique sur les objectifs de leur action. (...) En conséquence, les autorités nationales, compte tenu du large pouvoir d'appréciation qui doit leur être reconnu en la matière, ont raisonnablement pu considérer que l'objectif légitimement poursuivi par ledit rassemblement ne pouvait pas en l'occurrence être atteint par des mesures moins restrictives des échanges intracommunautaires » (*Schmidberger*, pts.90 et 93 ; nous soulignons).

⁷³⁹ « Il n'est pas indispensable, à cet égard, que la mesure restrictive édictée par les autorités d'un Etat membre corresponde à une conception partagée par l'ensemble des Etats membres en ce qui concerne les modalités de protection du droit fondamental ou de l'intérêt légitime en cause » (C-36/02 *Omega Spielhallen*, 14 octobre 2004, *Rec.*, 2004, p.I-2609, pt.37).

537. – Incontestablement, la jurisprudence de la Cour suprême américaine fait ici figure d'exception. Nous avons vu plus haut que l'importance de l'objectif poursuivi par une mesure étatique n'avait pas pour effet d'affaiblir le « mordant » de la *Dormant Commerce Clause*. Aucune marge d'appréciation particulière ne semble être accordée aux Etats fédérés lorsqu'ils dérogent à la DCC en vue de préserver un droit de l'homme ou un intérêt constitutionnellement protégé⁷⁴⁰.

538. – Cette sévérité un peu excessive pourrait toutefois être abandonnée dans un futur proche. La jurisprudence de la Cour suprême témoigne en effet d'une réceptivité accrue aux sensibilités locales en matière de droits fondamentaux. Le « *New Judicial Federalism* »⁷⁴¹, qui souffle sur l'ordre juridique américain depuis près de trente ans, a sorti de l'ombre les constitutions et les « *Bills of Rights* » des Etats fédérés. Longtemps plongés dans l'oubli, ces textes sont désormais invoqués par les cours suprêmes des différents Etats à l'appui d'interprétations novatrices en matière de droits de l'homme. Loin de s'y opposer, la Cour suprême fédérale souscrit pleinement à cette résurgence des traditions constitutionnelles locales qui heurtent parfois de front sa propre jurisprudence. Eu égard à cette attitude bienveillante, il n'est sans doute pas sans intérêt de s'interroger sur la réaction qui sera celle de la Cour suprême lorsque, pour justifier une entorse à la DCC, un Etat fédéré arguera de la nécessité de protéger un droit fondamental consacré dans sa propre Constitution.

539. – Dans quelque ordre juridique qu'elle se pose, la question de l'arbitrage entre intégration économique et intérêts non-marchands amène les juges qui en sont chargés à prendre position sur la technique de la pondération des intérêts. A Genève, à Luxembourg et à Washington, la légitimité du *judicial balancing* se heurte aux mêmes objections, tirées de la crainte du gouvernement des juges et du respect des valeurs « locales ». Ces objections semblent aujourd'hui guider une approche convergente – à tout le moins dans le chef des juridictions de l'OMC et de l'UE : progressivement abandonnée dans le cadre d'un test de proportionnalité *s.s.* jugé trop intrusif, la pondération des intérêts est en revanche réhabilitée lorsque, dans la mise en œuvre du contrôle de nécessité, elle commande l'octroi d'une large marge d'appréciation au législateur local en raison de l'importance des valeurs mises en jeu.

§2. Harmonisations verticales : les conquêtes du principe de proportionnalité

540. – La construction du marché intérieur et le développement d'un droit européen des droits de l'homme ont indubitablement contribué au rapprochement des ordres juridiques des Etats membres. Dans la deuxième partie de cette recherche, nous verrons comment, sous le contrôle de la CJCE, les relations entre intégration économique et droits fondamentaux ont favorisé – et favorisent encore – l'intégration européenne et l'harmonisation des systèmes juridiques nationaux. Nous aurons tout le loisir d'observer l'effet centripète qui se dégage de ces relations ambiguës (conflits – alliances) et aboutit à délester les Etats d'une part substantielle de leur souveraineté. Ces convergences portent avant tout sur le « fond » du droit. Tantôt prises entre le marteau du marché et l'enclume des droits de l'homme, tantôt acculées par l'un et par l'autre, les autorités nationales voient leur marge de manœuvre se réduire comme peau de chagrin et n'ont souvent d'autre choix que d'adopter des solutions similaires à des problèmes communs.

541. – La force intégratrice des droits de l'homme et du marché ne s'exerce toutefois pas uniquement sur le droit « matériel » des Etats membres. Elle assure également la migration de principes qui influent directement sur la prise de décision des organes nationaux. Parmi ces concepts peu ou prou désincarnés, le principe de proportionnalité – et le contrôle qui l'accompagne – s'est sans nul doute avéré le plus volatil. Né dans le giron de la Cour administrative prussienne à la fin du XIX^{ème} siècle, le « *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* » partira très tôt à la conquête de l'Europe. Sa simplicité

⁷⁴⁰ Cf. *supra*, n°295-299.

⁷⁴¹ Sur ce phénomène, cf. e.a. T. GLIOZZO, *op. cit.*, p.615-678 ; R. WILLIAMS, « Introduction : The Third Stage of the New Judicial Federalism », *NYU Annual Survey of American Law*, vol.59, 2003, p.211-229.

apparente et ses dehors rigoureux lui attireront les faveurs d'un nombre croissant de juges appelés à contrôler l'action des pouvoirs législatif et exécutif. Soucieuses de garantir le respect de principes supranationaux sans pour autant miner l'autonomie des Etats, la CEDH et la CJCE ne tarderont pas à s'emparer du principe de proportionnalité. Ces prestigieux ambassadeurs assureront à celui-ci la meilleure des publicités. Les libertés de circulation communautaires et les droits fondamentaux « conventionnels » lui permettront d'essaimer sur tout le continent européen.

542. – La description, même globale, de cette entreprise de colonisation dépasse largement les limites de la présente étude. Pour autant, il serait malheureux de laisser dans l'ombre l'un des témoins les plus tangibles de la dilution des frontières entre les ordres juridiques. Aussi, en application de l'adage selon lequel « qui peut le plus peut le moins », nous nous limiterons à décrire – dans les grandes lignes – l'implantation du principe de proportionnalité au sein des cours et tribunaux britanniques⁷⁴². La rude conquête du creuset de la *common law* et du berceau de la souveraineté parlementaire devrait convaincre le lecteur de l'extraordinaire pouvoir d'attraction du principe de proportionnalité. Si celui-ci a réussi à ébranler la toute-puissance du Palais de Westminster, on imagine la facilité qu'il eut à rallier sous sa bannière les juges de l'Europe continentale.

543. – Le principe de proportionnalité a traversé la Manche à la faveur de deux vagues successives. Ratifiée dès 1951, la Convention européenne des droits de l'homme fut la première à s'attaquer aux rivages de la perfide Albion. Dénuée de force juridiquement contraignante à défaut de transposition en droit interne, elle dut toutefois attendre l'an 2000 et l'entrée en vigueur du *Human Rights Act* pour s'imposer définitivement et forcer la consécration du principe de proportionnalité dans la jurisprudence britannique. L'adhésion du Royaume Uni aux Communautés européennes et l'adoption du *European Communities Act* en 1972 firent de l'intégration économique le second cheval de Troie du *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*.

544. – Pour parvenir à s'imposer dans l'esprit des juristes britanniques, le principe de proportionnalité eut à combattre deux redoutables adversaires. Fermement ancré dans le droit administratif anglais, le « *Wednesbury unreasonableness test* » apparut d'emblée comme un concurrent sérieux. Il commande aux juges d'invalider un acte administratif dès lors que celui-ci traduit une décision « so unreasonable that no reasonable authority could ever have come to it »⁷⁴³ ou « so outrageous in its defiance of logic or of accepted moral standards that no sensible person who had applied his mind to the question to be decided could have arrived at it »⁷⁴⁴.

545. – Longtemps, la doctrine et la jurisprudence s'interrogèrent sur les différences qui existaient entre ce pur produit de la *common law* et le principe de proportionnalité. Pour beaucoup, celui-ci se limitait à baptiser d'un nouveau nom le contrôle judiciaire « à la marge » consacré par le *Wednesbury test* :

« [T]he arguments about proportionality in English law does seem to be over labels rather than substance. Whether the courts ride into battle with proportionality or rationality inscribed on

⁷⁴² Sur ce sujet, cf.e.a. S. BOYRON, « Proportionality in English Administrative Law : A Faulty Translation ? », *O.J.L.S.*, vol.12, 1992, p.237-264 ; G. DE BURCA, « Proportionality and Wednesbury Unreasonableness: The Influence of European Legal Concepts on UK Law », in M. ANDEMNAS (ed.), *English Public Law and the Common Law of Europe*, 1997, p.72-82 ; HOFFMANN, « A Sense of Proportion », in M. ANDEMNAS, F. JACOBS, (eds.), *European Community Law in the English Courts*, 1998, p.149-160 ; M. ROSS, « Behind Proportionality: The Cultural and Constitutional Context » in M. ANDEMNAS (ed.), *op. cit.*, p.83-92 ; SCHIEMAN, « The Application of General Principles of Community Law by English Courts », in M. ANDEMNAS, F. JACOBS (eds.), *op. cit.*, 1998, p.137-148 ; K. SYRETT, « Of resources, rationality and rights : emerging trends in the judicial review of allocative decisions », *Web J.C.L.I.*, 2000, vol.1, 13p ; R. THOMPSON, « Community Law and the Limits of Deference », *E.H.R.L.R.*, 2005, p.243-258 ; J. USHER, « The Impact of General Principles of Community Law in the United Kingdom », in J. BRÖHMER *et al.* (eds.), *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte*, 2005, p.875-892.

⁷⁴³ *Associated Provincial Picture Houses v Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223, *per* Lord GREENE, p.234, cité par K. SYRETT, *loc. cit.*, p.3.

⁷⁴⁴ *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985] AC 374, *per* Lord DIPLOCK, p.410, cité *ibidem*.

their banners, the weapons they carry to defend the citizen against the State are much the same »⁷⁴⁵.

546. – D'autres déclarèrent que le principe de proportionnalité n'était qu'une facette du *unreasonableness test*, estimant qu'une mesure totalement disproportionnée devait *ipso facto* être jugée déraisonnable⁷⁴⁶. Enfin, d'aucuns rejetèrent l'utilité du contrôle de proportionnalité au motif que, même s'il était différent de la *Wednesbury formula*, son application aboutissait en réalité à des conclusions identiques⁷⁴⁷.

547. – Ces positions s'avérèrent bientôt intenables. Certes, dans la mesure où ils encadraient tous deux l'action des autorités administratives, le contrôle de proportionnalité et le *Wednesbury test* se recoupaient partiellement. Il devint toutefois rapidement évident que le second laissait aux décideurs un pouvoir discrétionnaire plus important que le premier. Là où l'*unreasonableness* exigeait dans le chef de l'administration une absence totale de sens commun qui confinait à l'absurdité, la disproportion surgissait d'un simple déséquilibre dans la protection des intérêts en cause⁷⁴⁸. Progressivement admise par la *House of Lords*⁷⁴⁹, l'idée que le test de proportionnalité impliquait un contrôle plus approfondi que son homologue britannique fut affirmée avec force par Lord Steyn dans *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Daly* :

« The starting point is that there is an overlap between the traditional grounds of review and the approach of proportionality. Most cases would be decided in the same way whichever approach is adopted. But the intensity of review is somewhat greater under the proportionality approach. (...) First, the doctrine of proportionality may require the reviewing court to assess the balance which the decision maker has struck, not merely whether it is within the range of rational or reasonable decisions. Secondly, the proportionality test may go further than the traditional grounds of review inasmuch as it may require attention to be directed to the relative weight accorded to interests and considerations »⁷⁵⁰.

548. – Les adversaires de la proportionnalité ne désarmèrent pas pour autant. Si celle-ci s'avérait effectivement plus « corrosive » que la *Wednesbury unreasonableness*, alors elle devait être écartée comme antidémocratique et contraire à l'humble mission du juge. Cette hostilité à l'égard de la proportionnalité était, pour reprendre les mots de Lord Hoffman, « (...) rather like that of the Caliph of Baghdad to the books of the library of Alexandria : either they said the same as the Koran and should be burned as superfluous or they said something different and should be burned as heretical »⁷⁵¹.

549. – Le contrôle de proportionnalité fut d'autant plus facilement associé aux périls de l'activisme judiciaire et du gouvernement des juges qu'importé par les canaux du droit communautaire et de la

⁷⁴⁵ Lord HOFFMANN, « A Sense of Proportion », in M. ANDENAS, F. JACOBS (eds.), *op. cit.*, p.160. Dans le même sens, cf. Kennedy L.J. qui, siégeant en appel dans l'affaire *ITF* (cf. *supra*, n°394-398), considéra que « it is not possible to see daylight between them »; cf. encore *R v Sec of State for Health, ex parte RP Scherer Ltd*, cité par G. DE BURCA, « Proportionality... », *loc. cit.*, p.75.

⁷⁴⁶ Cf. *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind* [1991] 1 A.C. 696, *per* Lord LOWRY, p.766 : « (...) reliance on proportionality is simply a way of approaching the *Wednesbury* formula : was the administrative act or decision so much out of proportion to the needs of the situation as to be 'unreasonable' in the *Wednesbury* sense ? ». « In *R v. Secretary of State for Health, ex parte US Tobacco International Inc.*, (...) Taylor LJ put the proportionality question in the circular form of the *Wednesbury* test : 'was the decision to make the regulations so disproportionate as to the risk as to be irrational ? » (G. DE BURCA, « Proportionality... », *loc. cit.*, p.64.

⁷⁴⁷ Cf. les décisions citées *ibidem*, p.64-66.

⁷⁴⁸ « It may be suggested that the concept of unreasonableness in English administrative law appears to take as its starting point the rationality or otherwise of the conduct of the authority in question, although of course the consequences of that conduct may be a relevant factor. On the other hand, the European Community concept of proportionality would appear to take as its starting point the consequences of the authorities' actions for the subject of the law, i.e. it asks the question : what is the burden imposed on the subject ? – though of course it may take account of the rationality of what the authority did as well » (J. USHER, *loc. cit.*, p.888).

⁷⁴⁹ Cf. e.a. les opinions des Lords LESTER et ACKNER dans *ex parte Brind*, précité, ainsi que la décision dans *R v. Secretary of State for Employment, ex parte Equal Opportunities Commission*, cité par R. THOMPSON, *loc. cit.*, p.246-247.

⁷⁵⁰ [2001] 2 AC 532, p.547.

⁷⁵¹ *Loc. cit.*, p.158-159.

CSDH, son champ d'application ne se limitait pas aux actes administratifs. L'intégration économique et les droits fondamentaux faisaient de lui une menace pour la sacro-sainte souveraineté du Parlement de Westminster. S'il n'a jamais été totalement franchi, ce deuxième obstacle à l'implantation du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence britannique ne s'est pas pour autant avéré dirimant. Il explique toutefois le succès variable du *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* dans les domaines du droit communautaire, des droits fondamentaux, et du droit administratif « interne ». Arrêtons-nous y un instant.

550. – Lors de l'examen de la validité d'un acte administratif au regard du droit communautaire, les juges britanniques manient généralement avec vigueur le contrôle de proportionnalité. A plusieurs reprises, des décisions émanant d'un ministère⁷⁵², d'une autorité administrative⁷⁵³ ou d'une organisation « infra-étatique »⁷⁵⁴ ont été annulées pour violation d'une libre circulation communautaire. En revanche, les actes adoptés par le pouvoir législatif ont toujours fait l'objet d'une déférence toute particulière. En 1989 déjà, dans la fameuse saga sur l'ouverture dominicale des magasins, Lord Hoffman affirmait :

« In my judgment it is not my function to carry out the balancing exercise or to form my own view on whether the legislative objective could be achieved by other means. These questions involve compromises between competing interests which in a democratic society must be resolved by the legislature. The duty of the court is only to inquire whether the compromise adopted by the UK Parliament, insofar as it affects community trade, is one which a reasonable legislature could have reached »⁷⁵⁵.

551. – Critiquée par l'avocat général van Gerven dans la même affaire⁷⁵⁶, contredite par l'arrêt *Factortame II* de la Chambre des Lords⁷⁵⁷, cette réintroduction implicite du *Wednesbury test* a néanmoins fait des émules. Un certain nombre de décisions récentes mettent en oeuvre un test de proportionnalité « light », destiné à égratigner le moins possible la souveraineté parlementaire⁷⁵⁸.

552. – Longtemps, les juridictions britanniques ont refusé de recourir au contrôle de proportionnalité dans le domaine de la protection des droits de l'homme. Faute d'avoir été transposée, la CSDH était dénuée de toute force juridique contraignante et, malgré quelques tentatives de déstabilisation, le *Wednesbury unreasonableness test* demeurait seul maître à bord. Au tournant du siècle cependant, deux événements ébranlèrent sérieusement sa suprématie : alors que la CSDH était incorporée au droit interne par le biais du *Human Rights Act* de 1998, le *Wednesbury test* se voyait condamné par la Cour de Strasbourg dans un arrêt *Smith et Grady c. Royaume-Uni*⁷⁵⁹. Conjugés aux vibrants plaidoyers de certains Lords en faveur du contrôle de proportionnalité⁷⁶⁰, ces développements semblent aujourd'hui

⁷⁵² *R v Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Roberts*, cité par G. DE BURCA, « Proportionality... », *loc. cit.*, p. 72.

⁷⁵³ *R v International Stock Exchange, ex parte Else*, cité *ibidem*, p.76.

⁷⁵⁴ *Wilander v. Jude*, cité *ibidem*, p.76.

⁷⁵⁵ *Stoke-on-Trent City Council v B & Q*, cité par G. DE BURCA, « Proportionality... », *loc. cit.*, p.74.

⁷⁵⁶ « The national court may (...) not limit itself to deciding whether the national legislature, in the light of the proportionality requirement, could reasonably have adopted the legislative provisions in question » (opinion dans l'affaire C-306/88, C-304/90, C-169/91, *Stoke-on-Trent*, citée par G. DE BURCA, « Proportionality... », *loc. cit.*, p.74-75).

⁷⁵⁷ *R v Secretary of State for Transport ex parte Factortame (II)*, [1990] 2 A.C. 85.

⁷⁵⁸ Sur ces décisions – parmi lesquelles les affaires *Gough & Smith* et *ITF* examinées plus haut –, cf. l'article précité de R. THOMPSON.

⁷⁵⁹ Arrêt du 27 septembre 1999, req. n°33985 et 33986/96 : « (...) il est clair pour la Cour qu'à supposer même que les griefs que lui présentent les requérants aient été pour l'essentiel formulés devant les juridictions internes et examinés par elles, le seuil à partir duquel la *High Court* et la Cour d'appel auraient pu tenir la politique du ministère de la Défense pour irrationnelle était si élevé qu'il excluait en pratique toute considération par les tribunaux internes de la question de savoir si l'ingérence dans les droits des requérants répondait à un besoin social impérieux ou était proportionnée aux buts poursuivis – sécurité nationale et ordre public –, principes qui sont au cœur de l'analyse par la Cour des griefs tirés de l'article 8 de la Convention » (pt.138).

⁷⁶⁰ Cf. en particulier l'opinion précitée de Lord STEYN dans *ex parte Daly* ainsi que *R v British Broadcasting Corporation, ex parte Pro Life Alliance* [2003] UKHL 23, *per* Lord WALKER OF GESTINGTHORPE, pts 131-144.

avoir scellé le destin du *Wednesbury test* dans le domaine des droits de l'homme. L'avenir est sans nul doute au *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* ⁷⁶¹.

553. – Lentement mais sûrement, le principe de proportionnalité fait son entrée dans le droit administratif anglais. Appelée de leurs vœux par des personnalités éminentes⁷⁶², cette entreprise de « colonisation » répond probablement avant tout à des préoccupations égalitaires. L'application du contrôle de proportionnalité aux seuls actes qui mettent en cause le droit communautaire ou un droit fondamental entraîne, selon certains, une discrimination injustifiée entre les plaignants⁷⁶³. Quels qu'en soient les motifs, nul ne contestera que la progression du principe de proportionnalité se fait le plus souvent à couvert⁷⁶⁴. On en pressent l'influence dans des décisions récentes qui, tout en feignant d'appliquer le *Wednesbury unreasonableness test*, font preuve d'une sévérité peu commune à l'égard des autorités administratives⁷⁶⁵.

554. – Il est sans doute encore trop tôt pour que cette colonisation fasse l'objet d'une reconnaissance officielle⁷⁶⁶. Gageons que celle-ci viendra tôt ou tard, tant il est vrai que « (...) the test itself offers a more structured approach than the *Wednesbury* standard. The latter has a vague and somewhat intuitive 'all or nothing' quality whose 'ample cloak' tends to obscure the reasons why a decision is unreasonable, providing little guidance to the decision-makers (...). In contrast, under proportionality, both public authorities and reviewing courts are required to expressly articulate and weigh competing interests and to provide reasoned justification for the decision which is taken. (...) In short, a proportionality test can assist in the advancement of the principles of good administration »⁷⁶⁷.

*
* *

555. – A l'intersection des droits de l'homme et de l'intégration économique, le principe de proportionnalité s'affirme chaque jour davantage comme le nouvel espéranto du raisonnement juridique. Le développement de l'« Etat constitutionnel »⁷⁶⁸ et la multiplication des traités régionaux – ou mondiaux – d'intégration économique ont partout favorisé la consécration d'impératifs « supra-législatifs » et la montée en puissance des juges chargés d'en assurer le respect.

556. – Cette nouvelle configuration des pouvoirs invite à l'élaboration de solutions et de concepts qui, sans – trop – porter atteinte à la sécurité juridique, rétablissent la complexité et la nuance au centre du

⁷⁶¹ Cf. respectivement les décisions de la *Court of Appeal* et de l'*Immigration Appeal Tribunal* dans *Huang & Ors v Sec of State for the Home Department* [2005] EWCA Civ 105 et *Sun Myung Moon* [2005] UKIAT 112. On notera toutefois que si elle ne fait guère de doute en ce qui concerne les actes administratifs, cette consécration du principe de proportionnalité reste incertaine à l'égard des actes législatifs. On peut toutefois faire l'hypothèse que ces hésitations seront plus rapidement surmontées dans le domaine des droits de l'homme que dans celui du droit communautaire. En effet, contrairement à la jurisprudence *Factortame* à l'égard du droit communautaire, le *Human Rights Act* ne donne pas aux juges britanniques le pouvoir d'écarter l'application d'une loi au motif qu'elle viole un droit fondamental. Le constat d'une telle violation débouche simplement sur une « déclaration d'incompatibilité », qui a pour seul effet de *suggérer* au Parlement de modifier la législation. Les effets limités de cette déclaration devraient inciter les juges à manier le contrôle de proportionnalité avec un peu plus de sévérité.

⁷⁶² « I think that the day will come when it will be more widely recognised that (...) *Wednesbury* (...) was an unfortunately retrogressive decision in English administrative law, in so far as it suggested that there are degrees of unreasonableness and that only a very extreme degree can bring an administrative decision within the legitimate scope of judicial invalidation » (Lord COOKE dans *Ex parte Daly*, *loc. cit.*, p.549). Cf. également les déclarations de Lord SLYNN et de Lord DIPLOCK, rapportées par J. USHER (*loc. cit.*, p.887 et 890).

⁷⁶³ Cf. M. ROSS, *loc. cit.*, p.85.

⁷⁶⁴ A cet égard, cf. G. DE BURCA, *loc. cit.*, p.66-71.

⁷⁶⁵ Cf. les décisions analysées par K. SYRETT, *loc. cit.* « It is submitted that the increasing willingness of the courts to apply a less deferential test closely resembling that of proportionality (even if not labelled as such) in decisions touching individual rights, provides an explanation for the 'drift' from the stringent *Wednesbury* test (...) » (pt.4).

⁷⁶⁶ Cf. *Somerville & Ors v. The Scottish Ministers* [2005] CSOH 24.

⁷⁶⁷ K. SYRETT, « Of resources, rationality and rights : emerging trends in the judicial review of allocative decisions », *Web J.C.L.I.*, 2000, vol.1, disponible sur <http://webjcli.ncl.ac.uk/2000/issue1/syrett1.html>.

⁷⁶⁸ Sur le thème du passage de l'Etat de droit à l'« Etat constitutionnel », cf. G. ZAGREBELSKY, *Le droit en douceur*, 2000.

droit. Le principe de proportionnalité constitue à cet égard une formule « tout-terrain » particulièrement attrayante. Sa structure à trois niveaux (adéquation, nécessité, proportionnalité *s.s.*) semble lui assurer à la fois la souplesse nécessaire à la « mise en concordance pratique » d'intérêts divergents et la rigueur quasi scientifique opposable aux dérives de l'arbitraire et du gouvernement des juges.

557. – Reste que le principe de proportionnalité n'est pas tout-puissant. Les conflits entre différents impératifs « supra-législatifs » mettent en lumière les limites de l'entreprise de rationalisation dont il procède. Confrontés à une collision entre droits fondamentaux et intégration économique, certains juges ont – ou semblent avoir – tendance à « lâcher du lest » en accordant au législateur « local » une marge d'appréciation particulièrement large⁷⁶⁹. Si elle n'est pas sans défauts, cette pratique de la « *judicial self-restraint* » paraît aujourd'hui avoir le vent en poupe. Il conviendra donc d'en examiner la légitimité dans la suite de cette recherche.

558. – La présentation sommaire de *quelques* processus de convergence entre *certaines* ordres juridiques aura peut-être laissé le lecteur sur sa faim. Loin de prétendre à l'exhaustivité ou même à la systémacité, la méthode adoptée dans cette section aura sans doute déçu celui qui s'attendait à découvrir, derrière une analyse comparative détaillée des questions relatives à l'intégration économique, aux droits fondamentaux et à leurs rapports mutuels, les preuves irréfutables d'un nouveau syncrétisme juridique. Pour partiels qu'ils soient, les développements qui précèdent ont cependant permis de tracer certaines pistes et d'esquisser certaines tendances. A cet égard, force est de constater que dans les domaines étudiés, les ordres juridiques se rapprochent les uns des autres davantage qu'ils ne s'éloignent. Ces phénomènes de convergence sont cependant plus complexes qu'ils ne paraissent au premier regard.

559. – On notera d'abord que certains rapprochements s'opèrent de manière transversale ou horizontale. Ils prennent essentiellement deux formes différentes. Dans certains cas, ils résultent d'emprunts, conscients ou inconscients, d'un ordre juridique à un autre. Ces convergences s'inscrivent généralement dans la perspective de la recherche de la meilleure solution. Originaux, efficaces, rigoureux, les concepts forgés ailleurs viennent alors éclairer et influencer le juge et le législateur dans l'interprétation et la construction du droit interne. La migration du principe de proportionnalité et les rapprochements entre l'intégration économique négative « gattienne » et communautaire participent sans doute de cette dynamique. Dans d'autres situations, les convergences sont le fruit – direct – de l'édification d'un cadre juridique commun au niveau mondial. Le développement et l'effectivité croissante du « droit international des droits de l'homme » offre la meilleure illustration de ce phénomène, qui contribue à l'harmonisation des ordres juridiques nationaux « par le haut ».

560. – La formation d'organisations régionales telles que l'Union européenne favorise également les convergences entre systèmes juridiques. Comme en atteste l'histoire de la migration du principe de proportionnalité, ces phénomènes d'harmonisation « verticale » s'opèrent aussi bien « *bottom-up* » que « *top-down* ». Pur produit du droit administratif allemand, le *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* est d'abord « aspiré » par le droit communautaire avant d'être « insufflé » par ce dernier dans les ordres juridiques des Etats membres⁷⁷⁰. La réception du principe de proportionnalité par les juridictions britanniques illustre également le caractère « doublement » harmonisateur de ces rapports verticaux. D'une part, ce principe est *imposé* aux cours et tribunaux anglais lorsqu'une disposition de droit communautaire ou de la CSDH se trouve en jeu. Il ne s'agit pas là d'une simple convergence

⁷⁶⁹ Dans le même sens dans le cadre d'un conflit entre droits fondamentaux, cf. CEDH, *Chassagnou c. France*, 29 avril 1999, req. n°25088/94, 28331/95 et 28443/95 et S. VAN DROOGHENBROECK, « Conflits entre droits fondamentaux et marge nationale d'appréciation », *J.T.D.E.*, 1999, p.162-166.

⁷⁷⁰ « A lot of water has flowed under the bridges of the River Thames since Lord Denning wrote, in 1974, that Community law is 'like an incoming tide. It flows into the estuaries and up the rivers'. He was referring to British rivers, but the same holds true of all Member States. More importantly, however, incoming and outgoing tides alternate... which means that water from the Thames flows into the sea and becomes part of the incoming tide flowing into the estuaries and up the rivers in other Member States » (W. VAN GERVEN, « Comparative Law in a Texture of Communitarization of National Laws and Europeanization of Community Law », in D. O'KEEFE (ed.), *Liber Amicorum Slynn of Hadley*, 2000, p.433.

volontaire ou spontanée, mais bien d'une *unification* prescrite par une convention ou un traité international. D'autre part, la proportionnalité est *suggérée* à ces mêmes juges dans le cadre de l'application du droit national. Ce phénomène d'irrigation ou de « contamination » du droit interne par le droit international favorise lui aussi, de manière plus feutrée, la convergence des systèmes juridiques⁷⁷¹.

561. – Horizontales ou verticales, ces convergences ne sont toutefois pas dépourvues d'ambiguïté. Tout en essayant d'en démontrer la vraisemblance, nous avons bien dû constater les limites du phénomène de dilution des ordres juridiques. Les cultures locales, les institutions étatiques, les histoires nationales sont autant d'obstacles qui se dressent devant quiconque nourrit le rêve du syncrétisme juridique⁷⁷². Il convient de tenir compte de cette inévitable diversité, qui commande de privilégier la voie de l'harmonisation à celle de l'unification⁷⁷³. Les risques de dérive « iusnaturaliste » du « *constitutional borrowing* » et la colonisation de l'union économique belge par son « homologue » communautaire constituent de précieuses mises en garde contre les tentations « babéliennes » qui guettent les esprits les plus enthousiastes.

Conclusion

562. – Le recul « géographique » opéré tout au long de ce chapitre complète la mise en contexte « historique » réalisée en ouverture de cette recherche. Il nous permet d'avancer tant sur le terrain du droit positif que dans l'élaboration de notre hypothèse théorique. Les enseignements qui s'en dégagent viendront éclairer la suite de nos réflexions.

563. – Les deux premières sections (comparaisons externes – comparaisons internes) ont fourni l'occasion d'un contact exploratoire avec les rapports ambigus qu'entretiennent intégration économique et droits fondamentaux. Le survol comparatif de ces relations « amour-haine » nous livre au moins trois séries d'informations particulièrement précieuses pour la deuxième partie de notre

⁷⁷¹ *Contra*. cf. G. TEUBNER, « Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences », *M.L.R.*, 1998, vol.61, p.11-32.

⁷⁷² En ce sens, mais de manière bien plus (trop ?) radicale, cf. P. LEGRAND, « European Legal Systems Are Not Converging », *I.C.L.Q.*, 1996, p.52-81. Cf aussi E-U. PETERSMANN, « The "Human Rights" Approach Advocated By the UN High Commissioner for Human Rights and by the International Labour Organization: Is It Relevant for WTO Law and Policy? », *J.I.E.L.*, vol.7, p.44: « (...) in countries with long-standing constitutional and legislative protection of a common market (as in the US), without a national Bill of Rights (like Australia), with less comprehensive constitutional protection of a national common market (as in Canada), or in common markets without a common state (as in the EC), the diversity of constitutional contexts and of related human rights traditions may justify diverse ways of legislative, administrative, and judicial protection and of mutual balancing of human rights and trade rules ».

⁷⁷³ Sur ce thème, cf. les écrits précités de M. DELMAS-MARTY.

recherche. Il nous met d'abord en garde contre toute simplification réductrice qui consisterait à concevoir en deux blocs homogènes les conflits et les alliances entre le marché et les droits de l'homme. Antagoniques ou coopératives, ces relations offrent des visages et dévoilent des enjeux très différents selon les intérêts qu'elles opposent, la nature des objectifs qu'elles poursuivent (institutionnels, économiques, « citoyens »), ou l'intensité de la collaboration qu'elles consacrent (génétique, contingente, nécessaire, ou volontaire). On imagine sans peine que l'analyse de la jurisprudence communautaire qui va suivre permettra d'enrichir encore ce tableau déjà complexe.

564. – La présence de ces rapports ambivalents dans des ordres juridiques très différents nous amène à notre seconde observation. L'analyse comparative à laquelle l'on s'est livré a mis en évidence l'existence d'un certain nombre de questions et de thèmes transversaux, qui taraudent même les juristes de Genève, Luxembourg ou Washington. Au nombre de ces « invariants », on comptera par exemple le sort délicat des mesures dites « extraterritoriales », adoptées en dérogation des lois du marché afin de protéger un intérêt fondamental situé en dehors des frontières étatiques, mais aussi l'embarras causé par le recours du législateur central à ses compétences économiques dans le cadre de la défense d'un intérêt non marchand, ou encore les craintes « démocratiques » que suscite le contrôle de proportionnalité *s.s.*

565. – Si elle a mis en lumière certains points communs, notre analyse comparative a également permis d'observer d'importantes dissemblances entre les ordres juridiques étudiés. On a ainsi pu constater que l'intégration économique négative revêtait des formes très différentes selon le contexte politique et institutionnel dans lequel elle s'inscrit. De même en est-il de la protection des droits fondamentaux, tantôt assimilée à un intérêt légitime « ordinaire » soumis à un contrôle juridictionnel attentif, tantôt élevée au rang de *suprema lex*, commandant par là l'exercice d'une certaine retenue judiciaire. En regard de cet arrière-plan bigarré, les spécificités propres à la situation communautaire surgiront bientôt d'elles-mêmes, au fil de l'analyse de la jurisprudence de la CJCE.

566. – Notre hypothèse théorique sort elle aussi renforcée de ce deuxième chapitre. Loin de se limiter aux étages de la pyramide du droit, nous avons pu constater que le phénomène de dilution des frontières s'attaquait également à ses parois. Après son « pouvoir constituant », c'est au tour de l'ordre communautaire tout entier de voir progressivement s'effacer les frontières qui le bornent. Les processus de convergence mis en exergue dans la troisième section de ce chapitre attestent de cette tendance – lente, partielle, controversée – à l'harmonisation des ordres juridiques et, on ose à peine l'écrire, à la mondialisation du droit. Parmi ces processus, qu'il nous soit permis d'en rappeler très sommairement trois.

567. – Le premier, le plus évident, consiste dans l'élaboration d'un droit mondial du commerce⁷⁷⁴ et des droits de l'homme. Enraciné dans les conventions de l'OMC et dans les pactes de New York, ce droit mondial bicéphale pénètre et influence aujourd'hui tous les ordres juridiques, nationaux comme supranationaux⁷⁷⁵. Le « dialogue transfrontière des juges » et sa cohorte de « concepts migrants » apporte une preuve supplémentaire à l'appui de la dilution des frontières. Le *constitutional borrowing* de la Cour suprême américaine, le comparatisme audacieux de certains avocats généraux, l'« irrésistible ascension du principe de proportionnalité »⁷⁷⁶ et la colonisation d'un concept de droit national par des principes de droit communautaire confirment chacun, à des degrés divers, la porosité des parois qui cloisonnaient jadis les ordres juridiques. Enfin, c'est peut-être encore l'apparition de « hiérarchies enchevêtrées » et de « boucles étranges »⁷⁷⁷ à l'intersection des espaces normatifs qui exprime le mieux ce phénomène général de dilution des frontières. Liant l'une à l'autre les

⁷⁷⁴ Cf. F. OSMAN, « Vers un droit mondial du commerce ? », in F. OSMAN (dir.), *L'Organisation Mondiale du Commerce : Vers un droit mondial du commerce ?*, 2001, p.263-287.

⁷⁷⁵ Ici encore, l'on ne peut mieux faire que renvoyer le lecteur aux travaux magistraux – mentionnés dans la bibliographie – menés par M. Delmas-Marty sur ce thème.

⁷⁷⁶ P. MARTENS, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, 1992, p.49-68.

⁷⁷⁷ Sur ces expressions et sur le changement de paradigme qu'elles induisent, cf. F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, 2002, spéc. p.49-51 et 158-183. Cf. également *infra*, n°1174-1183.

jurisprudences luxembourgeoise et strasbourgeoise, la technique de « validation par jeux de miroirs » dont s'est rendu maître le Conseil constitutionnel français fournit une illustration très parlante de ces « nouvelles formes du droit »⁷⁷⁸, qui invitent à embrasser les thèses du pluralisme juridique.

568. – On y a insisté maintes fois, pas plus que la dissolution du « pouvoir constituant » n'abolit les frontières entre droit et non-droit, la dilution des ordres juridiques n'entraîne la disparition de ceux-ci. L'inépuisable diversité des traditions, des institutions et des langages auxquels se nourrit le droit condamne sans doute à jamais le mirage du syncrétisme juridique. Dans ces conditions, se demandera-t-on alors, quelles implications pratiques découlent des évolutions décrites dans ce chapitre ? On répondra qu'à l'égard du personnage qui se trouve au centre de nos préoccupations – le juge –, l'ouverture des ordres juridiques entraîne des conséquences particulièrement importantes. La construction d'un droit mondial et l'hypothèse de la « communicabilité des systèmes juridiques »⁷⁷⁹ posent de nouveaux défis aux philosophes et théoriciens du droit qui travaillent sur le raisonnement juridique et la fonction de juger. Nous y reviendrons longuement dans la troisième partie de cette recherche.

⁷⁷⁸ Cf. A. BAILLEUX, « A la recherche des formes du droit : de la pyramide au réseau ! », *R.I.E.J.*, 2005, n°55, p.91-115.

⁷⁷⁹ M. BAUDREZ, T. DI MANNO (dir.), *Liber Amicorum Jean-Claude Escarras – La communicabilité entre les systèmes juridiques*, 2005.

CONCLUSION

569. – En conclusion de cette mise en contexte historique et « géographique », qu’il nous soit permis de revenir brièvement sur les enseignements qu’elle livre au regard des trois « idées-forces » identifiées dans l’introduction générale de cette étude.

570. – L’ambivalence des relations entre libre circulation et droits fondamentaux constitue le premier de ces fils rouges. Il s’agit d’abord de montrer que les interactions entre des principes fondateurs de l’ordre juridique européen se conjuguent tantôt sur le mode antagonique, tantôt sur le mode amical. Il s’agit ensuite d’examiner, à partir de cette *summa divisio*, les types d’interaction qui peuvent se rencontrer dans la jurisprudence communautaire.

571. – Les pages qui précèdent nous ont déjà permis d’opérer de nombreuses avancées sur ce plan « analytique ». L’analyse historique du processus de « constitutionnalisation » des droits de l’homme a d’emblée mis en lumière l’ambivalence des interactions entre libre circulation et droits fondamentaux. La quasi-absence de ces derniers dans les traités fondateurs de la construction européenne, la nature ambiguë des libertés de circulation, les réticences des « maîtres des traités » envers la « constitutionnalisation » des droits de l’homme et les rappels à l’ordre adressés par les juridictions nationales à la Cour de justice sont autant d’éléments qui soulignent la complexité des relations entre droits fondamentaux et libre circulation. Ceux-là apparaissent en même temps comme un bouclier salutaire contre l’effet désintégrateur de celle-ci et comme une arme efficace au service de l’intégration économique européenne. Notre prise de recul « géographique » ne nous apprend pas autre chose, qui décèle la présence de conflits et d’alliances entre droits fondamentaux et intégration économique dans de nombreux ordres juridiques « multi-niveaux ».

572. – Selon notre deuxième « idée-force », l’analyse des interactions entre libre circulation et droits de l’homme dans la jurisprudence communautaire fournit une illustration éclatante de la mutation que subissent aujourd’hui nos ordres juridiques. Hier encore organisés sur un mode hiérarchique strict et séparés les uns des autres par des parois étanches, nos systèmes juridiques semblent aujourd’hui en proie à des phénomènes qui troublent la pureté des lignes de la « pyramide du droit ». Loin d’épargner la construction européenne, ce « flou du droit » s’invite jusque dans les relations entre les principes qui figurent en son cœur même.

573. – En pointant la présence du flou dans le « contexte » de notre objet d’investigation, la première partie de cette étude a apporté de nombreux éléments en soutien de ces considérations théoriques. L’analyse historique nous a conduit à identifier un processus de dilution du « pouvoir constituant » derrière l’effort collectif qui, à la mode d’Echternach, a porté les droits de l’homme au sommet de l’ordre juridique européen. Quant à notre étude de droit comparé, elle a permis d’observer les similitudes et les convergences qui, sur le plan des interactions entre droits fondamentaux et intégration économique, signalent un rapprochement entre des jurisprudences étrangères. Ces ponts jetés par les juges au-dessus des épaules des Etats semblent témoigner de la porosité grandissante des frontières qui séparent les ordres juridiques.

574. – Notre troisième idée-force, enfin, se déploie sur le plan prescriptif. Assimilant le juge à un « traducteur en réseau », elle l’enjoint à assumer et encadrer le « flou du droit ». On l’a dit, les fondements théoriques et les applications pratiques de ce mot d’ordre feront respectivement l’objet des premier et second chapitres de notre troisième partie.

575. – Les pages qui précèdent ne sont toutefois pas sans lien avec cette troisième « thèse », et elles viendront en temps utile alimenter nos consignes à l’adresse des juges. D’ores et déjà, l’on notera qu’en signalant l’érosion des échelons (chapitre 1^{er}) et des frontières (chapitre 2) qui structurent nos ordres juridiques, ces chapitres appellent le juge à transformer son raisonnement. D’une part, ils l’invitent à assumer le flou en refusant de dissimuler ses décisions sous des dehors « pyramidaux ». Dans cette perspective, le juge communautaire se gardera d’accorder un poids déterminant à des arguments tirés de l’intention du « constituant » – comprenez : des « maîtres des traités » – ou de l’autonomie de l’ordre juridique européen. D’autre part, les pages qui précèdent ouvrent l’horizon des juges et mettent à leur disposition un grand nombre de balises susceptibles d’encadrer le flou du droit. Dans leur entreprise de « concrétisation »⁷⁸⁰ de la « constitution » européenne, les préteurs du Kirchberg seront ainsi invités à enrichir leurs motivations et affiner leurs positions à l’aide de sources formellement inexistantes au regard d’une conception pyramidale du droit – les déclarations des institutions, les réactions des juridictions nationales, les jurisprudences étrangères, etc.

Partie II. Analyse de la jurisprudence communautaire

Le flou dans le texte

INTRODUCTION

576. – Le contexte historique et « géographique » dans lequel s’inscrit notre problématique est désormais bien balisé. La première partie de cette recherche nous a permis de brosser l’arrière-plan du tableau ; il importe à présent d’en détailler le sujet central. Celui-ci s’annonce d’emblée particulièrement riche. La jurisprudence de la Cour de justice foisonne de conflits et d’alliances entre les impératifs de respect des droits fondamentaux et la dynamique du marché intérieur. Notre grille d’analyse nous conduira dès lors à examiner un nombre important d’affaires, aussi différentes les unes des autres par leur objet que par leur « âge ». Parmi ces dossiers soumis à notre examen, nul doute que le lecteur en croisera un grand nombre qui lui sont déjà connus. À dire vrai, peu de domaines de la jurisprudence communautaire ont été autant explorés que ceux qui touchent aux droits de l’homme et à la libre circulation⁷⁸¹.

⁷⁸⁰ Sur ce terme, cf. *infra*, n°1148 et s.

⁷⁸¹ Rappelons que l’on utilise le terme « libre circulation » de manière générique, pour viser à la fois la dynamique d’intégration économique *négative* – impulsée par les *libertés* de circulation – et la dynamique d’intégration économique *positive* – mise en œuvre par les mesures communautaires de rapprochement des législations nationales – dans le cadre de l’établissement du marché *intérieur*. Sur ces précisions terminologiques, cf. *supra*, introduction générale.

577. – La « banalité » du matériau ne préjuge pas pour autant de l'originalité de l'approche qui s'en nourrit. Analysés sous l'angle « guerrier » des conflits et des alliances, les arrêts les plus illustres dévoilent un visage différent de celui qu'on leur connaît généralement. Si elle n'est pas sans défaut, notre approche conceptuelle a sans doute au moins ce mérite : éclairer d'un jour nouveau des affaires, des questions et des controverses qui se trouvent au fondement de la construction européenne.

578. – Cette entreprise de « relecture » de la jurisprudence bénéficiera également de la perspective ouverte par notre angle d'attaque théorique. En effet, après avoir identifié le flou à la lisière de notre objet d'étude, il convient maintenant d'en mesurer la présence en son cœur même. Sans trop nous avancer, l'on peut déjà affirmer qu'à divers égards, les pages qui suivent font écho à certains débats bien connus de la théorie du droit : les distinctions dont se sert abondamment la dogmatique juridique – entre droit et fait, entre droits et intérêts, entre application et création du droit – volent en éclats au contact de la jurisprudence communautaire que nous étudierons.

579. – Nous constaterons par ailleurs que ce « flou du droit » ne reste pas cantonné aux catégories abstraites élaborées par les théoriciens du droit. Il infiltre l'ordre juridique communautaire tout entier et s'invite dans la résolution des cas les plus concrets. La répartition – horizontale *et* verticale – des compétences, l'étendue des libertés de circulation, le rôle des droits de l'homme dans le droit du marché intérieur apparaissent comme autant de questions fondamentales auxquelles la jurisprudence actuelle n'offre guère de réponses nettes et dépourvues d'ambiguïtés.

580. – Ces considérations ne sauraient masquer les problèmes méthodologiques que n'a pas manqué de soulever le maniement d'une grille de lecture aussi dichotomique et conceptuelle. S'il est possible et pertinent de ramasser sous une classification binaire – conflits/alliances – la jurisprudence relative aux interactions entre droits fondamentaux et libre circulation, une telle entreprise n'échappe pas aux dangers de l'hyper-théorisation et de la simplification outrancière. En se focalisant sur des concepts et sur les modalités de ces interactions, on laisse nécessairement dans l'ombre d'autres aspects des affaires examinées, qui s'avèrent souvent déterminants dans la résolution des litiges. Un premier avertissement au lecteur n'est donc pas inutile : les pages qui suivent proposent *une* analyse, à la fois partielle et partiale, de la jurisprudence étudiée. Elles n'entendent pas faire le tour des questions soulevées par cette jurisprudence, ni même en présenter un aperçu complet.

581. – Ceci nous mène à notre seconde observation méthodologique. La pléthore d'arrêts traitant des droits de l'homme et de la libre circulation rend chimérique tout espoir d'en opérer un relevé exhaustif. Si notre survol de la jurisprudence s'efforce de n'omettre aucun « arrêt pilote », il passe inévitablement sous silence d'autres affaires qui auraient pu, par l'un ou l'autre côté, rentrer dans notre champ d'investigation.

582. – Il faut d'autant plus abandonner toute prétention à l'exhaustivité que l'on a choisi d'adopter une approche *nominaliste élargie*⁷⁸². Celle-ci – et c'est là notre troisième remarque – nous conduira à identifier la présence des droits de l'homme dans des arrêts qui ne les mentionnent pas explicitement. Sans renouer avec une conception « essentialiste » des droits fondamentaux, l'on sera amené à constater que notre objet d'étude ne se limite pas aux affaires dans lesquelles la Cour utilise expressément le « discours des droits ». En dépassant la lettre des arrêts, notre analyse permettra de mettre en lumière de nouvelles questions mais s'exposera nécessairement à la critique de l'incomplétude.

583. – Deux facteurs compliquent encore le maniement de notre grille de lecture. D'une part, le lecteur aura tôt fait d'observer que les conflits et les alliances ne se nouent pas toujours aux mêmes endroits. Ils apparaissent tantôt dans les arguments soulevés par les parties ou dans les questions posées par les juridictions nationales, tantôt dans les conclusions présentées par les avocats généraux ou dans les raisonnements avancés par les juges, tantôt enfin dans les préambules de certaines mesures adoptées par le législateur communautaire. Il conviendra de garder à l'esprit cette diversité d'origines, que ne

⁷⁸² Cf. *supra*, n° 16 et s.

reflète pas toujours la structure de notre exposé. D'autre part, on constatera rapidement que les catégories « alliances » et « conflits » sont moins hermétiques qu'elles ne paraissent. De nombreuses affaires relèvent à la fois de l'une et de l'autre, mettant simultanément en scène une situation d'opposition et un rapport d'entraide entre droits fondamentaux et libre circulation. On ne s'étonnera pas, dès lors, que certains arrêts fassent l'objet de deux analyses distinctes dans les pages qui suivent, selon qu'on les envisage sous l'angle des conflits ou sous celui des alliances.

584. – Il convient encore d'observer que notre approche « analytique » nous a conduit à aborder les arrêts de la Cour par « coupes transversales ». Les pages qui suivent procèdent ainsi à un découpage des décisions analysées. Elles s'attardent d'abord sur la façon dont les interactions entre libre circulation et droits de l'homme se sont cristallisées devant la Cour de justice. Ce n'est que dans un second temps qu'elles se penchent sur le « traitement » réservé par la Cour à ces interactions. S'il sert nos ambitions théoriques ce séquençage des arrêts – qui laisse parfois passer de nombreuses pages entre la présentation du cas et sa résolution par la Cour – en complique sans doute la lecture. L'on espère que les renvois infrapaginaux et l'index des décisions situé à la fin de cette étude compenseront adéquatement cet inévitable tribut aux exigences de l'analyse transversale.

585. – Enfin, cette démarche analytique nous a encore poussé à enrichir notre exposé d'un certain nombre d'« hors-textes ». D'une part, les pages qui suivent sont jalonnées d'une vingtaine de « figures » ou de « schémas », censés rassembler sous quelques traits les caractéristiques propres aux différents types d'alliances et de conflits entre libre circulation et droits fondamentaux. S'ils manquent parfois de nuances, de rigueur ou de précision, ces schémas n'en sont pas moins utiles pour saisir en un coup d'œil des idées qui nécessitent une explication verbale parfois laborieuse. D'autre part, le lecteur trouvera, à la fin de ce chapitre⁷⁸³ et en annexe à cette étude, un mémento reprenant les divers enseignements de notre analyse jurisprudentielle. Cet « aide-mémoire » donne un aperçu général des nombreux types d'interactions entre libre circulation et droits de l'homme qui se donnent à voir dans les décisions de la Cour de justice.

586. – Ces précisions méthodologiques étant posées, il convient à présent d'entrer dans le vif du sujet. Dans cette deuxième partie, nous procéderons fort logiquement en deux temps. Après avoir exploré les situations où elles s'opposent (ch.I), nous examinerons les cas de figure dans lesquels la logique des droits de l'homme et la dynamique de la libre circulation se coalisent et se fécondent mutuellement (ch.II).

⁷⁸³ Cf. *infra*, n°1102bis.

CHAPITRE I. CONFLITS ENTRE DROITS FONDAMENTAUX ET LIBRE CIRCULATION

Introduction

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

588. – Au premier regard, le propos du présent chapitre semble conforter ces lieux communs aux accents manichéens. Il traite en effet des relations conflictuelles qui se nouent, au détour de la jurisprudence communautaire, entre les exigences de protection des droits fondamentaux et les impératifs liés à la réalisation de la libre circulation. Campées sur leurs positions respectives, la dignité humaine et la loi du marché se font face, s’opposent et se combattent au gré des affaires et de la créativité des plaideurs.

589. – La lecture des pages qui suivent viendra pourtant rapidement démentir cette première impression. Non pas que celle-ci soit véritablement fausse, mais plutôt parce qu’elle est excessivement simpliste. Pour nous en convaincre, il importe dès à présent de mettre en lumière quatre facteurs de complexité, qui viennent troubler l’image cristalline d’une opposition radicale et univoque entre droits de l’homme et libre circulation.

590. – Le premier de ces facteurs tient à la différence fondamentale qui existe entre les dynamiques d’intégration économique *négative* et *positive*. Alors que les libertés de circulation – qui incarnent la première dynamique – constituent des droits subjectifs interdisant aux Etats d’entraver le commerce intracommunautaire, les mesures de rapprochement des législations nationales – qui relèvent de la seconde – représentent un effort de régulation du marché au niveau européen. Cette différence de « nature » entre les deux phénomènes exclut que les impératifs de protection des droits de l’homme s’y manifestent de la même manière. Là où les droits fondamentaux heurtent souvent de front la dynamique dérégulatrice des libertés de circulation, ils entretiennent un rapport plus complexe avec les mesures visant à la construction d’un marché intérieur fondé sur l’harmonisation des réglementations nationales

591. – L’indétermination qui affecte la notion même de droit de l’homme constitue le second vecteur de flou. Comme nous avons déjà pu le constater antérieurement, les droits fondamentaux ont une nature protéiforme. Entre les mains de plaideurs astucieux, ils peuvent servir les causes les plus improbables et les desseins les plus rhétoriques. Dans ce chapitre, nous observerons ainsi que les partisans d’une dérégulation accrue ont plus souvent recours au « discours des droits » que les défenseurs de valeurs non-marchandes. Ambassadeurs de la loi du marché, les droits de l’homme sont alors brandis à l’encontre des compromis nécessaires à l’établissement du marché intérieur.

592. – Une troisième source de complexité réside dans l’approche nominaliste élargie que nous avons pris le parti d’adopter au début de cette recherche. Dès lors que l’on nomme « droit fondamental » tout intérêt qualifié de tel par les acteurs de l’ordre juridique européen, on observe que « le discours des

droits » tel qu'il se pratique devant la Cour de justice ne permet pas de rendre compte de la présence de l'ensemble de ces droits dans la jurisprudence communautaire. Celle-ci dissimule en effet dans ses replis de nombreux conflits entre libre circulation et droits fondamentaux qui n'apparaissent pas au premier coup d'œil parce que les droits qu'ils mettent en cause n'ont pas été qualifiés de « fondamentaux » *hic et nunc* par les juges de Luxembourg, alors même qu'ils jouissent de ce statut au regard de notre approche nominaliste élargie. Ce hiatus entre les « mots » et les « choses » ou entre le discours et la substance – elle-même définie en référence à un discours élargi – complique d'autant notre analyse jurisprudentielle. Non seulement celle-ci doit-elle porter sur un double niveau – celui de l'explicite et celui du non-dit –, mais en outre elle ne peut faire l'économie d'une réflexion critique sur l'existence même de ce hiatus et sur ses retombées au niveau du raisonnement juridique.

593. – Enfin, une dernière difficulté vient du fait que les conflits entre les droits fondamentaux et les instruments du marché intérieur sont la traduction, dans le langage juridique, de la *double* tension qui traverse l'ensemble de la construction européenne. Loin de se jouer uniquement sur le terrain plane des rapports « marchand – non-marchand », ces oppositions prêtent bien souvent leurs traits à des conflits entre unité et diversité. Plus encore, il appert que la position des droits fondamentaux et des instruments du marché intérieur sur ce double axe est aisément interchangeable. Nous avons déjà évoqué l'idée que les droits de l'homme pouvaient incarner l'idéal du marché face à la protection des valeurs non-marchandes inhérente à l'intégration économique positive. Il faut encore constater que selon les circonstances, les droits fondamentaux peuvent tantôt plaider la cause de la diversité et tantôt promouvoir une dynamique uniformisante.

594. – Ces avertissements préliminaires étant posés, il convient à présent d'entrer dans le vif du sujet. Sans surprises, ce chapitre sera divisé en deux sections. Tandis que la première portera sur la dynamique intégrative impulsée par les libertés de circulation, la seconde sera consacrée à l'intégration économique positive accomplie par les mesures de rapprochement des législations nationales. Au sein de ces deux sections, l'on s'interrogera sur les types de résistance qu'oppose la protection des droits de l'homme ainsi que sur le traitement qui leur est réservé par les juges de Luxembourg.

Section 1. Les droits fondamentaux face aux libertés de circulation

« Ayant (...) placé face à face liberté fondamentale et droit fondamental comme des fondements essentiels mais qui tolèrent respectivement des exceptions, la Cour estime qu'il faut mettre en balance les intérêts en présence et déterminer si un juste équilibre a été respecté entre eux – tâche revenant aux autorités nationales compétentes qui disposent pour ce faire d'un large pouvoir d'appréciation »⁷⁸⁴

⁷⁸⁴ V. SKOURIS, « L'interaction entre les libertés fondamentales et les libertés publiques en droit communautaire », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Léger*, 2006, p.502.

595. – La jurisprudence récente de la Cour de justice a attiré l'attention de la doctrine sur l'existence de conflits entre les impératifs dictés par les libertés de circulation et les exigences – invoquées par les Etats – relatives à la protection des droits fondamentaux. Ces relations conflictuelles ne sont pourtant pas nouvelles, et les éclairages qu'y apportent aujourd'hui la jurisprudence et la doctrine posent davantage de questions qu'ils ne fournissent de réponses. L'exploration de ce sujet aussi passionnant que complexe requiert de procéder à pas prudents. Nous commencerons donc par esquisser brièvement le régime juridique attaché aux libertés de circulation dans le droit communautaire (A). Nous tenterons ensuite de « débusquer » les conflits opposant celles-ci à la protection des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour de justice (B). Enfin, nous nous pencherons sur les solutions adoptées par les juges de Luxembourg pour résoudre ces conflits (C).

A. Les antécédents du conflit

596. – Les libertés de circulation constituent les piliers de l'intégration économique négative dans l'ordre juridique communautaire. Consacrées dès 1957 dans le traité CEE⁷⁸⁵, elles se trouvent fermement ancrées au cœur de la « constitution économique européenne » et ont connu un développement exceptionnel sous l'impulsion de la Cour de justice⁷⁸⁶. Dès 1963, le principe de l'effet direct – vertical – faisait son apparition dans le domaine de la libre circulation des marchandises⁷⁸⁷. Dix ans plus tard, il se voyait appliqué à la libre circulation des travailleurs⁷⁸⁸, à la liberté d'établissement⁷⁸⁹ et à la libre prestation des services⁷⁹⁰, avant de s'immiscer dans les rapports entre particuliers⁷⁹¹. Refusant de les reléguer au rang de principes ou d'objectifs politiques, la Cour faisait ainsi des libertés de circulation les instruments privilégiés d'une intégration économique *bottom-up*. Elle transformait les particuliers en « chiens de garde » des engagements contractés par les Etats et s'arrogeait du même coup une place centrale dans la construction du marché intérieur.

597. – La Cour de justice chercha bien vite à étendre au maximum le régime de liberté instauré par le traité. Peu soucieuse de l'intention des rédacteurs de celui-ci⁷⁹², elle déclara dès 1974 que la libre circulation des marchandises s'opposait à « toute réglementation commerciale des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire »⁷⁹³. Dans la foulée, les juges de Luxembourg consacrèrent le principe de reconnaissance mutuelle, commandant aux Etats d'accepter sans restriction les marchandises légalement produites et fabriquées dans l'Etat membre d'exportation⁷⁹⁴. Si elle ne put faire l'économie

⁷⁸⁵ Et même, quelques années auparavant, dans le traité CECA. A ce sujet, cf. W. MAAS, « The Genesis of European Rights », *J.C.M.S.*, 2005, vol.43, p.1009-1025.

⁷⁸⁶ Longtemps demeurée en retrait, la libre circulation des capitaux a connu récemment un essor sans précédent (cf. L. FLYNN, « Coming of Age : The Free Movement of Capital Case Law 1993-2002 », *C.M.L.R.*, 2002, vol.39, p.773-805). Le régime juridique qui s'y attache est aujourd'hui très proche de celui qui caractérise les autres libertés : cf. e.a. C-367/98 *Commission c. Portugal*, 4 juin 2002, *Rec.*, 2002, p.I-4731, spéc. pt.49. A notre connaissance toutefois, la libre circulation des capitaux ne s'est encore jamais vue entravée par la nécessité pour un Etat de protéger un droit de l'homme. Nous ne l'aborderons donc pas directement dans le cadre de cette section. Du reste, si un tel conflit devait prochainement surgir de la jurisprudence communautaire, il y a fort à parier que les analyses qui suivent pourraient y être transposées sans mal.

⁷⁸⁷ Aff. 26/62 *Van Gend & Loos*, 5 février 1963, *Rec.*, 1963, p.1, concernant l'article 25 CE (12 CEE). Concernant l'article 28 CE, cf. aff. 74/76 *Meroni*, 22 mars 1977, *Rec.*, 1977, p.557.

⁷⁸⁸ Aff. 167/73 *Commission c. France*, 4 avril 1974, *Rec.*, 1974, p.359, confirmé dans aff. 41/74 *Van Duyn*, 4 décembre 1974, *Rec.*, 1974, p.1337.

⁷⁸⁹ Aff. 2/74 *Reyners*, 21 juin 1974, *Rec.*, 1974, p.1299.

⁷⁹⁰ Aff. 33/74 *Van Binsbergen*, 3 décembre 1974, *Rec.*, 1974, p.1299.

⁷⁹¹ Sur l'effet direct horizontal des libertés de circulation, cf. déjà aff. 36/74 *Walrave et Koch*, 12 décembre 1974, *Rec.*, 1974, p.1405, pts.17-18. Plus récemment, cf. C-415/93 *Bosman*, 15 décembre 1995, *Rec.*, 1996, p.I-4921 ; C-281/98 *Angonese*, 6 juin 2000, *Rec.*, 2000, p.I-4139 ; C-438/05 *ITWF e.a. c. Viking*, 11 décembre 2007, non encore publié au Recueil ; C-341/05 *Laval un Partneri*, 18 décembre 2007, non encore publié au Recueil. L'effet direct horizontal n'a encore jamais été explicitement reconnu dans le champ de la libre circulation des marchandises.

⁷⁹² En ce sens, cf. G. MARENCO, « Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative », *C.D.E.*, 1984, p.291 et s., spéc. p.316-317.

⁷⁹³ Aff. 8/74 *Dassonville*, 11 juillet 1974, *Rec.*, 1974, p.837, pt.5.

⁷⁹⁴ Aff. 120/78, *Rewe-Zentral AG contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (« Cassis de Dijon »), 20 février 1979, *Rec.*, 1979, p.649.

d'un rétrécissement⁷⁹⁵, cette jurisprudence très libérale infiltra bientôt le régime des autres libertés de circulation. Les mesures nationales susceptibles « de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice (...) d'une liberté fondamentale garantie par le traité »⁷⁹⁶ furent désormais considérées *prima facie* comme incompatibles avec ce dernier.

598. – Si les contours de cette jurisprudence demeurent aujourd'hui encore passablement flous⁷⁹⁷, les pièces assemblées du « puzzle »⁷⁹⁸ lèvent au moins l'incertitude sur un point : même lorsqu'elles s'appliquent indistinctement aux ressortissants nationaux et communautaires, les mesures étatiques qui entravent le commerce interétatique ne sont pas à l'abri du souffle dérégulateur des libertés de circulation.

599. – Cette lecture extrêmement généreuse des « quatre libertés » appelait nécessairement certains contreponds, sous peine de mettre en péril l'ensemble des législations socio-économiques nationales. Le droit primaire apportait quelques remèdes à ce déséquilibre. Le potentiel destructeur des principes du marché intérieur n'avait en effet pas échappé aux négociateurs du traité de Rome, qui prirent soin d'y introduire un certain nombre de dérogations au profit des Etats⁷⁹⁹. Cinquante ans plus tard, ces exceptions n'ont pas changé. L'ordre public, la santé publique et la sécurité publique sont autant de motifs qui permettent aux Etats, sous réserve de bonne foi et de proportionnalité, d'échapper à l'emprise des libertés de circulation. A ces exceptions d'ordre général, il convient d'ajouter, dans le domaine des marchandises, la protection de la moralité publique, la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, la préservation des végétaux, la protection des trésors nationaux et la protection de la propriété industrielle et commerciale.

600. – Ces motifs de dérogation explicites – ci-après dénommés « raisons expresses »⁸⁰⁰ – n'ont jamais cessé d'alimenter le contentieux devant la Cour de justice. Certains d'entre eux – que l'on pense à la protection de l'ordre public à l'égard des personnes ou à la protection de la propriété industrielle à l'endroit des biens – ont suscité une jurisprudence très abondante et nécessité l'adoption d'une législation communautaire détaillée. Bien vite cependant, ils parurent insuffisants pour contrebalancer les excès de l'intégration économique négative dictée par la Cour. D'autres intérêts nationaux, d'autres valeurs non-marchandes protégées par les législations étatiques se voyaient menacées par les libertés de circulation. Les juges de Luxembourg s'en avisèrent. Déterminés à concilier les politiques nationales avec les impératifs de l'intégration économique, ils entreprirent de rendre aux Etats d'un côté (une partie de) ce qu'ils leur ôtaient de l'autre. Dans le même arrêt où ils consacrèrent le principe de la reconnaissance mutuelle, les juges déclarèrent :

« En l'absence d'une réglementation commune, les obstacles à la circulation intracommunautaire résultant des disparités des législations nationales relatives à la commercialisation d'un produit doivent être acceptées dans la mesure où ces prescriptions peuvent être reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives

⁷⁹⁵ C-267/91 *Keck et Mithouard*, 24 novembre 1993, *Rec.*, 1993, p.I-6097.

⁷⁹⁶ C-19/92 *Kraus*, 31 mars 1993, *Rec.*, 1993, p.I-1663, pt.32, en ce qui concerne la liberté d'établissement. Dans le même sens, C-55/94 *Gebhard*, 30 novembre 1995, *Rec.*, 1995, p.I-4165, pt.37. En ce qui concerne la libre prestation des services et la libre circulation des travailleurs, cf. respectivement, *mutatis mutandis*, C-384/93 *Alpine Investments*, 10 mai 1995, *Rec.*, 1995, p.I-1141, pt.38, et C-415/93 *Bosman*, 15 décembre 1995, *Rec.*, 1995, p.I-4921, pt.103.

⁷⁹⁷ La Cour semble réticente à l'idée de consacrer pleinement le critère de la « gêne » ou de « l'entrave » à l'exercice de la libre circulation. Soucieuse d'éviter les impasses idéologiques – l'ultralibéralisme – et pratiques – l'afflux de nouveaux dossiers – auxquelles mène cette jurisprudence, elle s'engage régulièrement dans deux autres voies pour déterminer le champ d'application des libertés de circulation à l'égard des mesures indistinctement applicables. Tantôt la Cour considère que les libertés de circulation s'opposent seulement à l'adoption de mesures qui en affectent *substantiellement* ou *directement* l'exercice (règle de *minimis*). Tantôt elle estime que seules les mesures qui, *de facto*, imposent une charge *plus lourde* sur les produits/personnes/services originaires d'un autre Etat membre sont contraires aux principes de libre circulation (critère de l'effet différencié). Sur tout ceci, cf. *infra*, n°1397 et s.

⁷⁹⁸ Cf. C. BARNARD, « Fitting the Remaining Pieces Into the Goods and Persons Jigsaw ? », *E.L.R.*, 2001, p.35-59.

⁷⁹⁹ Cf. l'article 30 pour la libre circulation des marchandises, l'article 38 pour la libre circulation des travailleurs, l'article 46 pour la liberté d'établissement, et l'article 55 pour la libre prestation des services.

⁸⁰⁰ En ce sens, cf. M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, 2^{ème} éd., 2002, p.141.

tenant, notamment, à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs »⁸⁰¹,

601. – La Cour reconnaissait ainsi aux Etats le droit de déroger aux lois du marché intérieur pour des motifs qui n'étaient pas explicitement prévus par le traité. Elle souligna rapidement⁸⁰² que seules les mesures non discriminatoires – *i.e.*, indistinctement applicables – pouvaient bénéficier de ce régime d'exception, et ce pour autant qu'elles soient proportionnées à l'objectif poursuivi⁸⁰³. La « théorie »⁸⁰⁴ des exigences impératives d'intérêt général⁸⁰⁵ était née. Elle ne tarda pas à percoler dans le domaine des autres libertés de circulation. Aux quelques objectifs d'intérêt général identifiés dans l'arrêt « Cassis de Dijon » vinrent bien vite s'en ajouter d'autres, sans qu'il soit jamais possible d'en dresser une liste définitive.

602. – La théorie des exigences impératives détermine aujourd'hui encore les limites de l'intégration économique négative dans l'ordre juridique européen. Tout comme les « raisons expresses » prévues dans le traité, les exigences impératives d'intérêt général mettent en lumière la tension inhérente au projet européen, entre valeurs marchandes et non-marchandes, entre unité et diversité, entre dérégulation et respect de l'autonomie normative des Etats. C'est au cœur de cette tension que s'inscrit le propos de cette section, consacré aux conflits entre libertés de circulation et droits fondamentaux.

B. Les types de conflit

603. – Il n'est rien de plus difficile à trouver qu'une définition claire, univoque et consensuelle de ce qui constitue un droit fondamental. A défaut d'avoir pu dégager d'entrée de jeu une telle définition « essentialiste », nous avons, au début de cette étude, pris le parti d'adopter une approche nominaliste. En d'autres termes, nous avons décidé de considérer comme des droits fondamentaux – ou des droits de l'homme – l'ensemble des intérêts et valeurs *désignés comme tels* par les acteurs de l'ordre juridique communautaire.

604. – Cette approche méthodologique nous conduit maintenant à distinguer trois types de conflits entre libertés de circulation et droits fondamentaux. Les conflits *explicites* (a) désignent les situations dans lesquelles la Cour de justice reconnaît que l'intérêt brandi par un Etat pour déroger à une liberté de circulation s'appuie sur une exigence de protection d'un droit fondamental. Les conflits *manqués* (b) recouvrent les cas où la Cour omet d'établir un lien entre l'intérêt soulevé par l'Etat et la promotion d'un droit fondamental, et se met par là même en contradiction avec sa propre jurisprudence, antérieure ou postérieure. Les conflits *potentiels* (c) visent les situations dans lesquelles la Cour omet d'élever au rang de droits de l'homme un intérêt auquel d'autres acteurs de l'ordre juridique européen – les rédacteurs de la Charte des droits fondamentaux, les juges de Strasbourg,... – prêtent le statut de droit fondamental.

605. – Le lecteur aura d'emblée saisi les implications de cette classification tripartite. Qu'une simple approche nominaliste dévoile l'existence de conflits « manqués » et de conflits « potentiels », voilà qui en dit long sur les incertitudes qui entourent le « discours des droits » dans la jurisprudence communautaire. L'existence de conflits *manqués* témoigne de l'*incohérence* qui, d'un arrêt à l'autre, obscurcit la notion de « droit fondamental ». La présence de conflits *potentiels* trahit pour sa part les

⁸⁰¹ Aff. 120/78, *Rewe-Zentral AG contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (« Cassis de Dijon »), 20 février 1979, *Rec.*, 1979, p.649, pt.8.

⁸⁰² Cf. aff. 113/80 *Commission c. Irlande*, 17 juin 1981, *Rec.*, 1981, p.1625.

⁸⁰³ Aff. 261/81 *Rau*, 10 novembre 1982, *Rec.*, 1982, p.3961, pt.12.

⁸⁰⁴ Cf. V. HATZOPOULOS, « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses: une théorie, des théories ou pas de théorie du tout ? », *R.T.D.E.*, 1998, p.191-236.

⁸⁰⁵ La jurisprudence parle tantôt d'exigences impératives, tantôt de raisons impérieuses, tantôt d'exigences essentielles, sans que ces différences de dénomination ne paraissent refléter des différences de régime juridique. Par souci de clarté, nous privilégierons l'expression d'« exigence impérative » dans le cadre de cette étude.

divergences qui règnent, dans la communauté juridique européenne, sur la portée de ce même concept⁸⁰⁶.

§1^{er}. *Les conflits explicites*

606. – Les conflits explicites entre une liberté de circulation et un droit fondamental n'apparaissent pas très souvent dans la jurisprudence de la Cour de justice⁸⁰⁷. Cette relative pauvreté, qui devrait s'estomper au cours des années à venir, exige un surcroît d'attention à l'égard de chacune des affaires qui ont donné lieu à de tels conflits. Nous les décrirons dès lors une par une, en suivant un ordre chronologique⁸⁰⁸.

a) La libre prestation des services contre le droit à la vie – *Grogan*⁸⁰⁹

607. – Nous avons déjà rencontré l'affaire *Grogan* au cours de cette étude⁸¹⁰. Nous ne nous y attarderons donc pas démesurément, et ce d'autant moins que la Cour évite soigneusement de s'y prononcer sur l'existence d'un conflit entre une liberté de circulation et un droit fondamental. Cette affaire doit cependant retenir tout notre intérêt. D'une part, elle a fourni à un organe « qui participe (...) à la fonction juridictionnelle [de la Cour de justice] »⁸¹¹ l'occasion de reconnaître pour la première fois l'existence d'une « collision de droits ». Dans ses conclusions du 11 juin 1991⁸¹², l'avocat général van Gerven a en effet livré des enseignements précieux sur la « mise en balance » d'une liberté de circulation et d'un droit constitutionnellement garanti. D'autre part, l'importance des principes en jeu et l'introduction de dossiers similaires devant la Cour suprême irlandaise et la Cour européenne des droits de l'homme ont donné à cette affaire un retentissement sans pareil. Copieusement discutée en doctrine, elle a longtemps été le symbole des périls que représentait le « grand marché » pour les valeurs constitutionnelles nationales. Du reste, le droit primaire porte aujourd'hui encore les stigmates de cette affaire sous la forme d'un protocole additionnel au traité de Maastricht⁸¹³.

608. – Le 25 septembre 1989, la *Society for the Protection of the Unborn Child* (SPUC) assignait les représentants de trois associations d'étudiants devant un tribunal irlandais. Elle requérait de ce dernier qu'il interdise aux défenseurs de publier des informations relatives aux possibilités d'avortement offertes par des établissements situés en Grande-Bretagne. Le droit à la vie de l'enfant à naître était en effet reconnu dans la Constitution irlandaise et l'*Offences Against the Persons Act* faisait défense à toute personne – sous peine de sanctions pénales – de subir ou de pratiquer une interruption volontaire de grossesse.

609. – Les associations d'étudiants prétendirent que le droit communautaire conférait aux femmes enceintes non seulement le droit de se rendre en Grande-Bretagne pour y subir un avortement, mais également le droit de recevoir, en Irlande, des informations à ce sujet. Par conséquent, il fallait en déduire que la protection du droit communautaire s'étendait également aux fournisseurs de ces informations.

⁸⁰⁶ Sur ce point, cf. *supra*, n°20.

⁸⁰⁷ La jurisprudence du Tribunal de première instance et, *a fortiori*, du Tribunal de la fonction publique n'est pas directement relevante dans cette section, dès lors que seule la Cour de justice est compétente pour statuer, par le biais du mécanisme préjudiciel, sur la compatibilité d'une mesure nationale avec les libertés de circulation.

⁸⁰⁸ Aux affaires décrites ci-dessous, on ajoutera, par souci d'exhaustivité, l'affaire C-398/98 *Commission c. Grèce* (25 octobre 2001, *Rec.*, 2001, p.I-7915) mettant en cause une législation grecque forçant les sociétés de commercialisation de produits pétroliers à s'approvisionner auprès des raffineries établies sur le territoire grec. Le gouvernement grec estima justifiée cette entrave à la libre circulation des marchandises dès lors que « le droit fondamental des raffineries à la liberté économique serait excessivement restreint si elles devaient détenir les stocks de sécurité de produits pétroliers, et assumer ainsi une obligation des sociétés de commercialisation, sans obtenir la contrepartie que ces dernières s'approvisionnent auprès d'elles » (pt.21 de l'arrêt de la Cour).

⁸⁰⁹ C-159/90 *S.P.U.C. c. Grogan*, 4 octobre 1991, *Rec.*, 1991, p.I-4685.

⁸¹⁰ Cf. *supra*, n°390, 393.

⁸¹¹ C-17/98 *Emesa Sugar*, ordonnance, 4 février 2000, *Rec.*, 2000, p.I-665, pt.15.

⁸¹² *Rec.*, 1991, p.I-4703.

⁸¹³ Cf. *supra*, n°406.

610. – Face à cet argumentaire serré, la *High Court* décida d’interroger la Cour de justice sur la compatibilité, avec le droit communautaire, d’une décision d’interdiction de publication prise à l’encontre des défendeurs. Après avoir considéré que la pratique de l’IVG constituait bel et bien un service au sens de l’article 59 du traité, la CJCE estima toutefois que :

« En ce qui concerne (...) les dispositions de l’article 59 du traité, qui interdisent toute restriction à la libre prestation des services, il apparaît des circonstances de l’espèce au principal que le lien entre l’activité des associations d’étudiants (...) et les interruptions médicales de grossesse pratiquées par les cliniques d’un autre État membre est trop ténu pour que l’interdiction de diffuser des informations puisse être considérée comme une restriction relevant de l’article 59 du traité. [pt 23][En effet,] (...) les informations auxquelles se réfèrent les questions préjudicielles ne sont pas diffusées pour le compte de l’opérateur économique établi dans un autre État membre. Bien au contraire, ces informations constituent une manifestation de la liberté d’expression et d’information, indépendante de l’activité économique exercée par les cliniques établies dans un autre État membre. » [pt.26]

611. – La Cour en conclut que le droit communautaire ne s’opposait pas au prononcé d’une interdiction de publication à l’encontre des associations d’étudiants. Ce faisant, elle évitait de se prononcer sur un délicat problème d’arbitrage entre, d’une part, la libre prestation des services – et la liberté d’expression⁸¹⁴ – et, d’autre part, le droit à la vie de l’enfant à naître.

612. – Dans ses conclusions prononcées quelques mois plus tôt, l’AG van Gerven avait fait preuve de davantage d’audace. Après avoir estimé, à l’inverse de la Cour, que la fourniture d’information par les associations étudiantes constituait bel et bien un service au sens du droit communautaire, il constata que « (...) deux règles découlant de droits fondamentaux entrent ici en conflit : d’une part, la liberté des défendeurs au principal de diffuser des informations, liberté dont nous avons admis (...) qu’elle est une émanation de la liberté de fournir des services que le droit communautaire garantit (...) et, d’autre part, l’interdiction de prêter assistance, par la diffusion d’informations, à des femmes enceintes qui souhaitent se faire avorter, interdiction qui, selon la Supreme Court irlandaise, est une émanation de la protection constitutionnelle de la vie à naître » (pt.25). Nous reviendrons plus loin sur la méthode adoptée par l’avocat général pour résoudre ce « conflit de droits ».

b) La libre prestation des services contre la liberté d’expression (I) – Gouda⁸¹⁵, Commission c. Pays-Bas⁸¹⁶, Veronica⁸¹⁷ et TV10⁸¹⁸

613. – Au début des années 1990, les juges de Luxembourg furent amenés à se pencher à diverses reprises sur la législation néerlandaise en matière de radio- et de télédiffusion – la *Mediawet*. Adoptée dans le but de préserver la caractère non commercial du système radiotélévisé, la *Mediawet* imposait des obligations relativement strictes aux différents opérateurs économiques actifs dans ce domaine. Trois des dispositions de cette loi firent l’objet d’une décision de la Cour de justice.

614. – Les deux premières s’adressaient – principalement ou exclusivement – aux organismes de radiodiffusion établis aux Pays-Bas, c’est-à-dire à « des associations d’auditeurs ou de téléspectateurs constituées dans le but de représenter un courant social, culturel, religieux ou spirituel déterminé, indiqué dans leur statut, et dotées de la personnalité juridique »⁸¹⁹. D’une part, ces organismes étaient obligés d’utiliser le matériel technique (décors, studios d’enregistrement...) de la *Nederlandse Omroepproductie Bedrijf* pour réaliser leurs émissions (art.61). D’autre part, l’article 57 de la *Mediawet* interdisait à ces mêmes organismes de se consacrer à d’autres activités qu’à celles prévues

⁸¹⁴ Nous reviendrons dans la deuxième section de ce chapitre sur les relations d’alliance qui, comme en l’occurrence, peuvent unir les libertés économiques et les droits de l’homme.

⁸¹⁵ C-288/89 *Gouda c. Commissariaat voor de Media*, 25 juillet 1991, *Rec.*, 1991, p.I-4007.

⁸¹⁶ C-353/89 *Commission c. Pays-Bas*, 25 juillet 1991, *Rec.*, 1991, p.I-4069.

⁸¹⁷ C-148/91 *Veronica c. Commissariaat voor de Media*, 3 février 1993, *Rec.*, 1993, p.I-487.

⁸¹⁸ C-23/93 *TV10 c. Commissariaat voor de Media*, 5 octobre 1994, *Rec.*, 1994, p.I-4795.

⁸¹⁹ C-148/91 *Veronica*, arrêt précité, pt.3.

par cette loi ou autorisées par le *Commissariaat voor de Media*. La troisième disposition concernait les gérants de réseaux de télédistribution. Aux termes de l'article 66 de la *Mediawet*, ceux-ci n'étaient autorisés à transmettre les programmes diffusés par câble depuis l'étranger qu'à la condition alternative que ces programmes i) ne contiennent pas de message publicitaire destiné en particulier au public néerlandais ou ii) que lesdits messages publicitaires satisfassent à cinq conditions, relatives notamment à leur durée, à l'identité de leur concepteur et aux jours de leur diffusion.

615. – Le 25 juillet 1991, la Cour de justice se prononça dans les arrêts *Gouda* et *Commission c. Pays-Bas* sur la compatibilité des articles 61 et 66 de la *Mediawet* avec le droit communautaire. Nous reviendrons plus loin sur le verdict qu'elle rendit et sur le raisonnement qu'elle tint pour y parvenir⁸²⁰. Qu'il nous suffise pour l'instant de constater que la Cour reconnut en l'espèce l'existence d'un conflit entre une liberté de circulation et un droit fondamental. Les juges rappelèrent d'abord que des entraves à la libre prestation des services pouvaient surgir de l'application d'une réglementation nationale « (...) à des prestataires établis sur le territoire d'un autre État membre, lesquels doivent déjà satisfaire aux prescriptions de la législation de cet État »⁸²¹. Ils soulignèrent ensuite que ces entraves pouvaient néanmoins être justifiées par une raison impérieuse d'intérêt général. S'alignant sur la position du gouvernement néerlandais, la haute juridiction reconnut que la *Mediawet* poursuivait une politique culturelle, laquelle « peut certes constituer une raison impérieuse d'intérêt général justifiant une restriction à la libre prestation des services. En effet, le maintien du pluralisme qu'entend garantir cette politique néerlandaise est lié à la liberté d'expression, telle qu'elle est protégée par l'article 10 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui figure parmi les droits fondamentaux garantis par l'ordre juridique communautaire »⁸²².

616. – La Cour réitéra ces observations dans les arrêts *Veronica* et *TV10*. La première affaire concernait la validité de l'article 57 de la *Mediawet*. La seconde portait sur une décision du Commissariaat voor de Media visant à prévenir le contournement des obligations imposées par l'article 66 de la *Mediawet*. Après avoir rappelé que les règles relatives à la libre prestation des services étaient bel et bien applicables aux cas d'espèce, la Cour poursuivit en ces mots :

« La *Mediawet* vise à mettre en place un système de radiodiffusion et de télévision à caractère pluraliste et non commercial et s'insère ainsi dans une politique culturelle qui a pour but de sauvegarder, dans le secteur audiovisuel, la liberté d'expression des différentes composantes, notamment sociales, culturelles, religieuses ou philosophiques existant aux Pays-Bas. Il résulte, en outre, [d'arrêts antérieurs] que de tels objectifs de politique culturelle constituent des objectifs d'intérêt général qu'un État membre peut légitimement poursuivre en élaborant le statut de ses propres organismes de radiodiffusion de manière appropriée »⁸²³.

c) La libre circulation des travailleurs contre la liberté d'association – *Bosman*⁸²⁴

617. – L'affaire *Bosman* a déjà fait l'objet d'une description sommaire dans cette étude⁸²⁵. Rappelons simplement qu'elle concernait un joueur professionnel de football de nationalité belge dont l'engagement par divers clubs français avait été compromis en raison de l'application de certaines règles édictées par les instances nationales, européennes et internationales de football. Ces règles subordonnaient notamment le transfert international d'un joueur à la délivrance, par sa fédération nationale, d'un certificat de transfert par lequel ladite fédération « reconnaissait que toutes les obligations financières, y compris une somme éventuelle de transfert, avaient été réglées » (pt.16 de l'arrêt). Certains règlements adoptés au niveau national prévoyaient également une « clause de

⁸²⁰ Cf. *infra*, n°665.

⁸²¹ C-353/89 *Commission c. Pays-Bas*, arrêt précité, pt.16.

⁸²² *Ibidem*, pt.30 ; C-288/89 *Gouda*, arrêt précité, pt.23.

⁸²³ C-148/91 *Veronica*, arrêt précité, pts.9 et 10 ; C-23/93 *TV10*, arrêt précité, pts.18 et 19. Nous soulignons.

⁸²⁴ C-415/93 *Union royale belge de sociétés de football association e.a. c. Bosman e.a.*, 15 décembre 1995, *Rec.*, 1995, p.I-4921.

⁸²⁵ Cf. *supra*, n°482.

nationalité », selon laquelle les clubs affiliés à la fédération se voyaient interdire de recruter ou d'aligner plus d'un nombre déterminé de ressortissants étrangers.

618. – La Cour fut interrogée par voie préjudicielle sur la compatibilité de ces diverses réglementations avec le principe de la libre circulation des travailleurs. La première question auquel il lui appartint de répondre portait sur l'applicabilité de ce principe au règles édictées par des associations sportives. Sur ce point, la haute juridiction rappela que l'exercice d'un sport dans le cadre d'une activité rémunérée relevait bien du champ d'application de la libre circulation des travailleurs et que « [l']application de l'article 48 du traité n'est pas davantage exclue du fait que les règles relatives aux transferts régissent les rapports économiques entre clubs, plutôt que les relations de travail entre clubs et joueurs » (pt.75).

619. – C'est alors que la Cour se heurta à une objection, soulevée par le gouvernement allemand, selon laquelle les fédérations sportives jouissaient de la liberté d'association. Ce droit fondamental leur garantissait une certaine autonomie et les préservait de l'emprise, marquée du sceau de la subsidiarité, des règles de droit communautaire. La Cour reconnut que le principe de la liberté d'association faisait partie des droits fondamentaux protégés dans l'ordre juridique communautaire, mais estima qu'« on ne saurait considérer que les règles édictées par des associations sportives et visées par la juridiction nationale sont nécessaires pour garantir l'exercice de cette liberté par lesdites associations, par les clubs ou par les joueurs, ou qu'elles en constituent une conséquence inéluctable » (pt.80).

620. – Indépendamment de cette réponse de la Cour, on notera que le conflit entre liberté de circulation et droit fondamental prend ici un tour un peu particulier. D'une part, la liberté d'association est invoquée pour protéger non pas un Etat, mais bien des organisations *non étatiques* – les fédérations belge, européenne et internationale de football. L'effet direct horizontal que revêt *in casu* la libre circulation des travailleurs explique cette situation inhabituelle. D'autre part – et corrélativement –, la liberté d'association n'apparaît pas ici comme un motif de dérogation à la liberté de circulation, tiré d'une obligation positive de garantie à charge des Etats. Elle intervient bien plutôt en amont, pour contester l'applicabilité même de la liberté de circulation au cas d'espèce.

d) La libre circulation des marchandises contre la liberté d'expression – *Vereinigte Familiapress*⁸²⁶

621. – Le 29 novembre 1995, la Cour de justice était interrogée par la Cour commerciale de Vienne sur la compatibilité d'une loi autrichienne relative à la concurrence déloyale avec le principe de la libre circulation des marchandises. La loi en question interdisait aux éditeurs de périodiques d'offrir à leurs lecteurs des cadeaux liés à la vente de ces périodiques. En application de cette législation, un éditeur autrichien avait intenté une action en cessation de la vente d'un hebdomadaire allemand qui proposait chaque semaine des mots croisés et des énigmes assortis de la possibilité, pour ceux qui les résolvaient, de gagner une somme d'argent par tirage au sort.

622. – La Cour de justice considéra que, contrairement aux allégations du gouvernement autrichien, la loi mise en cause ne constituait pas une modalité de vente au sens de la jurisprudence *Keck et Mithouard*. « En outre, dès lors qu'elle contraint les opérateurs établis dans d'autres États membres à modifier le contenu du journal, l'interdiction en cause compromet l'accès du produit concerné au marché de l'État membre d'importation et, partant, entrave la libre circulation des marchandises. Elle constitue donc, en principe, une mesure d'effet équivalent au sens de l'article 30 [aujourd'hui 28] du traité » (pt.12).

623. – À ces considérations, la Commission et l'Etat autrichien rétorquèrent qu'en toute hypothèse, l'interdiction édictée par la législation litigieuse avait pour but de maintenir le pluralisme de la presse. La concurrence agressive que se livraient les éditeurs de presse sur le marché autrichien avait incité le législateur à protéger les opérateurs les plus faibles, incapables de rivaliser avec les techniques de

⁸²⁶ C-368/95 *Vereinigte Familiapress c. Heinrich Bauer Verlag*, 26 juin 1997, *Rec.*, 1997, p.I-3689.

marketing des groupes de presse plus importants. En plaçant tous les concurrents sur un pied d'égalité, l'interdiction de distribuer des prix ou des cadeaux liés à la vente de périodiques entendait maintenir une saine compétition et garantir le pluralisme de la presse.

624. – Confrontée à cet argumentaire, la Cour reconnut le bien-fondé d'une telle politique. Elle estima que le maintien du pluralisme de la presse pouvait constituer une exigence impérative d'intérêt général – et justifier une dérogation à la libre circulation – dès lors que « (...) ce pluralisme contribue à la sauvegarde de la liberté d'expression, telle qu'elle est protégée par l'article 10 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, laquelle liberté figure parmi les droits fondamentaux garantis par l'ordre juridique communautaire » (pt.18). La Cour reconnaissait ainsi l'existence d'un conflit entre une liberté de circulation et la protection d'un droit fondamental⁸²⁷, et allait confier son arbitrage à la juridiction de renvoi⁸²⁸.

e) La libre circulation des marchandises contre la liberté de réunion – *Eugen Schmidberger*⁸²⁹

625. – Aujourd'hui bien connue, l'affaire *Schmidberger* concernait le blocage de l'autoroute du Brenner – laquelle relie l'Autriche à l'Italie par les Alpes – qu'avait causé le rassemblement d'un groupe écologiste. Une trentaine d'heures durant, l'association *Transitforum Austria Tirol* avait manifesté sur l'autoroute afin d'attirer l'attention du public sur les dégâts environnementaux générés par l'intense circulation de poids lourds dans cette région sensible des Alpes. Suite à cet événement qui avait entraîné l'immobilisation de nombreux poids lourds, une société allemande de transports avait introduit une action en dommages et intérêts contre l'Etat autrichien. Elle reprochait à ce dernier sa passivité et prétendait qu'en s'abstenant d'interdire la manifestation écologiste, les autorités autrichiennes avaient violé le principe de la libre circulation des marchandises.

626. – Interrogés par voie préjudicielle, les juges de Luxembourg suivirent dans un premier temps le raisonnement de la société de transport. Ils considérèrent qu'en autorisant – implicitement – le blocage complet d'une artère essentielle au transport des marchandises à travers l'Europe, les autorités autrichiennes avaient adopté une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative et avaient, à première vue, violé leurs obligations communautaires. Le principe de coopération loyale consacré à l'article 10 CE (ex-article 5) imposait en effet aux Etats membres de prendre des mesures positives de nature à garantir l'exercice effectif des libertés de circulation.

627. – La Cour n'en resta toutefois pas là. Se penchant sur l'existence d'une éventuelle justification à cette entrave, elle souligna que la passivité des autorités autrichiennes avait été inspirée par le souci de respecter la liberté d'expression et de réunion de l'association *Transitforum Austria Tirol*. Après avoir rappelé la place qu'occupaient ces droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire, la Cour s'exprima en des termes particulièrement forts :

« Le respect des droits fondamentaux s'imposant ainsi tant à la Communauté qu'à ses États membres, la protection desdits droits constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le traité telle que la libre circulation des marchandises. (...)

En l'occurrence, les autorités nationales se sont fondées sur la nécessité de respecter des droits fondamentaux garantis tant par la CEDH que par la Constitution de l'État membre concerné pour permettre qu'une limitation soit apportée à l'une des libertés fondamentales consacrées par le traité.

La présente affaire soulève ainsi la question de la conciliation nécessaire des exigences de la protection des droits fondamentaux dans la Communauté avec celles découlant d'une liberté

⁸²⁷ Qui se double d'une alliance entre les deux. Cf. *infra*, n°840.

⁸²⁸ Sur le raisonnement de la Cour dans l'affaire *Familiapress*, cf. *infra*, n°666.

⁸²⁹ C-112/00 *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c Republik Österreich*, 12 juin 2003, *Rec.*, 2003, p.I-5659.

fondamentale consacrée par le traité et, plus particulièrement, la question de la portée respective des libertés d'expression et de réunion, garanties par les articles 10 et 11 de la CEDH, et de la libre circulation des marchandises, lorsque les premières sont invoquées en tant que justification d'une restriction à la seconde ». (pts.74, 76 et 77).

628. – Nous verrons plus loin quelles conséquences pratiques la Cour tira de ces affirmations inédites⁸³⁰. Pour ne pas faire inutilement durer le suspense, notons d'ores et déjà que l'inaction des autorités autrichiennes fut déclarée compatible avec le droit communautaire.

f) La libre prestation des services contre la dignité humaine – *Omega*⁸³¹

629. – L'affaire *Omega* constitue une autre illustration bien connue d'un conflit explicite entre une liberté de circulation et un droit fondamental. Saisie sur question préjudicielle, la Cour était invitée à se prononcer sur la validité, au regard du droit communautaire, d'un arrêté pris par l'autorité de police de Bonn à l'encontre de la société Omega. Celle-ci s'occupait notamment d'organiser un jeu consistant à tuer – fictivement, bien entendu – ses adversaires au moyen de fausses mitraillettes émettant un rayon laser. Elle opérait sous un contrat de franchise avec une société de droit anglais – la société Pulsar – qui exploitait des jeux similaires au Royaume-Uni. Les inquiétudes exprimées par la population locale à l'annonce de l'organisation de tels loisirs poussèrent l'autorité de police de Bonn à interdire à la société Omega « de permettre ou de tolérer dans son (...) établissement des jeux ayant pour objet de tirer sur des cibles humaines au moyen d'un rayon laser ou d'autres installations techniques (par exemple infrarouge), donc, en enregistrant les tirs ayant atteint leur cible, de 'jouer à tuer' des personnes » (cité au pt.5 de l'arrêt).

630. – La Cour considéra qu'en prohibant la commercialisation d'un jeu développé en toute légalité au Royaume-Uni par la société Pulsar, l'arrêt litigieux emportait une restriction à la libre prestation des services. Elle poursuivit toutefois en rappelant que de telles atteintes pouvaient être justifiées par des raisons d'ordre public et que l'étendue de ce dernier était susceptible de varier d'un Etat membre à l'autre. La Cour constata à cet égard que le jeu organisé par Omega avait été jugé contraire à l'ordre public dans la mesure où il portait « atteinte à une valeur fondamentale consacrée par la constitution nationale, à savoir la dignité humaine » (pt.32). Après avoir observé qu'à l'instar des autres droits fondamentaux, la dignité humaine faisait partie des principes généraux du droit communautaire, la Cour rappela que la protection desdits droits était en principe de nature à légitimer une atteinte à une liberté de circulation, et conclut à la proportionnalité de la mesure nationale⁸³².

g) La liberté d'établissement et la libre prestation des services contre le droit d'actions collectives – *Viking*⁸³³ et *Laval*⁸³⁴

631. – Deux affaires ont conduit la Cour de justice à arbitrer un conflit entre le droit à la libre circulation d'une entreprise et le droit d'actions collectives de syndicats de travailleurs⁸³⁵.

632. – Dans l'affaire *Viking*, la société du même nom contestait la légalité des actions collectives menées à son encontre par des syndicats d'ouvriers. Entreprise finlandaise consacrée à l'exploitation d'un service de ferry sur la mer baltique, Viking souffrait de la concurrence des compagnies estoniennes. Profitant de la « clémence » de la législation sociale de leur pays d'établissement, celles-ci disposaient en effet d'une main d'œuvre bon marché qui leur permettait de pratiquer des prix peu

⁸³⁰ Cf. *infra*, n°685-695.

⁸³¹ C-36/02 *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellung GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, 14 octobre 2004, *Rec.*, 2004, p.I-6911.

⁸³² Pour un commentaire plus détaillé du raisonnement de la Cour, cf. *infra*, n°675-684, 692-696.

⁸³³ C-438/05 *ITWF e.a. c. Viking*, 11 décembre 2007, non encore publié au Recueil.

⁸³⁴ C-341/05 *Laval un Partneri*, 18 décembre 2007, non encore publié au Recueil.

⁸³⁵ Avant même que la Cour rende ses arrêts, différents auteurs ont discuté des enjeux, pratiques et théoriques, sous-jacents à ces affaires : cf. F. DORSEMONT, T. JASPERS, « Collectieve actie en vrij verkeer », *N.J.W.*, 2007, p.2-14 ; B. BERCUSSON, « The Trade Union Movement and the European Union : Judgment Day », *E.L.J.*, 2007, p.279-308.

élevés. Alors qu'elle envisageait d'enregistrer l'un de ses navires sous pavillon estonien afin de profiter elle aussi de conditions sociales plus avantageuses, la société Viking se heurta à l'opposition de la FSU – un syndicat de marins finlandais –, bientôt relayée par ITF – la fédération internationale de syndicats d'ouvriers employés dans le monde des transports. Ces syndicats entreprirent des actions de grève et de boycott à l'encontre de la société Viking afin de la forcer à renoncer à son projet d'enregistrement d'un de ses navires sous pavillon estonien.

633. – L'affaire *Laval* concernait quant à elle un litige entre une société de droit letton (Laval) et le syndicat suédois des travailleurs du bâtiment. Le premier contestait la légalité, au regard de la libre prestation des services, des actions de grèves et de blocus intentées à son encontre par le second. Entre les mois de mai et de décembre 2004, Laval avait détaché 35 travailleurs lettons auprès de sa filiale suédoise pour l'exécution d'un contrat de construction. En l'absence de législation suédoise fixant un salaire minimum pour les ouvriers, le syndicat suédois et la société Laval entamèrent des négociations collectives visant, d'une part à faire adhérer Laval à la convention collective du bâtiment en vigueur en Suède, et d'autre part, à convenir d'un salaire minimum à payer aux ouvriers lettons. Les négociations n'ayant pas abouti, le syndicat suédois entreprit des actions collectives consistant notamment « (...) à empêcher la livraison de marchandises sur le chantiers, à mettre en place des piquets de grève et à interdire l'entrée du chantier aux travailleurs lettons » (pt.34)

634. – Saisie sur question préjudicielle, la Cour tint peu ou prou le même raisonnement dans les deux affaires. Elle constata d'abord l'existence d'une restriction à la liberté d'établissement de la société Viking, consacrée à l'article 43 CE, et à la libre prestation des services de la société Laval, reconnue à l'article 49 CE. Estimant néanmoins que le droit de mener une action collective – en ce compris le droit de grève – devait « (...) être reconnu en tant que droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect » (pt.44 *Viking* ; pt.91 *Laval*), la Cour considéra que « (...) le droit de mener une action collective qui a pour but la protection des travailleurs constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction à l'une des libertés fondamentales garanties par le traité » (pt.77 *Viking* ; pt.103 *Laval*). Elle poursuivit en soulignant que « [l]a Communauté ayant (...) non seulement une finalité économique, mais également une finalité sociale, les droits résultant des dispositions du traité relatives à la libre circulation (...) doivent être mis en balance avec les objectifs poursuivis par la politique sociale » (pt.79 *Viking* ; pt.105 *Laval*).

635. – Dans l'affaire *Viking*, elle laissa au juge *a quo* le soin d'opérer cette mise en balance en le chargeant de vérifier la proportionnalité de l'atteinte causée à la liberté d'établissement de Viking. Dans l'affaire *Laval* en revanche, la Cour jugea elle-même les actions collectives incompatibles avec la libre prestation des services, au motif que les restrictions qu'elles emportaient ne répondaient pas au souci de protéger les travailleurs étrangers et que les discriminations qu'elles instaurent – entre entreprises nationales et étrangères – n'étaient pas dictées par des motifs liés à l'ordre public, à la sécurité publique ou à la santé publique.

h) La libre prestation des services contre la liberté d'expression (II) – *United Pan-Europe*⁸³⁶

636. – Quinze ans après les affaires relatives à la *Mediawet*, la Cour de justice fut à nouveau saisie d'un litige opposant la libre prestation des services à la liberté d'expression. En l'espèce, des opérateurs économiques autorisés à exploiter de réseaux de télédistribution dans la région de Bruxelles-Capitale contestaient la validité d'une mesure nationale qui leur imposait d'inclure certaines chaînes nommément désignées – publiques et privées, francophones et néerlandophones – dans l'éventail des programmes offerts à leurs clients. Cette réglementation visait à « (...) préserver le caractère pluraliste et culturel de l'offre des programmes sur les réseaux de télédistribution et [à] garantir l'accès de tous les téléspectateurs au pluralisme et à la diversité des programmes, en

⁸³⁶ C-250/06 *United Pan-Europe Communications Belgium*, 13 décembre 2007, non encore publié au Recueil.

particulier en assurant aux citoyens belges de la région bilingue de Bruxelles-Capitale qu'ils ne seront pas privés de l'accès à l'information locale et nationale ou à leur culture » (pt.40). Les requérants mettaient en doute la compatibilité de ce régime du « *must carry* » avec la libre prestation des services dès lors que cette législation favorisait – en leur garantissant la meilleure distribution possible – les organismes de radiodiffusion belges sur leurs concurrents étrangers.

637. – Saisie sur question préjudicielle par le Conseil d'Etat de Belgique, la Cour de justice constata l'existence d'une entrave à la libre prestation des services. Elle reconnut cependant que le régime du « *must carry* » paraissait dicté par une exigence impérative d'intérêt général. « En effet, le maintien du pluralisme qu'entend garantir cette politique est lié à la liberté d'expression (...), cette liberté figurant parmi les droits fondamentaux garantis par l'ordre juridique communautaire » (pt.41). Face à ce conflit entre libre circulation et liberté d'expression⁸³⁷, la Cour confia au juge national l'examen de la proportionnalité de la réglementation mise en cause⁸³⁸.

i) La libre circulation des marchandises contre les droits de l'enfant – *Dynamic Medien*⁸³⁹

638. – La dernière affaire en date opposant une liberté de circulation à un droit fondamental n'a pas encore donné lieu à un arrêt de la Cour de justice. Elle concerne la validité, au regard de la libre circulation des marchandises, d'une réglementation allemande interdisant la vente par correspondance de vidéogrammes n'ayant pas fait l'objet, par l'organisme compétent en Allemagne, d'un contrôle et d'une classification aux fins de la protection des mineurs. Les requérants considèrent qu'une telle réglementation impose des coûts supplémentaires aux opérateurs économiques étrangers, lesquels doivent déjà soumettre leurs vidéogrammes à une procédure de contrôle dans leur Etats membre d'origine. En ce sens, poursuivent-ils, la législation allemande constitue une atteinte à la libre circulation des marchandises.

639. – Les défendeurs contestent l'existence même d'une atteinte à la libre circulation en s'appuyant sur la jurisprudence *Keck et Mithouard*⁸⁴⁰. En tout état de cause, estiment-ils, quand bien même pareille atteinte serait constatée, elle n'en demeurerait pas moins justifiée au regard de l'exigence impérative d'intérêt général que constitue la protection des mineurs. Le gouvernement allemand « (...) a ajouté que la protection des mineurs est étroitement liée à la garantie du respect de la dignité humaine – qui constituerait un principe général du droit communautaire (...) » (pt.70 des conclusions de l'avocat général). La Convention internationale relative aux droits de l'enfant est également invoquée en relation avec la législation allemande.

640. – Dans ce conflit entre libre circulation des marchandises et droits de l'enfant⁸⁴¹, l'avocat général a pris fait et cause pour le gouvernement allemand⁸⁴². Reste à voir si la Cour le suivra.

§2. Les conflits manqués

641. – Il n'est guère aisé de débusquer les « conflits manqués » dans la jurisprudence de la Cour de justice. Leur existence n'apparaît en effet qu'au terme d'une double étape ; d'une part, l'identification des droits fondamentaux qui ont été reconnus comme tels par le juge communautaire ; d'autre part, la découverte d'arrêts qui méconnaissent – consciemment ou non – la présence de ces mêmes droits fondamentaux dans la situation dont ils traitent. Face à cette difficulté, les pages qui suivent sont volontairement sélectives. Elles se cantonnent à l'analyse de certains conflits manqués opposant les

⁸³⁷ Qui se double également d'une alliance entre les deux. Cf. *infra*, n°840.

⁸³⁸ Le raisonnement de la Cour est décrit et analysé plus avant *infra*, n°668 et 696.

⁸³⁹ C-244/06 *Dynamic Medien*, conclusions du 13 septembre 2007, non encore publié au Recueil.

⁸⁴⁰ Sur cette jurisprudence, cf. *supra*, n°476-477 et *infra*, n°699-702.

⁸⁴¹ Qui se double également d'une alliance entre les deux. Cf. *infra*, n°840.

⁸⁴² Pour une analyse de son raisonnement, cf. *infra*, n°678-679.

libertés de circulation à la liberté d'expression d'une part (a), et au droit à la propriété intellectuelle d'autre part (b).

a) La liberté d'expression

642. – Les « conflits explicites » évoqués plus haut nous ont appris que la liberté d'expression fait partie des droits fondamentaux reconnus par la Cour de justice. Il arrive toutefois que les juges communautaires manquent d'apercevoir, derrière l'exception invoquée par un Etat, une manifestation de ce droit de l'homme. Nous nous contenterons d'évoquer deux exemples pour étayer notre propos⁸⁴³.

643. – Dans l'affaire *Cinéthèque*⁸⁴⁴, la Cour de Luxembourg fut amenée à se pencher sur la compatibilité d'une législation française avec le principe de libre circulation des marchandises. La législation en question imposait un délai de six à dix-huit mois entre la première diffusion d'une œuvre dans une salle de cinéma et son exploitation sous forme de vidéocassettes ou de vidéodisques. Les requérants estimaient qu'un tel régime avait pour effet d'entraver les importations et la commercialisation des vidéocassettes en provenance des autres Etats membres. Le gouvernement français et la fédération nationale des cinémas français faisaient valoir qu'en toute hypothèse, la mesure mise en cause poursuivait un objectif légitime. En retardant la vente de films sur supports vidéo, elle entendait assurer la rentabilité de l'industrie cinématographique et, partant, protéger le cinéma « en tant qu'expression culturelle » (pt.15). En effet, « un tel dispositif serait nécessaire pour garantir le maintien de la création d'œuvre cinématographiques, étant donné que leur exploitation en salle produit l'essentiel des revenus (80%), les recettes provenant d'autres formes d'exploitation étant très réduites. La représentation en salle serait donc la condition essentielle à la rentabilité des activités cinématographiques et, par conséquent, à la production même des films » (pt.16).

644. – La Cour reconnut la légitimité de l'objectif poursuivi par la mesure au regard du droit communautaire. Elle omit toutefois de faire le lien entre la réalisation de cet objectif – encourager la création d'œuvres cinématographiques – et la promotion du droit à la liberté d'expression – ce qui ne l'empêcha pas de considérer que la réglementation française échappait au champ d'application du principe de libre circulation des marchandises. À la décharge de la Cour, on rappellera toutefois qu'à l'époque où elle rendit son arrêt, la théorie des obligations positives était encore balbutiante à Strasbourg, et l'article 10 CSDH n'y avait pas encore été appliqué aux œuvres cinématographiques⁸⁴⁵.

645. – La deuxième affaire⁸⁴⁶ nous ramène au paysage audio-visuel néerlandais, quelques années avant que n'éclate la kyrielle de litiges examinés plus haut. A l'origine du contentieux se trouvait l'ancêtre de la *Mediawet*, un arrêté ministériel dénommé « *Kabelregeling* ». Celui-ci n'autorisait la diffusion de programmes télévisés émis depuis l'étranger qu'à la double condition qu'ils ne contiennent pas de messages publicitaires spécialement adressés au public néerlandais et qu'ils ne comportent pas de sous-titres en néerlandais. L'objectif de la mesure était d'éviter une concurrence déloyale aux opérateurs télévisés néerlandais, lesquels ne pouvaient émettre des messages publicitaires qu'à des conditions très strictes. Ce régime entendait maintenir et assurer le caractère pluraliste et non commercial du paysage audio-visuel néerlandais.

646. – La Cour considéra qu'une telle réglementation portait atteinte à la libre prestation des services. Contrairement à ce qu'elle dirait plus tard de la *Mediawet*, la Cour ne considéra pas qu'en préservant le pluralisme des médias, la réglementation néerlandaise contribuait à la promotion de la liberté d'expression. Elle se limita à constater que, contrairement à ce que prétendait le gouvernement néerlandais, les restrictions contenues dans la *Kabelregeling* n'étaient « pas susceptibles d'être

⁸⁴³ On aurait pu en choisir d'autres. Cf. par exemple aff. 52/79 *Procureur du Roi c. Marc J.V.C. Debaue et autres*, 18 mars 1980, *Rec.*, 1980, p.833, et, dans une moindre mesure à l'égard de la liberté de manifestation, C-265/95, *Commission c. France*, 9 décembre 1997, *Rec.*, 1997, p. I-6959.

⁸⁴⁴ Aff. 60/84 *Cinéthèque c. Fédération nationale des cinémas français*, 11 juillet 1985, *Rec.*, 1985, p.2605.

⁸⁴⁵ Depuis lors, cf. e.a. les affaires *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, 20 septembre 1994, pt.43 ; *Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 novembre 1996, pt.36.

⁸⁴⁶ Aff. 352/85 *Bond van Adverteerders c. Pays-Bas*, 26 avril 1988, *Rec.*, 1988, p.2085.

justifiées par des raisons d'ordre public au sens de l'article 56 du traité » (pt.39), et devaient dès lors être jugées incompatibles avec le principe de libre prestation des services.

b) Le droit de propriété intellectuelle

647. – La protection des droits de propriété intellectuelle préoccupait déjà les rédacteurs du traité de Rome. Ceux-ci n'ignoraient pas que la logique territoriale propre aux droits intellectuels entrerait tôt ou tard en conflit avec la dynamique européenne de l'intégration économique. En conférant à l'inventeur, au créateur ou au producteur un monopole d'exploitation sur le fruit de son travail, les régimes nationaux de propriété intellectuelle lui donnaient le pouvoir de rétablir des frontières artificielles au sein du marché intérieur.

648. – Le souci d'encourager le développement scientifique et économique au sein des Communautés européennes conduisit toutefois les pères fondateurs à ériger la protection de la propriété industrielle et commerciale au rang d'exception à la libre circulation des marchandises. En concordance avec l'article 295 CE⁸⁴⁷ (ex-article 222), l'article 30 CE (ex-article 36) assurait ainsi l'invulnérabilité des législations nationales garantissant la protection des droits intellectuels.

649. – La jurisprudence communautaire relative à la propriété industrielle – brevets, marques, droits d'auteur – est aussi foisonnante que complexe. Il n'est pas question ici d'en faire le tour ni même d'en présenter un bref aperçu. Pour notre propos, il suffira de constater que jamais les oppositions entre une liberté de circulation et un droit intellectuel n'ont été expressément considérées comme des conflits de droits *fondamentaux* par les juridictions communautaires. La jurisprudence relative au principe de l'épuisement communautaire et à la théorie de l'« objet essentiel » paraît tout au contraire s'appuyer sur une conception très « positiviste » des droits de propriété intellectuelle, ramenant ceux-ci à de « simples » droits *subjectifs* dont l'existence et la protection demeurent totalement dépendantes des droits nationaux.

650. – Si elle n'est en rien critiquable, cette conception contraste singulièrement avec une prise de position récente de la Cour de justice. Dans un arrêt *Laserdisken*⁸⁴⁸ sur lequel nous aurons l'occasion de revenir, la Cour a en effet reconnu pour la première fois que le droit de propriété intellectuelle faisait partie du droit de propriété (pt.65), lequel « constitue un droit fondamental dont le juge assure le respect » (pt.62). Cette entreprise de « droit-de-l'hommes » de la propriété intellectuelle n'est certes pas nouvelle. L'article 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques avaient déjà jeté les bases de cette consécration. L'article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est récemment venu confirmer cette tendance, qui suscite l'intérêt croissant de la doctrine⁸⁴⁹. Enfin, la Cour européenne des droits de l'homme a elle-même déclaré que la propriété intellectuelle bénéficie de la protection de l'article 1 du Protocole n°1 à la Convention européenne des droits de l'homme⁸⁵⁰.

651. – Si elle n'est pas exempte de controverses, cette élévation des droits intellectuels au rang de droits fondamentaux par la Cour de justice nous conduit à jeter un regard très différent sur les arrêts

⁸⁴⁷ « Le présent traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les Etats membres ».

⁸⁴⁸ C-479/04 *Laserdisken*, 12 septembre 2006, *Rec.*, 2006, p.I-8089.

⁸⁴⁹ Cf. e.a. A. CHAPMAN, « A Human Rights Perspective on Intellectual Property, Scientific Progress, and Access to the Benefits of Science », in WIPO (ed.), *Human Rights and Intellectual Property : An Overview*, 1999, disponible sur www.wipo.int/tk/en ; A. CHAPMAN, « Approaching Intellectual Property as a Human Right: Obligations related to Article 15(1)(c) », *United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, 24th session, Geneva, 2000 ; P. DRAHOS, « The Universality of Intellectual Property Rights: Origins and Development », in WIPO (ed.), *Human Rights and Intellectual Property : An Overview*, 1999, disponible sur www.wipo.int/tk/en ; L.R. HELFER, « Human Rights and Intellectual Property: Conflict or Coexistence ? », *M.I.P.R.*, 2003, vol.47, disponible sur www.mipr.umn.edu/archive/v5n/Helfer.pdf ; P. TORREMANS, « Copyright as a Human Right », in P. TORREMANS (ed.), *Copyright and Human Rights*, 2004, p.1-20.

⁸⁵⁰ C.E.D.H., arrêts *Anhauser-Busch c. Portugal* des 11 octobre 2005 (2^{ème} section) et 11 janvier 2007 (gde chambre).

rendus dans ce domaine par les juridictions communautaires. Ce « coup d'œil dans le rétroviseur » fait apparaître de nombreux « conflits manqués », et force à s'interroger sur les éventuels revirements jurisprudentiels que devrait induire, en toute cohérence, cet « anoblissement » de la propriété intellectuelle.

§3. *Les conflits potentiels*

652. – A lire la Charte des droits fondamentaux, nombreuses sont les exceptions qui, parmi celles traditionnellement soulevées par les Etats pour déroger à une liberté de circulation, peuvent en réalité prétendre au statut de droits de l'homme. Nous nous contenterons d'en relever trois exemples, dérivés du titre IV de la Charte, consacré à la « Solidarité ».

653. – L'Union européenne reconnaît désormais les droits « sociaux » fondamentaux des travailleurs. Au nombre de ceux-ci figurent notamment le droit de négociation et d'actions collectives (art. 28), le droit à une protection en cas de licenciement injustifié (art.30), le droit à des conditions de travail justes et équitables (art.31), et « le droit d'accès aux prestations de sécurité sociale (...) dans des cas tels que la maternité, la maladie, les accidents du travail (...) ainsi qu'en cas de perte d'emploi (...) » (art.34).

654. – Régulièrement porté devant la Cour de justice, le contentieux du détachement des travailleurs permet de mesurer la pression qu'est susceptible d'exercer la libre prestation des services sur les systèmes nationaux de protection des travailleurs⁸⁵¹. Il n'est en effet pas rare que des entreprises implantées dans des Etats membres où la main d'œuvre salariale est peu coûteuse envoient leurs employés travailler, à titre temporaire, pour une entreprise établie sur le territoire d'un autre Etat membre. Cette manœuvre permet de contourner les législations sociales de l'Etat membre d'accueil en y employant des personnes étrangères, dont le statut est réglé par le régime en vigueur dans l'Etat d'origine. Afin de lutter contre cette forme de « dumping social »⁸⁵², de nombreuses législations nationales imposent des obligations à charge des entreprises qui emploient des travailleurs « détachés ».

655. – La validité de ces législations « anti-abus » au regard du droit communautaire a fait – et fait encore – l'objet de nombreuses questions préjudicielles devant la Cour de justice. Sans surprises, celle-ci estime généralement que de telles réglementations constituent une entrave à la libre prestation des services, laquelle exige « la suppression de toute restriction, même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres Etats membres, lorsqu'elle est de nature à prohiber, à gêner ou à rendre moins attrayantes les activités du prestataire établi dans un autre Etat membre, où il fournit légalement des services analogues »⁸⁵³. Cependant, poursuit invariablement la Cour, de telles restrictions peuvent néanmoins être justifiées au regard du droit communautaire dès lors qu'elles répondent à une raison impérieuse d'intérêt général. Dans la foulée, la haute juridiction souligne que la protection et le bien-être des travailleurs constituent un objectif légitime susceptible de justifier une dérogation à la libre prestation des services⁸⁵⁴.

⁸⁵¹ Sur ce sujet, cf. e.a. P. DAVIES, « Posted Workers : Single Market or Protection of National Labour Law Systems ? », *C.M.L.R.*, 1997, vol.34, p.571-602 ; ID., « The Posted Workers Directive and the EC Treaty », *Industrial Law Journal*, 2002, vol.31, n°3, p.298-306. Ce domaine est aujourd'hui largement réglé par la directive 96/71 CE, *J.O.*, 21 janvier 1997, n°18, L/1-6.

⁸⁵² Sur cette notion, cf. O. DE SCHUTTER, « L'Union européenne et les droits sociaux », in M. CANDELA SORIANO (dir.), *Les droits de l'homme dans les politiques de l'Union européenne*, 2006, p.107-134, spéc. p.117, note n°23.

⁸⁵³ Cf. e.a. C-168/04 *Commission c. Autriche*, 21 septembre 2006, *Rec.*, p.I-9041, pt.36.

⁸⁵⁴ Cf. déjà aff. 279/80 *Webb*, 17 décembre 1981, *Rec.*, 1981, p.3305 ; C-369 et C-376/96 *Arblade*, 23 novembre 1999, *Rec.*, 1999, p.I-8453, pt.36 ; C-49/98 *Finalarte*, 25 octobre 2001, *Rec.*, p.I-7831, pt.33.

656. – On notera que jamais à notre connaissance, la Cour n’a considéré que l’objectif de protection des travailleurs se rapportait au respect des droits fondamentaux de ces derniers⁸⁵⁵. On objectera peut-être qu’en préservant leurs travailleurs d’une concurrence « déloyale », les Etats membres d’accueil cherchent en réalité à garantir la prospérité de leur industrie nationale et non à prévenir d’éventuelles atteintes aux droits sociaux fondamentaux de leurs citoyens. Il convient toutefois de rappeler que depuis l’arrêt *Finalarte*⁸⁵⁶, seule la protection des travailleurs *détachés* – par opposition aux travailleurs locaux – constitue un objectif légitime aux yeux de la Cour de justice. Quelle que soit la sincérité des Etats qui s’en prévalent, force est de reconnaître que cette justification reflète le principe de solidarité si cher aux auteurs de la Charte des droits fondamentaux. Et il n’est pas absurde de considérer qu’en contraignant les entreprises établies sur leur territoire à octroyer aux travailleurs détachés un salaire minimum⁸⁵⁷ ou des congés payés⁸⁵⁸, les Etats membres contribuent à la promotion des droits sociaux fondamentaux⁸⁵⁹.

657. – Ces développements jurisprudentiels ne sont pas sans lien avec notre second exemple d’alliance « potentielle ». Depuis quelques années, la Cour de justice considère que la fourniture de soins de santé constitue un service au sens de l’article 49 CE⁸⁶⁰. Il en résulte qu’est *a priori* incompatible avec le droit communautaire, toute mesure, adoptée par un Etat membre, qui a pour effet de dissuader une personne résidant sur le territoire de cet Etat de se rendre à l’étranger afin de s’y faire soigner. Cette jurisprudence, qui a largement permis de court-circuiter les limites imposées par le droit dérivé, s’est rapidement avérée menaçante pour les systèmes nationaux de sécurité sociale. En s’opposant – du moins *prima facie* – à ce que les Etats subordonnent à une autorisation préalable le remboursement de soins de santé reçus dans un autre Etat membre, la libre prestation des services mettait en péril la stabilité des politiques sociales menées au niveau national⁸⁶¹.

658. – La Cour s’est bien évidemment avisée des excès auxquels pouvait mener, dans ce domaine, une intégration économique négative trop vigoureuse. Elle a par conséquent autorisé les Etats à introduire certaines restrictions au remboursement de traitements médicaux reçus dans un autre Etat de l’Union européenne. Les procédures d’autorisation préalable ont ainsi pu perdurer, à tout le moins dans certains domaines et moyennant certaines conditions. Ce qu’il convient d’observer ici, ce sont les motifs d’intérêt général avancés par les Etats – et acceptés par la Cour – pour justifier de telles restrictions. Alors qu’ils auraient pu se prévaloir de la nécessité de protéger les droits sociaux fondamentaux de leurs ressortissants, les gouvernements nationaux évitent le recours au « discours des droits ». Ils invoquent plutôt la protection de la santé publique⁸⁶² – raison expresse d’intérêt général prévue à l’article 46 CE – et le « risque d’une atteinte grave à l’équilibre financier du système de

⁸⁵⁵ Cf. en revanche les conclusions de l’AG Tizzano du 8 février 2001 dans l’affaire C-173/99 *BECTU* (*Rec.*, 1999, p.I-4881) affirmant l’existence d’un droit fondamental au congé annuel payé (pts.22-28).

⁸⁵⁶ Cf. *supra*, n°655.

⁸⁵⁷ Cf. e.a. C-369/96 et C-376/96 *Arblade*, précité ; C-165/98 *Mazzoleni*, 15 mars 2001, *Rec.*, 2001, p.I-2189 ; C-164/99 *Portugaia Construções*, 24 janvier 2002, *Rec.*, 2002, p.I-787.

⁸⁵⁸ Cf. e.a. l’arrêt *Finalarte* précité.

⁸⁵⁹ Dans des arrêts plus récents, la Cour a reconnu que l’application de la législation de l’Etat d’accueil pouvait également être directement justifiée par le souci d’éviter une « concurrence déloyale » (cf. C-60/03 *Wolff & Müller*, 12 octobre 2004, *Rec.*, 2004, p.I-9553, pts.41-42). Elle s’est du reste résolue à utiliser les termes de « dumping social » dans l’affaire C-244/04 *Commission c. Allemagne*, 19 janvier 2006, *Rec.*, 2006, p.I-885. *Adde* : Conclusions de l’AG Bot présentées le 20 septembre 2007 dans l’affaire C-346/06 *Dirk Rüffert*, non encore publiées au Recueil, pt.108 : « [La Cour] a indiqué qu’il n’y avait pas nécessairement une contradiction entre l’objectif tendant à préserver une concurrence loyale, d’une part, et celui visant à assurer la protection des travailleurs, d’autre part ». Sur tout ceci, cf. J. MISCHO, « Libre circulation des services et dumping social », in *Mélanges en l’honneur de Philippe Léger*, 2006, p.435-443.

⁸⁶⁰ Cf.e.a. l’arrêt *Grogan* précité, pt.18 ; C-158/96 *Kohll*, 28 avril 1998, *Rec.*, 1998, p.I-1931, pt.29 ; C-372/04 *Watts*, 16 mai 2006, *Rec.*, 2006, p.I-4325.

⁸⁶¹ Pour un compte-rendu de cette jurisprudence à la fois complexe et foisonnante, cf. e.a. V. HATZOPOULOS, « Health Law and Policy : The Impact of the EU », in G. DE BURCA (ed.), *EU Law and the Welfare State*, 2005, p.111-168 ; A-C. SIMON, « La mobilité des patients en droit européen », in P. NIHOUL, A-C. SIMON (dir.), *L’Europe et les soins de santé*, 2005, p.145-186 ; A. VAN DER MEI, *Free Movement of Persons Within the European Community*, 2003, spéc. p.221-318.

⁸⁶² Cf. e.a. les arrêts *Kohll* précité, pt.50 ; C-157/99 *Smits et Peerbooms*, 2 juillet 2001, *Rec.*, 2001, p.I-5473, pt.73 ; C-385/99 *Müller-Fauré et Van Riet*, 13 mai 2003, *Rec.*, 2003, p.I-4509, pt.67.

sécurité sociale »⁸⁶³. La Cour omet elle aussi d'établir un lien explicite entre ces objectifs d'intérêt général et les droits et principes garantis par la Charte des droits fondamentaux.

659. – Notre dernier exemple a trait à la protection de la santé et à la préservation de l'environnement, respectivement consacrées aux articles 35 et 37 de la Charte. Les objectifs de santé publique et les politiques environnementales sont régulièrement invoqués devant la Cour de justice pour faire barrage aux impératifs de la libre circulation. Ils s'autorisent du libellé de l'article 30 CE qui cite, au nombre des dérogations expresses à la liberté de circulation, « la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux [et la] préservation des végétaux ».

660. – En dépit de cette double consécration textuelle, la Cour de justice n'a jamais expressément élevé la protection de l'environnement et/ou de la santé publique au rang de droit fondamental. Plus étrange encore, quoiqu'inscrite dans le traité CE, la protection de la santé a parfois été « ravalée » au statut de raison impérative d'intérêt général⁸⁶⁴. La jurisprudence de la Cour n'est guère plus rigoureuse à l'égard de la protection de l'environnement⁸⁶⁵. Alors que certains arrêts paraissent l'assimiler aux exceptions prévues par l'article 30 CE⁸⁶⁶, d'autres décisions lui contestent ce statut et l'intègrent au catalogue jurisprudentiel des exigences impératives⁸⁶⁷.

661. – On considérera peut-être que la position d'infériorité dans laquelle la jurisprudence relative au marché intérieur maintient la protection de l'environnement trouve un écho – une approbation ? – dans la Charte elle-même. La formulation de l'article 37 et les Explications du Praesidium⁸⁶⁸ qui s'y rapportent démontrent en effet clairement que la protection de l'environnement relève davantage de la catégorie des principes que de celle des droits⁸⁶⁹. A l'encontre de cette observation, on soulignera toutefois que la protection de l'environnement fait désormais partie des objectifs transversaux de la Communauté (art.2 CE), et que dans d'autres domaines, elle reçoit toute l'attention de la Cour de justice⁸⁷⁰. D'autre part, on rappellera que s'ils n'instituent pas d'obligation positive à l'égard des autorités nationales ou européennes, les « principes » reconnus dans la Charte n'en exigent pas moins le même *respect* que les droits⁸⁷¹.

662. – La jurisprudence de la Cour de justice relative aux conflits entre droits fondamentaux et libertés de circulation est donc plus complexe qu'elle ne paraît de prime abord. Dès lors qu'on adopte une perspective nominaliste élargie – laquelle ne se nourrit pas exclusivement du langage de la Cour *hic et nunc* –, on s'aperçoit qu'un grand nombre d'affaires portées devant les juridictions communautaires peuvent être analysées en termes de conflits de droits. La mise en lumière de ces conflits « manqués » et « potentiels » conduit à son tour à formuler un constat d'incohérence qui cadre mal avec les vertus

⁸⁶³ Cf. e.a. les arrêts *Kohll*, précité, pt. 41; *Smits et Peerbooms* précité, note n°, pt 72, ainsi que *Müller-Fauré et van Riet*, précité, pt. 73.

⁸⁶⁴ Cf. déjà l'arrêt « Cassis de Dijon » (Aff. 120/78, *Rewe-Zentral AG contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (« Cassis de Dijon »), 20 février 1979, *Rec.*, 1979, p.649).

⁸⁶⁵ Sur l'existence d'un droit à l'environnement au sein de l'Union européenne, cf. e.a. P. ELEFTHERIADIS, « L'avenir des droits à l'environnement au sein de l'Union européenne », in P. ALSTON (dir.), *L'Union européenne et les droits de l'homme*, p.547-569 ; M. PAQUES, « L'environnement comme droit de l'homme », in M. CANDELA SORIANO (dir.), *Les droits de l'homme dans les politiques de l'Union européenne*, 2006, p.160-222.

⁸⁶⁶ C-389/96 *Aher-Waggon*, 14 juillet 1998, *Rec.*, 1998, p.I-4473, qui lie les objectifs de santé publique et de protection de l'environnement. Dans le même sens, C-379/98 *PreussenElektra*, 13 mars 2001, *Rec.*, 2001, p.I-2099. Sur la protection des animaux, cf. e.a. C-67/97 *Bluhme*, 3 décembre 1998, *Rec.*, 1998, p.I-8033.

⁸⁶⁷ C-209/98 *FFAD*, 23 mai 2000, *Rec.*, 2000, p.I-3743, pts.46 à 48 ; Dans le même sens, C-203/96 *Dusseldorp*, 25 juin 1998, *Rec.*, 1998, p.I-4075.

⁸⁶⁸ *J.O.*, 16 décembre 2004, C 310/424, spéc. 458-459.

⁸⁶⁹ Sur ce point, cf.e.a. A. KIS, « Environmental and Consumer Protection », in S. PEERS, A. WARD (eds.), *The European Union Charter of Fundamental Rights*, 2004, p.247-268.

⁸⁷⁰ On pense évidemment au célèbre arrêt *Commission c. Conseil* du 13 septembre 2005 sur la compétence pénale de la Communauté (C-176/03, *Rec.*, 2005, p.I-7879).

⁸⁷¹ On ajoutera que l'AG Geelhoed n'a pas hésité à s'appuyer sur la Charte des droits fondamentaux pour considérer que « (...) les citoyens européens ont le droit d'exiger [le] respect [de l'environnement] » (C-87/02 *Commission c. Italie*, conclusions présentées le 8 janvier 2004, *Rec.*, p.I-5975, pt.36 ; nous soulignons).

de clarté, de rationalité, et de prévisibilité que l'on prête traditionnellement au discours juridique. On rétorquera sans doute que ces errements langagiers sont de ceux qui importent aux seuls théoriciens tatillons. Après tout, on connaît la souplesse de la Cour de justice à l'endroit des raisons invoquées par les Etats pour échapper aux diktats du grand marché. Qu'importe, dès lors, que tel intérêt soit qualifié de « droit fondamental » et que tel autre se voie refuser semblable statut ? Par-delà les labels, seul compte le traitement que reçoivent *in concreto* les exceptions avancées par les Etats.

663. – Si elle ne manque pas de pertinence, cette observation part cependant du postulat que les motifs de dérogation aux libertés de circulation revêtent tous une importance égale aux yeux de la Cour, indépendamment de leur éventuel statut de « droit fondamental ». La validité de cette prémisse mérite pourtant d'être questionnée. Tel est le propos des pages qui suivent.

C. La résolution du conflit

664. – Face aux conflits explicites entre une liberté de circulation et un droit fondamental, l'attitude de la Cour de justice est aussi ambiguë que variée. Tantôt considérées comme de « simples » exigences impératives d'intérêt général (§1^{er}), tantôt élevées au rang des raisons expresses prévues par le traité (§2), tantôt encore conçues comme des motifs de dérogation *sui generis* (§3) ou comme des barrières à l'application du droit communautaire (§4), les justifications fondées sur la protection des droits de l'homme bousculent les concepts et les catégories forgés par un demi-siècle de jurisprudence. Derrière cette complexité se profile cependant une tendance générale à la *self-restraint*. La jurisprudence de la Cour de justice exprime en effet un respect croissant envers les impératifs de promotion des droits fondamentaux et, dans ce cadre au moins, envers l'autonomie des Etats membres.

§1^{er}. La protection des droits fondamentaux, une exigence impérative d'intérêt général

665. – Les exceptions tirées de la protection des droits de l'homme ont souvent été jugées comme relevant de la catégorie des « exigences impératives d'intérêt général », dégagée par la Cour dans son arrêt *Cassis de Dijon*. Les affaires relatives à la *Mediawet* néerlandaise sont particulièrement illustratives à cet égard. La Cour y a systématiquement indiqué que l'objectif de maintien du pluralisme constituait une « raison impérieuse »⁸⁷² ou un « objectif »⁸⁷³ d'intérêt général. Elle a probablement été influencée en ce sens par les conclusions de l'avocat général Tesauro qui, à défaut d'avoir reconnu l'existence d'un lien entre la *Mediawet* et la protection de la liberté d'expression, relégua la réglementation néerlandaise au statut d'« instrument » au service d'une « finalité de politique culturelle »⁸⁷⁴.

666. – L'affaire *Familiapress* a donné lieu au même type de raisonnement. En l'espèce, l'avocat général Tesauro considéra que « l'interdiction de vente de périodiques contenant des jeux (...) dotés de prix semble avoir pour but essentiel le maintien du pluralisme de la presse, ainsi que, dans une moindre mesure, la protection des consommateurs et la loyauté des transactions commerciales. Telles sont donc les *exigences impératives* qui peuvent éventuellement justifier l'interdiction en question »⁸⁷⁵. La Cour abonda dans le sens de son avocat général.

667. – Loin d'avoir disparu de la jurisprudence de la Cour, cette tendance à assimiler la protection des droits fondamentaux à une « simple » exigence impérative d'intérêt général semble aujourd'hui

⁸⁷² Aff. *Gouda et Commission c. Pays-Bas*, précitées, pts.23 et pts.30.

⁸⁷³ Aff. *Veronica et TV10* précitées, pt.10 et pt.19.

⁸⁷⁴ Conclusions dans l'affaire *Veronica* précitée, *Rec.*, 1993, p.I-510. *Adde* : les conclusions du même avocat général dans les affaires *Commission c. Pays-Bas* et *Gouda*, *Rec.*, 1991, p. I-4022.

⁸⁷⁵ *Rec.*, 1997, p.I-3699. Nous soulignons.

revenir en force. On notera ainsi que dans les affaires *Viking* et *Laval*, la Cour de justice ne s'est pas montrée moins sévère envers les restrictions à la libre circulation du simple fait que celles-ci résultaient de l'exercice du droit fondamental de mener des actions collectives. Les juges se sont contentés d'affirmer que « le droit de mener une action collective ayant pour but la protection des travailleurs de l'Etat d'accueil contre une éventuelle pratique de dumping social peut constituer une raison impérieuse d'intérêt général, au sens de la jurisprudence de la Cour, de nature à justifier, en principe, une restriction à l'une des libertés fondamentales garanties par le traité » (pt.103 *Laval* ; *mutatis, mutandis*, pt.77 *Viking*) On reconnaîtra toutefois qu'en l'espèce, le droit d'actions collectives ne constituait pas l'*objectif* de la restriction contestée mais bien plutôt la *modalité d'exercice* de celle-ci⁸⁷⁶.

668. – Dans ses conclusions présentées le 25 octobre 2007 dans l'affaire *United Pan-Europe*, l'avocat général Poiras Maduro a lui aussi évité d'accorder un statut particulier à la protection de la liberté d'expression invoquée par les auteurs du régime du « *must carry* »⁸⁷⁷. Se limitant à rappeler « (...) qu'une politique audiovisuelle visant à établir des programmes de télévision pluralistes afin de sauvegarder la liberté d'expression (...) peut certes justifier une restriction à la libre prestation des services » (pt.12), il entreprit de soumettre la réglementation litigieuse à un test de proportionnalité complet, accordant ainsi une « priorité de principe » à la libre circulation.

669. – On l'aura compris, les exceptions tirées du respect des droits fondamentaux jouissent ici d'une considération minimale⁸⁷⁸. A l'instar des autres exigences impératives d'intérêt général, elles ne peuvent légitimer une réglementation nationale que dans la mesure où celle-ci satisfait pleinement au test de proportionnalité. En ce sens, ces exceptions demeurent *a priori* subordonnées à la logique de l'intégration économique⁸⁷⁹. Pour reprendre les termes de S. Leader, la liberté de circulation continue à bénéficier d'une « *priority in adjustment* »⁸⁸⁰ sur les valeurs non-marchandes qui lui font face. Cette sévérité de principe à l'égard des droits de l'homme n'est pas demeurée sans influence sur l'issue des litiges évoqués plus haut. D'une part, elle a conduit la Cour à « condamner » la *Mediawet* au regard de la libre prestation des services⁸⁸¹. D'autre part, elle l'a empêchée de « blanchir » la réglementation mise en cause dans l'affaire *Familiapress*, laissant au juge national le soin d'en évaluer la proportionnalité⁸⁸².

670. – Si elle manque peut-être de « prendre les droits au sérieux », cette configuration des rapports entre libertés de circulation et droits fondamentaux présente au moins l'avantage de la clarté et de la cohérence. Qu'ils soient explicites, manqués ou potentiels, les conflits entre droits (de l'homme) et libertés (économiques) reçoivent le même traitement. Plus encore, qu'elles se rapportent ou non à la protection des droits fondamentaux, les exigences impératives invoquées par les Etats pour se soustraire à la logique du libre-échange sont pareillement soumises à deux conditions : les mesures

⁸⁷⁶ Sur cette distinction, cf. *infra*, n°1643 et s.

⁸⁷⁷ Pour un rappel des faits, cf. *supra*, n°636-637.

⁸⁷⁸ Dans ce sens, cf. encore C-398/98 *Commission c. Grèce* précité, dans lequel la Cour a été jusqu'à considérer que l'invocation de la liberté économique des raffineries constituait un argumen[t] d'ordre économique qui ne peu[t] en aucun cas servir de justification à une restriction quantitative au sens de l'article 30 du traité (pt.30)

⁸⁷⁹ Dans le même sens, cf. J. HELISKOSKI, *loc. cit.*, p.439 : « The conclusion that may (...) be drawn from [the case law] is that reliance on civil and political fundamental rights recognized in Community law is to be treated like any other ground that may be invoked by a Member State a justification to derogate from the fundamental economic freedoms ».

⁸⁸⁰ « We need to distinguish between *ultimate* priority accorded to a basic right, and priorities in the *adjustment* of that right against the demands of the competitors. In the trading regime, a state is entitled to give ultimate priority to, say, its citizens' right to protection from dangerous products (...). This is allowed to take priority over the competing basic right to free disposal of property that is said to underpin the right to trade. However, before a non-trading right can acquire that priority, the excluding state must satisfy the 'least impact' principle (...). [The right to trade] sets the benchmark against which candidates for rights protecting a non-trading interest are evaluated ». (S. LEADER, « Collateralism », in R. BROWNSWORD (ed) *Global Governance and the Search for Justice*, 2005, p.53-67).

⁸⁸¹ Cf. les affaires *Commission c. Pays-Bas* et *Gouda* précitées.

⁸⁸² Sur l'affaire *Familiapress* en général et sur cette question notamment, cf. M. POIARES MADURO, « The Saga of Article 30 EC Treaty : To Be Continued », *M.J.*, 1998, vol.5, p.298-316.

qu'elles entendent justifier doivent être, d'une part, indistinctement applicables⁸⁸³ – ou non discriminatoires *de iure* – et, d'autre part, strictement proportionnées à l'objectif poursuivi.

671. – Cette « égalité de traitement » paraît donner du crédit à l'objection soulevée plus haut : dès lors que la Cour de justice donne le même poids aux différents motifs – légitimes – de dérogation aux libertés de circulation, la question de leur éventuel « apparemment » à un droit fondamental importe peu. Cette objection est encore confortée par l'existence, dans la jurisprudence de la Cour, de certaines différences de traitement qui n'obéissent en rien au critère du rattachement à un droit de l'homme. Qui ne voit en effet que c'est leur inscription à l'article 30 CE et non leur caractère fondamental qui vaut aux droits de propriété intellectuelle leur statut de « raison expresse » ? Plus encore, que certaines exigences impératives d'intérêt général *non formulées et non formulables en termes de droits fondamentaux* jouissent d'un traitement de faveur, voilà qui semble ôter toute pertinence au critère du rattachement à un droit de l'homme. On notera à cet égard le surcroît de marge d'appréciation accordé aux Etats dans la réglementation des activités de loteries et de paris, en raison du fait que l'objectif poursuivi par une telle réglementation – la protection de l'ordre social – dépend largement des « particularités socioculturelles de chaque Etat membre »⁸⁸⁴.

672. – Si elles alimentent le flou qui nimbe les relations entre libertés de circulation et droits de l'homme, ces considérations ne sauraient cependant dissimuler les enseignements de la jurisprudence communautaire récente. On y découvre que la Cour de justice élève parfois sciemment les arguments tirés de la protection des droits de l'homme « au-dessus de la mêlée » des exigences impératives d'intérêt général.

§2. La protection des droits fondamentaux, une raison expresse prévue par le traité

673. – Les motifs de dérogation liés au respect d'un droit de l'homme ont été assimilés à plusieurs reprises à des arguments fondés sur la protection de l'ordre public au sens des articles 30, 38, 46 et 55 CE. L'avocat général van Gerven fut le premier à s'engager dans cette voie. Se penchant sur l'interdiction de l'avortement édictée par le droit pénal irlandais, il considéra qu'une telle norme entendait protéger la vie à naître. Il poursuivit en ces termes :

« (...) un tel objectif est justifié au regard du droit communautaire dès lors qu'il concerne un choix politique qui relève de considérations éthiques et philosophiques qu'il appartient aux Etats membres d'apprécier, et pour lequel ils peuvent se prévaloir du motif d'*ordre public* énoncé à l'article 56 du traité CEE (...), c'est-à-dire, conformément à la jurisprudence de la Cour, un intérêt dont la perturbation implique une 'menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société' »⁸⁸⁵.

674. – Onze ans plus tard, l'avocat général Jacobs adoptait une position presque identique dans l'affaire *Schmidberger*. Après avoir rappelé que l'Autriche invoquait en l'espèce « la nécessité de respecter des droits fondamentaux reconnus dans sa constitution », il conseilla à la Cour de « suivre la même approche (...) que pour l'analyse des motifs traditionnels de justification tels que l'ordre public ou la sécurité publique qui sont également fondés sur la situation spécifique de l'Etat membre

⁸⁸³ Cf. ainsi les conclusions de l'AG Tesouro dans les affaires *Commission c. Pays-Bas* et *Gouda* précitées, pt 7.

⁸⁸⁴ C-275/92 *Schindler*, 24 mars 1994, *Rec.*, 1994, p.I-1039, pt.61. Dans le même sens, cf. e.a. C-124/97 *Läärä*, 21 septembre 1999, *Rec.*, 1999, p.I-6067 ; C-67/98 *Zenatti*, 21 octobre 1999, *Rec.*, 1999, p.I-7289 ; C-6/01 *Anomar*, 11 septembre 2003, *Rec.*, 2003, p.I-8621. Cette marge d'appréciation semble avoir été revue à la baisse dans les arrêts C-243/01 *Gambelli*, 6 novembre 2003, *Rec.*, 2003, p.I-13031, et C-338/04, 359/04, 360/04 *Placanica e.a.*, 6 mars 2007, non encore publié au Recueil. Sur les rapports entre cette jurisprudence et l'affaire *Omega*, cf. C. SMITH, T. FETZER, « The Uncertain Limits of the European Court of Justice's Authority : Economic Freedom Versus Human Dignity », *C.J.E.L.*, 2004, p.445-490, spéc. p.473-478.

⁸⁸⁵ Conclusions dans l'affaire *Grogan* précitée, pt.26. Souligné dans le texte.

concerné » (pts.94-95)⁸⁸⁶.

675. – Cette approche a été suivie par la Cour et par l’avocat général Stix-Hackl dans l’affaire *Omega*. L’un et l’autre ont en effet estimé que l’interdiction d’organiser un jeu consistant à tuer – fictivement – ses adversaires reposait valablement sur des considérations liées à la sauvegarde de l’ordre public. Il est vrai que cette conclusion paraissait évidente en l’espèce, dès lors que l’arrêté de police mis en cause se fondait lui-même sur des motifs d’ordre public. Le raisonnement développé par l’avocat général n’en demeure pas moins particulièrement intéressant pour notre propos.

676. – Mme Stix-Hackl établit une distinction entre la situation qui a donné lieu à l’arrêt *Schmidberger* et celle qui est à l’origine de l’affaire *Omega*. A ses yeux, la première oppose ainsi une liberté de circulation à un droit fondamental – la liberté d’expression – « (...) qui correspond à la conception commune aux Etats membres » (pt.72) et qui, à ce titre, est pleinement consacré au niveau communautaire. La seconde, en revanche, met aux prises une liberté de circulation avec un droit fondamental – la dignité humaine – qui, de par la place particulière et prépondérante qu’il occupe en droit allemand, ne connaît pas d’équivalent dans l’ordre juridique communautaire. De cette distinction découle un traitement juridique différencié. Là où l’affaire *Schmidberger* commande une *conciliation* entre deux droits même reconnus dans la « constitution » européenne – la libre circulation des marchandises et la liberté d’expression –, le dossier *Omega* invite la Cour à arbitrer les rapports entre un principe – la libre circulation – et une dérogation – l’ordre public – au moyen du contrôle de proportionnalité.

677. – On ne peut s’empêcher de tracer un parallèle entre le raisonnement de l’avocat général Stix-Hackl et celui de son prédécesseur, Walter van Gerven, dans l’affaire *Grogan*. Tous deux appuient leurs réflexions sur une conception élargie de l’ordre public, plus familière de nos traditions juridiques continentales. Celle-ci dépasse les seuls troubles de la paix publique pour englober les atteintes aux valeurs et aux convictions dominantes dans la société. Comme le rappelle elle-même Mme Stix-Hackl (pt.94), cette interprétation large de la notion d’ordre public trouvent un écho particulièrement saisissant dans la jurisprudence « lancer de nains » du Comité des droits de l’homme des Nations unies⁸⁸⁷.

678. – Dans ses conclusions du 13 septembre 2007 dans l’affaire *Dynamic Medien*⁸⁸⁸, l’avocat général Mengozzi a développé des considérations similaires à l’égard d’une mesure d’interdiction de vente par correspondance de vidéogrammes non préalablement contrôlés et classés par l’organisme allemand compétent aux fins de la protection des mineurs. Avides – la société requérante – estimait qu’une telle mesure était disproportionnée par rapport à l’objectif poursuivi dès lors qu’elle s’appliquait aussi à des vidéogrammes ayant déjà fait l’objet d’un contrôle et d’une classification aux fins de la protection des mineurs dans l’Etat d’exportation. Elle soutenait que l’interdiction ne se justifiait pas dans les situations où ce contrôle avait déjà été effectué dans un Etat qui, au même titre que l’Allemagne, avait signé et ratifié la Convention internationale relative aux droits de l’enfant. En d’autres termes, l’Allemagne devait présumer conformes à ses propres standards les vidéogrammes préalablement contrôlés par un Etat partageant le même engagement envers les droits de l’enfant.

679. – L’avocat général ne suivit pas cet argumentaire. Il rappela d’abord que la Convention relative aux droits de l’enfant n’établit aucun standard commun de protection des mineurs à l’égard des

⁸⁸⁶ Au point 105, il déclarera encore que « la situation est comparable à celle de cas concernant l’ordre public national ou la sécurité publique nationale ».

⁸⁸⁷ Rappelons que dans sa décision du 15 juillet 2002 (*Wackenheim C. la France*, communication n°854/1999), le Comité des droits de l’homme a refusé de censurer la décision des autorités françaises d’interdire la pratique du « lancer de nains », en vogue dans certaines discothèques françaises, consistant à lancer un nain le plus loin possible sur un matelas pneumatique. Le Comité a estimé que « (...) l’Etat partie a démontré, en l’espèce, que l’interdiction du lancer de nains tel que pratiqué par le requérant ne constituait pas une mesure abusive mais était nécessaire afin de protéger l’ordre public, celui-ci faisant notamment intervenir des considérations de dignité humaine qui sont compatibles avec les objectifs du Pacte » (pt.7.4 de la décision, reproduite dans *R.U.D.H.*, 2004, p.193-196).

⁸⁸⁸ Cf. *supra*, n°638-640.

contenus des vidéogrammes. Il déclara ensuite que « (...) l'appréciation de ce qui peut être nuisible aux mineurs et donc, indirectement, à la moralité publique, à l'ordre public ou à la santé des personnes, dépend fortement de l'échelle des valeurs propre à chaque Etat membre » (pt.88). S'appuyant sur l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Omega* – l'Allemagne avait elle-même dressé un parallèle avec cette affaire en invoquant l'ordre public national et la dignité humaine –, l'avocat général en conclut que « (...) le traité CE laisse aux Etats membres la faculté de déterminer discrétionnairement les limites d'âge pour l'accès à des vidéogrammes, selon les sensibilités culturelles, religieuses, morales et historiques propres à chaque Etat » (pt.83).

680. – Ces considérations nous amènent à une question d'importance : une fois « absorbés » par le concept d'ordre public, les arguments tirés du respect des droits de l'homme exigent-ils de la Cour un respect accru ? On est tenté de le penser. D'une part, il n'est pas contesté qu'à l'inverse des exigences impératives, les « raisons expresses » – au rang desquelles figure la protection de l'ordre public – sont de nature à justifier les mesures discriminatoires *de iure*⁸⁸⁹. D'autre part, il n'est pas interdit de penser que les mesures prises sous le couvert de l'ordre public passent plus facilement l'épreuve de la proportionnalité. Cette impression paraît certes contredite par les propos de certains avocats généraux. Dans ses conclusions précitées, Walter van Gerven invite ainsi la Cour à soumettre la réglementation irlandaise à un contrôle de proportionnalité complet. L'avocat général Jacobs va dans le même sens, qui estime que « (...) lorsqu'un Etat membre invoque la nécessité de protéger un certain droit fondamental, il convient d'appliquer le critère normal de proportionnalité. La situation est comparable à celle de cas concernant l'ordre public national ou la sécurité publique nationale. Dans les deux situations, l'application uniforme et l'efficacité des libertés fondamentales consacrées par le traité sont en cause »⁸⁹⁰.

681. – Il n'est pas sûr toutefois que ces prises de position officielles reflètent la « réalité ». On remarquera d'abord que chaque fois qu'elles ont été considérées comme partie intégrante de l'ordre public d'un Etat, les justifications fondées sur la protection d'un droit de l'homme ont réussi le test de proportionnalité. Les réglementations irlandaise, autrichienne et allemandes ont ainsi respectivement trouvé grâce aux yeux des avocats généraux van Gerven, Jacobs, Stix-Hackl, et Mengozzi. Le « non-lieu » rendu dans l'affaire *Omega* était notre propos⁸⁹¹. Face à ce « tir groupé », il est difficile de croire à la coïncidence quand on connaît le « mordant » habituel de la proportionnalité luxembourgeoise.

682. – On notera ensuite que la Cour de justice laisse aux Etats membres une certaine marge d'appréciation lorsque la protection de l'ordre public se trouve en jeu. Ce pouvoir discrétionnaire – limité – s'exerce à deux niveaux. Il s'applique d'une part à l'appréciation de ce qui constitue une menace pour l'ordre public. La Cour estime à cet égard que « le droit communautaire n'impose pas aux Etats membres une échelle uniforme de valeurs en ce qui concerne l'appréciation des comportements pouvant être considérés comme contraires à l'ordre public »⁸⁹². En effet, « les circonstances spécifiques qui pourraient justifier d'avoir recours à la notion d'ordre public peuvent varier d'un pays à l'autre et d'une époque à l'autre. Il faut donc, à cet égard, reconnaître aux autorités nationales compétentes une marge d'appréciation dans les limites imposées par le traité »⁸⁹³.

⁸⁸⁹ Il est vrai que la Cour semble parfois encline à accepter que de simples exigences impératives d'intérêt général puissent justifier une discrimination *de iure* : cf. p.ex. C-484/93 *Svensson et Gustavsson*, 14 novembre 1995, *Rec.*, 1995, p.I-3955, concernant l'impératif de cohérence du système fiscal. Cette « clémence » n'est toutefois pas généralisée, loin s'en faut. Ainsi, dans l'arrêt *Laval* précité, la Cour a estimé que la réglementation contestée emportait une discrimination qui ne pouvait être justifiée qu'en vertu de raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, *quod non* en l'espèce (pt.118-119 de l'arrêt).

⁸⁹⁰ Conclusions dans l'affaire *Schmidberger* précitée, pt.106.

⁸⁹¹ Dans le même sens, cf. C. KOMBOS, « Fundamental Rights and Fundamental Freedoms : A Symbiosis on the Basis of Subsidiarity », *E.P.L.*, 2006, vol.12, n°3, p.433-460, spéc. p.457 : « The criteria of proportionality and appropriateness should be applied in the light of the wide margin of discretion afforded to the Member States and by the liberal approach of AG Stix-Hackl ». *Addé* : G. CHU, « 'Playing at Killing' Freedom of Movement », *L.J.E.I.*, vol.33, n°1, p.85-94, qui estime que dans son arrêt *Omega*, « (...) the ECJ proceeded with a 'soft application of the principle [of proportionality]' » (p.93).

⁸⁹² Aff. 115/81 *Adoui et Cornuaille*, 18 mai 1982, *Rec.*, 1982, p.1605, pt.9.

⁸⁹³ Arrêt *Omega* précité, pt.31 et références citées.

683. – D'autre part, les Etats jouissent d'une certaine marge d'appréciation quant aux *moyens* à mettre en œuvre pour assurer le maintien de l'ordre public. Dans son arrêt *Omega*, la Cour a ainsi déclaré qu'« [i]l n'est pas indispensable (...) que la mesure restrictive édictée par les autorités d'un État membre corresponde à une conception partagée par l'ensemble des États membres en ce qui concerne les modalités de protection du droit fondamental ou de l'intérêt légitime en cause » (pt.37).

684. – On se gardera bien de tirer des enseignements définitifs de ces différentes observations. En toute hypothèse, elles ne permettent pas de conclure à un retournement copernicien dans les rapports entre marché et droits de l'homme. Face à la protection de l'ordre public, les libertés de circulation conservent leur « *priority in adjustment* ». Elles demeurent la règle et les droits fondamentaux, l'exception.

§3. *La protection des droits fondamentaux, un intérêt communautaire concurrent*

685. – Rendu en formation de grande chambre, l'arrêt *Schmidberger* marque incontestablement un tournant dans les rapports entre droits fondamentaux et libertés de circulation. Pour la première fois, la Cour abandonne quelque peu son approche « pro-économique ». Les droits fondamentaux n'y apparaissent plus seulement comme des motifs de *dérogation* aux libertés de circulation mais également comme des intérêts concurrents – et équivalents – à celles-ci⁸⁹⁴. La Cour relève à cet égard que tant la libre circulation des marchandises que les libertés d'expression et de réunion tolèrent certaines limitations. Elle estime dès lors nécessaire d'opérer une « conciliation » (pt.77), pour laquelle « [i]l convient de mettre en balance les intérêts en présence et de déterminer, eu égard à l'ensemble des circonstances de chaque cas d'espèce, si un juste équilibre a été respecté entre ces intérêts » (pt.81).

686. – Le langage utilisé par la Cour n'en demeure pas moins difficile à décoder⁸⁹⁵. Les ambiguïtés qu'il entretient traduisent sans doute certaines divergences de vue au sein de la formation de jugement. On notera ainsi que si l'arrêt s'engage résolument dans une voie nouvelle et plus respectueuse des droits fondamentaux, il ne consacre pas pour autant une rupture totale avec la jurisprudence antérieure. D'une part, la Cour continue de raisonner sur le mode « principe-exception » : les droits fondamentaux n'interviennent que dans un second temps, après qu'une entorse à la libre circulation a été identifiée. D'autre part, une fois les droits de l'homme invoqués, les juges se limitent à constater que « la protection desdits droits constitue un intérêt légitime de nature à justifier, *en principe*, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le traité telle que la libre circulation des marchandises » (pt.74 – nous soulignons)⁸⁹⁶.

687. – Ces « freins » apportés à la consécration des droits de l'homme entendaient sans doute répondre aux préoccupations exprimées dans ses conclusions par l'avocat général Jacobs. Rappelons que ce dernier conseillait à la Cour de soumettre à un contrôle de proportionnalité complet les mesures

⁸⁹⁴ En ce sens, cf. le commentaire rendu par le président de la Cour de justice, selon lequel « [a]yant (...) placé face à face liberté fondamentale et droit fondamental comme des fondements essentiels mais qui tolèrent respectivement des exceptions, la Cour estime qu'il faut mettre en balance les intérêts en présence et déterminer si un juste équilibre a été respecté entre eux – tâche revenant aux autorités nationales compétentes qui disposent pour ce faire d'un large pouvoir d'appréciation ». Et un peu plus loin : « (...) c'est justement parce que la Cour n'a pas souhaité établir de rapport hiérarchique entre liberté fondamentale et droit fondamental qu'elle a préféré la voie de la mise en balance des intérêts, incombant d'ailleurs aux autorités compétentes, se réservant de vérifier que les restrictions à une liberté fondamentale ne dépassent pas ce qui est nécessaire pour assurer la protection d'un droit fondamental » (V. SKOURIS, « L'interaction entre les libertés fondamentales et les libertés publiques en droit communautaire », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Léger*, 2006, p.497-506, spéc. p.502 et 503).

⁸⁹⁵ En ce sens, cf. J. MORIJN, « Balancing Fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law : Schmidberger and Omega in the Light of the European Constitution », *E.L.J.*, 2006, vol.12, n°1, p.15-40, spéc. p.38. *Addé* : A. ALEMANN, « A la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur », *R.D.U.E.*, 2004, n°4, p.709-751, spéc. p.735-738.

⁸⁹⁶ Dans le même sens, cf. e.a. les arrêts précités *Viking* (pt.45), *Laval* (pt.93)

nationales fondées sur le respect des droits de l'homme, sous peine de compromettre « l'application uniforme et l'efficacité des libertés fondamentales consacrées par le traité » (pt.105). Il adressait en outre à la Cour cet important *caveat* :

« À première vue, il pourrait paraître excessif, et comme représentant une ingérence inacceptable, de se demander si un État membre qui invoque un droit fondamental particulier reconnu dans son ordre juridique interne poursuit un objectif d'intérêt public légitime.

On peut toutefois imaginer un instant un ordre juridique (purement hypothétique) d'un État membre qui reconnaisse expressément le droit fondamental d'être protégé contre la concurrence déloyale d'autres firmes et, en particulier, de firmes établies à l'étranger, ou une jurisprudence admettant un tel droit comme un aspect du droit fondamental de libre activité économique, ou le droit fondamental de propriété. Il convient en outre de garder à l'esprit qu'en dépit d'un consensus de base, qui se reflète dans la Convention européenne des droits de l'homme, sur un noyau de droits qui doivent être considérés comme fondamentaux, il y a un certain nombre de divergences entre les « catalogues » des droits fondamentaux des États membres, qui reflètent souvent l'histoire et la politique culturelle particulières d'un État membre donné.

On ne saurait donc exclure automatiquement qu'un État membre qui invoque la nécessité de protéger un droit reconnu comme fondamental par le droit national n'en poursuive pas moins un objectif qui doit être considéré comme illégitime au regard du droit communautaire » (pts 96 à 98).

688. – Sur les conseils de son avocat général, la Cour de justice semble donc, à certains égards, laisser aux libertés de circulation une forme de « *priority in adjustment* »⁸⁹⁷. À peine concédée, celle-ci est toutefois largement tempérée, voire annihilée par le raisonnement de la Cour. La haute juridiction estime en effet que dans l'opération de mise en balance des libertés de circulation et des droits fondamentaux, « les autorités compétentes disposent d'un large pouvoir d'appréciation » (pt.82).

689. – La Cour de justice n'est pas la première à recourir à ce « surcroît de marge d'appréciation » face à un conflit de droits⁸⁹⁸. Dans son arrêt *Chassagnou c. France* du 29 avril 1999⁸⁹⁹, la Cour européenne des droits de l'homme a elle aussi considéré que la mise en balance de deux droits pareillement garantis par la CSDH ou ses protocoles doit prendre la forme de la recherche d'un « équilibre », laquelle « constitue le fondement d'une 'société démocratique' ». La CEDH a poursuivi en soulignant que cette pondération des intérêts est « difficile à faire, et les États contractants doivent disposer à cet égard d'une marge d'appréciation importante, les autorités nationales étant en principe mieux placées que le juge européen pour évaluer l'existence ou non d'un « besoin social impérieux » susceptible de justifier une ingérence dans l'un des droits garantis par la Convention (pt.113).

690. – La Cour de Strasbourg n'a jamais toutefois eu – ou saisi – l'occasion de mettre en pratique cette politique de *judicial self-restraint*. L'arrêt *Schmidberger* tente en revanche de lui donner corps. On notera à cet égard que la Cour de justice « blanchit » l'attitude des autorités autrichiennes au motif que celles-ci, « (...) compte tenu du large pouvoir d'appréciation qui doit leur être reconnu en la matière, ont raisonnablement pu considérer que l'objectif légitimement poursuivi par ledit rassemblement ne pouvait pas en l'occurrence être atteint par des mesures moins restrictives des échanges intracommunautaires » (pt.93 – nous soulignons). On ne manquera pas de déduire de ces quelques

⁸⁹⁷ *Contra*, M. AVBELJ, « European Court of Justice and the Question of Value Choices. Fundamental Human Rights as an Exception to the Freedom of Movement of Goods », *Jean Monnet Working Papers*, n°06/04, disponible sur www.jeanmonnetprogram.org/papers/papers04.html : « The Court has thus set a general rule that fundamental human rights in principle prevail over Community fundamental freedom of movement of goods » (p.64).

⁸⁹⁸ C. BROWN estime pour sa part que ce surcroît de marge d'appréciation est dû au fait que l'atteinte à la liberté de circulation est causée en l'espèce par des particuliers et non directement par l'État (*C.M.L.R.*, 2003, vol.40, p.1499-1510, spéc. p.1505-1506). Cette position, qui semble en partie partagée par F. RONKES AGERBEEK, (« Freedom of expression and free movement in the Brenner corridor : the *Schmidberger* case », *E.L.R.*, vol.29, 2004, p.255-266, spéc. p.263), a selon nous été démentie par l'arrêt *Omega*. Elle est du reste – implicitement – infirmée par le président de la Cour de justice lui-même (cf. *supra*, n°685).

⁸⁹⁹ *J.T.D.E.*, 1999, p.146. Pour un commentaire critique, cf. S. VAN DROOGHENBROECK, « Conflits entre droits fondamentaux et marge nationale d'appréciation », *J.T.D.E.*, 1999, p.162-166.

mots que la Cour « place la barre » plus bas qu'à l'accoutumée. Loin d'un contrôle de proportionnalité plein et entier, le juge communautaire se contente d'apprécier le caractère raisonnable de la mesure nationale, dans un style qui n'est pas sans rappeler le « *Wednesbury unreasonableness test* »⁹⁰⁰.

691. – Au vu de ces considérations, il est permis de s'étonner du sérieux avec lequel la Cour de justice examine *in concreto* la proportionnalité de la restriction à la libre circulation des marchandises. La Cour s'attache d'abord à distinguer l'attitude des autorités autrichiennes en l'espèce de la passivité affichée par les autorités françaises lors de la fameuse « guerre des fraises »⁹⁰¹. Elle relève notamment la durée limitée de la manifestation, le but économiquement désintéressé de celle-ci, et les actions entreprises par les autorités compétentes pour minimiser les entraves au commerce intracommunautaire (campagnes d'information, mise en place d'itinéraires de contournement...). La Cour note ensuite que les autorités autrichiennes ont légitimement pu considérer qu'« une interdiction pure et simple de [manifester] aurait constitué une interférence inacceptable dans les droits fondamentaux des manifestants de se réunir et d'exprimer paisiblement leur opinion en public » (pt.89). Enfin, elle rappelle qu'aux dires du gouvernement autrichien, « toutes les solutions de remplacement envisageables auraient comporté le risque de réactions difficiles à contrôler et susceptibles de causer des perturbations autrement plus graves des échanges intracommunautaires ainsi que de l'ordre public, pouvant se matérialiser par des démonstrations «sauvages», des confrontations entre partisans et adversaires du mouvement revendicatif concerné ou des actes de violence de la part de manifestants s'estimant lésés dans l'exercice de leurs droits fondamentaux » (pt.92).

692. – Cette prolixité contraste avec le laconisme de l'arrêt *Omega*, comme si ce dernier avait donné aux autorités nationales une marge d'appréciation plus importante encore⁹⁰². A première vue, cette différence de traitement ne paraît guère réconciliable avec notre interprétation de la jurisprudence *Schmidberger* – *Omega*⁹⁰³. Elle appelle cependant deux observations. D'une part, on est tenté de penser que si la Cour a attaché autant d'importance au contrôle de proportionnalité dans l'arrêt *Schmidberger*, c'est parce que ce contrôle aboutissait *in casu* à un résultat à la fois incontestable – le caractère proportionné de l'entrave à la libre circulation – et favorable aux droits de l'homme – la légitimité d'une interruption du transit intracommunautaire de marchandises pour faire respecter la liberté de réunion et d'expression. Les autorités autrichiennes eussent-elles fait preuve de moins de diligence, le blocus se fût-il prolongé une semaine durant, les manifestants eussent-ils agressé des transporteurs, rien ne permet d'assurer que la Cour de justice aurait manié le test de proportionnalité avec autant de rigueur. Le voile pudique de la marge d'appréciation aurait peut-être alors montré toute son utilité.

693. – Notre deuxième observation s'appuie sur la distinction opérée par l'avocat général Stix-Hackl entre les affaires *Schmidberger*, opposant deux droits pareillement reconnus au niveau européen, et *Omega*, présentant un conflit entre un droit – la liberté de circulation – et une exception – la protection de l'ordre public⁹⁰⁴. De cette distinction découlent, nous semble-t-il, des implications fondamentales.

⁹⁰⁰ Cf. *supra*, n°544 et s. Dans le même sens, cf. A. BIONDI, « Free Trade, A Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights », *E.H.R.L.R.*, 2004, p.51-61.

⁹⁰¹ On désigne par là les exactions commises pendant de nombreuses années par des agriculteurs français sur les camions important des fruits en provenance de l'étranger. La passivité des autorités a amené la Commission à intenter un recours en carence contre la France, qui s'est soldé par la condamnation de celle-ci : C-265/95, *Commission c. France*, 9 décembre 1997, *Rec.*, 1997, p. I-6959. Sur cette affaire, cf. K. MUYLLE, « Angry Farmers and Passive Policemen: Private Conduct and the Free Movement of Goods », *E.L.R.*, vol.23, 1998, p.467-474.

⁹⁰² En ce sens, cf.e.a. G. CHU, *loc. cit.*, p.93 ; C. KOMBOS, *loc. cit.*, p.457.

⁹⁰³ Elle va également à l'encontre de la position adoptée par la CEDH dans l'arrêt *Chassagnou*. Celle-ci réserve en effet une marge d'appréciation accrue aux Etats dans les seuls cas de conflits entre deux droits reconnus dans la Convention. « Il en va différemment lorsque des restrictions sont apportées à un droit ou une liberté garantie par la Convention dans le but de protéger des « droits et libertés » qui ne figurent pas, en tant que tels, parmi ceux qu'elle consacre : dans une telle hypothèse, seuls des impératifs indiscutables sont susceptibles de justifier une ingérence dans la jouissance d'un droit garanti ». (pt.113)

⁹⁰⁴ Sur le rapport entre le concept de développement durable et les arrêts *Omega* et *Schmidberger*, cf. E. REID, « Protecting Non-economic Interests in the European Community Legal Order : A Sustainable development ? », *Y.E.L.*, 2005, p.385-421, spéc. p.394-398.

Alors que *Schmidberger* se limite à mettre en scène une opposition entre valeurs marchandes et non-marchandes, *Omega* implique *en outre* un délicat arbitrage entre l'unité – but ultime de l'intégration économique – et la diversité – des traditions constitutionnelles et des valeurs morales de chaque peuple⁹⁰⁵.

694. – Dans la mesure où elle commande une forme de conciliation entre deux objectifs *d'égale valeur* sur le plan du droit communautaire, l'affaire *Schmidberger* autorise la Cour à exercer un certain droit de regard sur l'action des autorités locales. Dans cette perspective, la marge d'appréciation octroyée à celles-ci obéit davantage à un souci de « bonne gouvernance » – proximité avec la population, meilleure connaissance des données factuelles,... – qu'à des considérations de stricte légitimité. Derrière *Omega* en revanche, point le spectre des arrêts *Solange*⁹⁰⁶. Le refus de la juridiction saisie en première instance de poser une question préjudicielle à la CJCE n'est peut-être pas tout à fait anodin à cet égard. En l'espèce, l'arbitrage porte moins sur deux intérêts communautaires à part entière que sur les valeurs suprêmes de deux ordres juridiques partiellement distincts. Dans ce contexte, la marge d'appréciation revêt une importance toute différente. Elle est à la fois le garant de la diversité constitutionnelle dans l'Union européenne et l'expression d'une forme de « subsidiarité judiciaire »⁹⁰⁷.

695. – Si cette lecture devait s'avérer correcte, la jurisprudence *Schmidberger* – *Omega* nous confronterait à un double paradoxe. D'une part, la conciliation de deux valeurs *a priori* équivalentes est susceptible d'entraîner un contrôle de proportionnalité plus strict que l'arbitrage entre un principe et une exception. D'autre part, l'argument tiré de la protection d'un droit fondamental commun à tous les Etats membres bénéficie d'une « immunité » plus réduite que l'invocation d'une valeur constitutionnelle propre à un Etat.

696. – Ces réflexions semblent confirmées par l'arrêt *United Pan-Europe*⁹⁰⁸. Estimant que le régime du « *must carry* » instauré par la législation belge est de nature à favoriser la liberté d'expression, la Cour en déduit (« partant ») que « (...) les autorités nationales disposent d'un large pouvoir d'appréciation » (pt.44). Ce surcroît d'autonomie incite la Cour à faire preuve de retenue dans son contrôle, et à troquer l'exigence classique de proportionnalité contre un impératif de *non-disproportion* (pts.44 et 51)⁹⁰⁹. Affirmée en son principe, cette « *judicial self-restraint* » ne se reflète toutefois guère dans le reste de l'arrêt. S'il est vrai que la législation nationale semble jouir d'une « présomption de compatibilité » avec le droit communautaire, la Cour invite cependant le juge *a quo* à procéder à un examen approfondi de la transparence, de l'objectivité et du caractère *indispensable* (pt.49) du régime du « *must carry* ». Plus encore, elle rappelle au juge national que « les critères sur le fondement desquels l'octroi du statut de « *must carry* » est accordé doivent être non discriminatoires ». Cette dernière affirmation corrobore les impressions tirées de notre analyse de la jurisprudence *Schmidberger* - *Omega*. Elle laisse entendre que l'exigence de protection d'un droit fondamental n'est pas, *à l'inverse de considérations d'ordre public, de moralité ou de santé publique*, de nature à justifier une mesure nationale qui instaure une discrimination – fût-elle indirecte – entre les nationaux et les « libres circulants ». Un paradoxe, disions-nous...

§4. La protection des droits fondamentaux, un motif d'inapplication du droit communautaire

⁹⁰⁵ En ce sens, *Omega* se rapproche de l'affaire *Grogan* évoquée *supra*, n°607-612.

⁹⁰⁶ Cf. *supra*, n°131-132 et 157.

⁹⁰⁷ Cf. C. KOMBOS, *loc. cit.*, p.459. Sur la tension entre unité et diversité, ou entre intégrité et subsidiarité dans l'affaire *Omega*, cf. V. SEILER, « Subsidiarité et validité dans l'ordre juridique européen », *R.I.E.J.*, 2005, n°55, p.189-228, spéc. p.215-227. On notera que c'est également cette « subsidiarité judiciaire » qui est défendue avec force par D. PHELAN dans sa thèse de doctorat, largement consacrée à l'affaire *Grogan* : D. PHELAN, *Revolt or Revolution – The Constitutional Boundaries of the European Community*, 1997, spéc. p.369-431. *Adde* : ID., « Right to Life of the Unborn v Promotion of Trade in Services : The European Court of Justice and the Normative Shaping of the European Union », *M.L.R.*, 1992, p.670-689.

⁹⁰⁸ Cf. *supra*, n°636-637.

⁹⁰⁹ Dans le même sens, cf. les conclusions de l'AG Mengozzi dans l'affaire *Laval* précitée, pt.273.

697. – Dans divers conflits entre particuliers, la protection des droits fondamentaux a été brandie pour faire obstacle à l'*application* du droit communautaire en général, et des libertés de circulation en particulier. Ce sont d'abord les organisations de football qui, dans l'affaire *Bosman*, ont invoqué la liberté d'association pour se soustraire aux réquisits de la libre circulation des travailleurs. Ce sont ensuite les syndicats de marins qui, dans l'affaire *Viking*, ont prétendu que l'exercice du droit de grève tombait en dehors du champ d'application de la liberté d'établissement. C'est enfin l'organisation syndicale suédoise des ouvriers du bâtiment qui, dans l'affaire *Laval*, a fait valoir que « le droit de déclencher des actions collectives dans le cadre de la négociation avec un employeur échappe au champ d'application de l'article 49 CE, puisque (...) la Communauté n'est pas compétente pour réglementer ce droit » (pt.86).

698. – La Cour a toujours refusé d'assigner aux droits de l'homme un rôle de « rempart » protégeant les particuliers des impératifs de la libre circulation⁹¹⁰. Dans les affaires *Viking* et *Laval*, elle s'est exprimée très clairement à ce sujet – s'alignant par là sur les conclusions de ses avocats généraux : « (...) le caractère fondamental s'attachant au droit de mener une action collective n'est pas de nature à faire échapper une telle action, menée à l'encontre d'une entreprise établie dans un autre Etat membre (...), au champ d'application du droit communautaire » (*Laval*, pt.95 ; *mutatis mutandis*, *Viking*, pts.42-44).

699. – Si l'*exercice* d'un droit fondamental ne peut être invoqué par les *particuliers* pour échapper aux libertés de circulation, la nécessité de sa *protection* permet-elle aux *Etats* de s'exonérer de leurs obligations envers les « quatre libertés » ? La jurisprudence *Keck et Mithouard* de la Cour de justice permet de saisir toutes les implications qui découleraient d'une telle configuration des rapports entre droits fondamentaux et libertés de circulation⁹¹¹. Rappelons qu'en vertu de cette jurisprudence, les réglementations relatives à certaines modalités de vente sont proprement *exclues* du champ d'application de l'article 28 CE et, de ce fait, *soustraites* aux impératifs de libre circulation des marchandises. Seule la preuve de leur caractère discriminatoire *de iure* ou *de facto* permet de ramener ces réglementations dans le giron du traité CE. Transposé aux droits de l'homme, un tel raisonnement signifierait que toute mesure nationale afférente à la protection d'un droit fondamental échapperait, en principe, au champ d'application des libertés de circulation. Cette présomption ne pourrait être renversée qu'en démontrant les effets discriminatoires ou les finalités protectionnistes d'une telle mesure.

700. – On mesure aisément l'écart qui sépare semblable solution de celle adoptée par la Cour dans l'arrêt *Omega*. Il y lieu de remarquer à cet égard que la méthode *Keck* supprime pour de bon la « *priority in adjustment* » de la liberté de circulation. Elle empêche de considérer une mesure protégeant un droit de l'homme comme une entrave au commerce intracommunautaire et, dès lors, fait des droits de l'homme autre chose qu'un motif de justification *a posteriori*. Plus fondamentalement, on notera qu'une telle méthode va jusqu'à ôter toute pertinence à l'idéal de *conciliation* exprimé dans l'arrêt *Schmidberger*. En effet, en quoi serait-il nécessaire de pondérer les intérêts du libre-échange et des droits de l'homme dès lors que le champ d'application de l'un s'arrête là où commence celui de l'autre ?

701. – Cette approche des rapports entre droits de l'homme et libertés de circulation n'est bien évidemment pas à l'abri de toute critique. D'une part, elle ouvre la porte à de nombreux abus de la part des Etats, tentés de cacher des desseins inavouables derrière une rhétorique « droit-de-l'homme » rendue plus aisée encore par la générosité de la Charte des droits fondamentaux. Dès lors, « (...) it would require a mechanism or test at [a] pre-justification stage that would establish whether the fundamental rights invocation is based on truly 'fundamental' rights as a matter of Union law »⁹¹².

⁹¹⁰ A la différence des règles communautaires en matière de concurrence, qui ont été déclarées inapplicables à des accords « (...) conclus dans le cadre de négociations collectives entre partenaires sociaux en vue d'atteindre des objectifs de politique sociale, tels que l'amélioration des conditions d'emploi et de travail » (C-67/96 *Albany*, 21 septembre 1999, *Rec.*, 1999, p.I-5751).

⁹¹¹ Sur ce point cf. A. ALEMANN, *loc. cit.*, p.746-747.

⁹¹² J. MORIJN, *loc. cit.*, p.37.

D'autre part, force est de constater qu'une telle approche reviendrait en pratique à consacrer la primauté des droits de l'homme sur les libertés de circulation. Une présomption en faveur des droits fondamentaux se substituerait en effet à la présomption en faveur du libre-échange⁹¹³. A ceux qui approuveraient semblable résultat, on fera encore remarquer la fragilité d'une telle position de supériorité : une fois la présomption renversée – en démontrant par exemple l'effet discriminatoire *de facto* de la mesure mise en cause –, la réglementation litigieuse se trouverait automatiquement condamnée au regard de la liberté de circulation. Le bon sens interdit en effet de recourir à l'argument tiré de la protection des droits de l'homme à la fois en amont de l'examen d'une entrave à la libre circulation – au niveau de l'établissement de la présomption – et en aval de celui-ci – au niveau de la justification de l'entrave⁹¹⁴.

702. – La jurisprudence actuelle ne paraît guère s'acheminer vers une transposition de la doctrine *Keck et Mithouard* aux mesures nationales assurant la protection d'un droit de l'homme. Dans aucun arrêt traitant d'un conflit entre libre circulation et droits fondamentaux la Cour ne s'est aventurée dans cette voie dangeuse. Une exception mérite toutefois d'être mentionnée. Dans son arrêt *Schmidberger*, la CJCE a affirmé que certains droits fondamentaux – le droit à la vie et l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants – ne tolèrent aucune restriction (pt.80). Il faut sans doute en déduire que la « balance des intérêts » opérée par la Cour dans cet arrêt – qui, rappelons-le, concernait la liberté de réunion – n'est pas un mode de résolution universel des conflits entre droits fondamentaux et libre circulation. De ce *dictum* de la Cour, l'on peut probablement inférer que certains droits « absolus » (pt.80) jouissent d'une préséance de principe sur les « quatre libertés », qui se traduit nécessairement – s'agissant de droits indérogeables – par la « mise hors-jeu » de celles-ci. Reste à voir si, lorsque le jour viendra, la Cour mettra en pratique ce raisonnement théorique aux contours trop nets pour être vraiment convaincant⁹¹⁵.

703. – Les difficultés liées à sa mise en œuvre n'ont pas empêché le législateur communautaire d'adopter une telle approche dans le traitement des entraves causées à la libre circulation des marchandises par l'action des particuliers. Adopté au lendemain de l'arrêt « guerre des fraises »⁹¹⁶, le règlement n°2679/98⁹¹⁷ met en place un système de notification et d'information entre la Commission et les Etats membres. Appelant les Etats à « prendre toutes les mesures nécessaires et proportionnées pour supprimer [lesdites] entrave[s] » (art.5), il ne peut cependant « être interprété comme affectant d'une quelconque manière l'exercice des droits fondamentaux, tels qu'ils sont reconnus dans les Etats membres, y compris le droit ou la liberté de faire grève. Ces droits peuvent également comporter le droit ou la liberté d'entreprendre d'autres actions relevant des systèmes spécifiques de relations du travail propres à chaque Etat membre » (art. 2).

*
* *

⁹¹³ Dans le même sens, cf. les conclusions présentées par l'AG Mengozzi dans l'affaire *Laval* précitée, pt.84 : « Ecarter dans toutes les hypothèses l'applicabilité des libertés de circulation du traité au motif de garantir la protection des droits fondamentaux reviendrait en réalité à consacrer une hiérarchie entre des règles ou des principes du droit primaire qui, si elle n'est pas nécessairement dénuée de pertinence, n'est pas admise en l'état actuel du droit communautaire ».

⁹¹⁴ Des questions similaires se posent dans le cadre des relations entre le « chapeau » de l'article XX du GATT et les motifs de dérogation prévus par ce dernier. Cf. par exemple le rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Prohibitions à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, 12 octobre 1998 (WT/DS58/AB/R), spéc. §148-149.

⁹¹⁵ Ce raisonnement confère en effet une valeur absolue à des droits aux contours flous. Il obligera par exemple la Cour à déclarer hors du champ d'application du droit communautaire une mesure qui, dictée par la protection du droit à la vie de l'enfant à naître, empêche les femmes enceintes de quitter le territoire national, de peur qu'elles se rendent à l'étranger pour y subir une interruption volontaire de grossesse.

⁹¹⁶ Cf. *supra*, n°691.

⁹¹⁷ Règlement 2679/98 du Conseil du 7 décembre 1998 relatif au fonctionnement du marché intérieur pour ce qui est de la libre circulation des marchandises entre les Etats membres, *J.O.*, 12 décembre 1998, L 337/8–9. Pour un regard critique sur ce règlement et sur la réponse qu'il fournit à l'arrêt « guerre des fraises », cf.e.a. G. ORLANDINI, « The Free Movement of Goods as a Possible "Community" Limitation on Industrial Conflict », *E.L.J.*, 2000, p.341-362.

704. – La jurisprudence communautaire relative aux conflits entre libertés de circulation et droits fondamentaux n'est pas un exemple de sécurité juridique. Le « flou » s'y manifeste au moins à trois niveaux. D'abord, dans l'identification même de ce qui constitue un droit fondamental. Si les collisions entre une liberté de circulation et un droit de l'homme apparaissent parfois explicitement dans les arrêts de la Cour, la présence discrète de conflits « manqués » et « potentiels » nous démontre que « [m]uch of the Court's case-law is concerned in one way or another with fundamental rights even though the concept of fundamental rights or human rights does not appear on a computer search »⁹¹⁸.

705. – Le « sfumato » qui enveloppe les contours de cette jurisprudence en influence inévitablement le contenu. On est ainsi tenté de penser que certaines raisons, étrangères aux droits de l'homme, invoquées par les Etats pour se soustraire aux impératifs de la libre circulation emportent un respect plus grand que d'autres arguments tirés du respect des droits fondamentaux. A preuve de ce constat, on évoquera la marge d'appréciation importante laissée aux Etats en matière de réglementation de loteries et de paris, expressément refusée aux autorités autrichiennes dans l'affaire *Familiapress*, et régulièrement déniée à la protection d'intérêts – tels la protection de la santé ou de l'environnement – que d'aucuns n'hésitent pas à qualifier de droits fondamentaux.

706. – Enfin, même lorsque la Cour reconnaît *in casu* la nature fondamentale du droit invoqué, le traitement qu'elle lui réserve demeure singulièrement nébuleux. Tantôt la protection de tel droit fondamental est ravalée au rang d'exigence impérative d'intérêt général, tantôt le respect de tel autre est considéré comme une raison expresse prévue par le traité, tantôt la promotion de tel autre encore est élevée au statut d'intérêt concurrent, équivalent aux libertés de circulation.

707. – Nous reparlerons plus loin de ces insuffisances, avant de proposer des pistes pour y remédier. On se contentera pour l'heure de faire observer que ces difficultés ne sont sans doute pas sans lien avec la « crise d'identité » que traverse aujourd'hui la construction européenne. Elles expriment en particulier la double tension qui se trouve au cœur même du projet européen, entre marchand et non-marchand et entre unité et diversité.

Section 2. Les droits fondamentaux face à la construction du marché intérieur

« Il ne faut pas perdre de vue que la directive n'a pas pour seule finalité de protéger l'environnement, mais qu'elle vise également à garantir le fonctionnement du marché intérieur, à éviter les entraves aux échanges ainsi que les distorsions et restrictions de la concurrence à l'intérieur de la Communauté. Il ne faut pas oublier que le second objectif n'est pas subordonné au premier, mais que l'un et l'autre se trouvent sur pied d'égalité. »⁹¹⁹

« As a result, it is clear that the Community no longer dances to the tune of the internal market alone. (...) There has been a definite shift in the character of the Community, away from the domination of the internal market and its concomitant ideal of a uniform legal regime embracing all the Member States, and in favour of a broader range of potentially conflicting economic and social-welfare policy agendas with the obligation to accept a greater degree of legal diversity if each is to be addressed successfully within a more challenging political and institutional environment »⁹²⁰.

708. – La libre circulation entre les Etats membres est un objectif qui ne se réalise pas par le seul effet de l'intégration économique négative. L'abolition des frontières nationales et l'établissement du

⁹¹⁸ F. JACOBS, « Human Rights in the European Union », *E.L.R.*, 2001, vol.26, p.341.

⁹¹⁹ AG. JARABO-COLOMER, conclusions présentées le 13 septembre 2001 dans l'affaire C-233/99 *Hansen*, *Rec.*, 2002, p.I-3107, pt.22.

⁹²⁰ M. DOUGAN, « Minimum Harmonization and the Internal Market », *C.M.L.R.*, vol.37, 2000, p.859 et p.884.

marché intérieur requièrent une intervention positive du législateur communautaire, visant à harmoniser les réglementations nationales. Seul un « terrain de jeu aplani » permettra aux acteurs économiques et aux citoyens européens de jouir pleinement et sans contraintes de leurs droits à la libre circulation.

709. – Les pages qui suivent se concentrent précisément sur ces mesures de rapprochement des législations nationales prises dans le cadre de l'établissement du marché intérieur. Il s'agira de s'interroger sur les différents types de conflits susceptibles d'opposer ces normes de droit dérivé aux impératifs de respect des droits fondamentaux⁹²¹. Nous verrons que ces conflits sont à la fois plus variés et plus difficiles à cerner que ceux qui surgissent dans le cadre de l'intégration économique négative. Ces oppositions apparaissent à des niveaux très divers (B) et sont appréhendées par la Cour de justice d'une manière très différente de celle qu'on a pu observer plus haut (C). Mais pour bien comprendre les enjeux qui sous-tendent de tels antagonismes, nous commencerons par décrire sommairement le contexte dans lequel ils s'inscrivent (A).

A. Les antécédents du conflit

710. – Les mesures de rapprochement⁹²² des législations nationales constituent un instrument indispensable à la réalisation de l'intégration économique. Apanage des institutions « politiques » de la Communauté – la Commission, le Conseil, le Parlement –, elles complètent l'harmonisation « négative » accomplie par le juge au moyen des libertés de circulation. Elles suppriment les barrières techniques et administratives au commerce intracommunautaire, et assurent la protection des intérêts non-marchands – la protection du consommateur, la préservation de l'environnement, etc. – mis à mal, au niveau national, par le souffle dérégulateur du principe de la reconnaissance mutuelle.

711. – Le traité CE ne manque pas de bases juridiques susceptibles de fonder l'action communautaire dans ce domaine. Parmi celles-ci, certaines s'appliquent à un secteur déterminé, tel que la libre circulation des travailleurs (art.40), la liberté d'établissement (art.47) ou la libre prestation des services (art.55). D'autres ont en revanche un champ d'application plus large. Ainsi en est-il des articles 94 et 95 CE, qui habilient les institutions communautaires à adopter toutes les mesures de rapprochement des législations « nécessaires à l'établissement et au fonctionnement du marché intérieur »⁹²³. Nous reviendrons plus loin sur la portée et les limites des habilitations contenues dans ces bases juridiques. Pour l'instant, nous voudrions simplement souligner la présence, au cœur même du processus d'harmonisation, de la double tension évoquée plus haut : entre valeurs marchandes et non-marchandes d'une part, entre unité et diversité, d'autre part.

712. – La première de ces tensions apparaît clairement lorsque l'on s'interroge sur les *finalités* du processus de rapprochement des réglementations nationales. A première vue, ce processus poursuit exclusivement des objectifs économiques ; en favorisant la création et l'établissement du marché intérieur, il assure le libre-échange et « nivelle le terrain de jeu » (« *levels the playing-field* ») des

⁹²¹ On ne parlera ici que des situations dans lesquelles surgit une véritable *opposition* entre la dynamique intégratrice du marché intérieur, telle que concrétisée par la mesure de droit dérivé, et l'exigence de respect d'un droit fondamental. On n'abordera donc pas les situations dans lesquelles une mesure de rapprochement des législations est le *siège* d'une opposition entre deux droits de l'homme, qui ne remet pas en cause le contenu ou la dynamique intégratrice de cette mesure. Ainsi en est-il par exemple de l'affaire *Varec* (C-450/06, conclusions d l'AG Sharpston présentées le 25 octobre 2007, non encore publiées au Recueil), qui porte sur l'interprétation des règles communautaires relatives à la passation et à l'attribution de marchés publics au regard d'un conflit entre le droit à une procédure équitable et le droit au secret des affaires. Ainsi en est-il encore des affaires *Katsikas* (C-132, 138 et 139/91, 16 décembre 1992, *Rec.*, 1992, p.I-6577) et *Hans Werhof* (C-499/04, 9 mars 2006, *Rec.*, 2006, p.I-2397), portant sur l'interprétation de la directive 77/187/CEE relative au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises à l'aune du « droit au libre choix de son employeur » (*Katsikas*) et à l'aune de la liberté d'association – négative – de celui-ci (*Hans Werhof*).

⁹²² « I had better say at once that, if the authors of the Treaty meant something different by the terms 'harmonisation' and 'approximation' [rapprochement], which are used in different Articles, they were too clever for the Community legislator, for the Court of Justice and for me. In practice, the terms are entirely interchangeable (...) » (A. DASHWOOD, « The Limits of European Community Powers », *E.L.R.*, 1996, p.120).

⁹²³ L'article 94 parle de marché « commun ».

acteurs économiques. Cette première impression paraît confirmée par le fait que loin de disposer d'une « compétence générale pour réglementer le marché intérieur »⁹²⁴, le législateur communautaire n'est habilité à intervenir qu'en vue de « l'élimination d'entraves à la libre circulation des marchandises et à la libre prestation des services » ou de « la suppression de distorsions de concurrence »⁹²⁵. L'action des autorités communautaires semble ainsi exclusivement dictée par la satisfaction de « valeurs marchandes ». Sous cette expression un peu vague, l'on entend les « valeurs du marché » – pour le dire rapidement : le libre-échange et la libre concurrence⁹²⁶.

713. – Depuis la communication de la Commission relative à l'arrêt *Cassis de Dijon*⁹²⁷, on sait cependant que le processus d'harmonisation se concentre avant tout sur les mesures qui *résistent* à l'intégration économique négative, de telle sorte que les réglementations nationales qui obéissent à une exigence impérative d'intérêt général sont les premières cibles des efforts de rapprochement au niveau communautaire. On saisit facilement les implications de ce travail « en tandem » qui unit le juge et le législateur communautaires. Là où elle fait obstacle aux impératifs de la libre circulation, la protection des intérêts non-marchands se trouve *au cœur* du processus d'harmonisation législative. Et alors que le principe de la libre circulation pointe de manière univoque dans le sens de l'intégration économique, les mesures de rapprochement des législations prennent la forme d'un compromis délicat entre les exigences du marché et la nécessaire sauvegarde des intérêts concurrents. Par où l'on met au jour un nouveau paradoxe, qui veut que l'établissement du marché intérieur requière la protection de valeurs qui lui sont *a priori* hostiles.

714. – On rétorquera sans doute que la préservation de ces intérêts non-marchands n'en demeure pas moins qu'un *moyen* au service de l'objectif final que constitue l'intégration économique. En d'autres termes, que les mesures de rapprochement des législations nationales prennent la forme d'une balance entre intérêts concurrents ne signifie pas pour autant que cette balance soit voulue pour elle-même. Elle représente au contraire une concession arrachée par les Etats à l'idéal du grand marché.

715. – Si elle ne manque pas de pertinence, cette lecture « machiavélique » de la dynamique intégrative ne rend toutefois pas justice aux principes transversaux consacrés dans les articles 2, 3, 6, 152 et 153 CE. Ces dispositions imposent aux autorités communautaires d'assurer, dans l'ensemble de leurs activités, un niveau élevé de protection de l'environnement, de la santé humaine, et des consommateurs. On notera en outre qu'aux termes de l'article 95, §3, - disposition expressément consacrée au rapprochement des législations – « la Commission, dans ses propositions (...) en matière de santé, de sécurité, de protection de l'environnement et de protection des consommateurs, prend pour base un niveau de protection élevé ». On l'aura compris, la politique d'harmonisation législative au niveau communautaire est traversée de part en part par le souci d'assurer à la fois la poursuite de l'intégration économique et la sauvegarde d'intérêts non-marchands.

716. – La tension entre unité et diversité se fait quant à elle davantage sentir au niveau des *formes* que revêt le processus de rapprochement des législations. Nul n'ignore à cet égard que le législateur communautaire opte bien souvent pour une harmonisation *minimale* des réglementations nationales⁹²⁸. Dans cette hypothèse, la mesure de droit dérivé prévoit un standard de protection « plancher » en dessous duquel les Etats sont défendus d'aller. Elle ne fixe en revanche pas de plafond, et permet ainsi aux autorités nationales de mettre sur pied une réglementation plus protectrice de l'intérêt en cause.

⁹²⁴ C-376/98 *Allemagne c. Parlement et Conseil*, 5 octobre 2000, *Rec.*, 2000, p.I-8419, pt.83.

⁹²⁵ *Ibidem*, pt.95.

⁹²⁶ On ne confondra pas cette acception avec une autre définition que l'on donne souvent à l'expression « valeur marchande », qui assimile celle-ci à la valeur patrimoniale ou monétaire d'un bien. Sur ce second sens, cf. M.-A. FRISON-ROCHE, « Valeurs marchandes et ordre concurrentiel », in *L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, 2003, p.223-233.

⁹²⁷ *Communication de la Commission sur les suites de l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, le 20 février 1979, dans l'affaire 120/78 (Cassis de Dijon)*, *J.O.*, 3 octobre 1980, n°C 256/2.

⁹²⁸ On notera qu'en fonction de la base juridique sur laquelle elles fondent leur action, les autorités communautaires n'ont pas toujours la possibilité de recourir à l'harmonisation minimale. Ainsi en est-il des mesures fondées sur l'article 94 CE (C-52/00 *Commission c. France*, 25 avril 2002, *Rec.*, 2002, p.I-3827).

Cette manière d'assurer la diversité sans rompre l'uniformité n'est évidemment pas dépourvue de problèmes.

717. – Ces difficultés découlent principalement du flou qui entoure aujourd'hui encore la technique de l'harmonisation minimale. De deux choses l'une, en effet. On peut d'une part considérer que cette technique permet à un Etat de refuser la mise sur le marché national de produits ou de services étrangers qui ne se conforment pas aux standards – plus élevés – établis par la législation de cet Etat. On conviendra toutefois que si elle protège la diversité dans l'Union européenne et favorise l'autonomie réglementaire des Etats, une telle solution ne semble guère de nature à promouvoir l'uniformité nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur. L'harmonisation des législations perd en effet beaucoup de son intérêt dès lors que chaque Etat peut unilatéralement en annihiler les effets intégrateurs.

718. – D'autre part – et à l'inverse –, on est tenté de considérer que toute mesure d'harmonisation minimale doit contenir une clause de libre circulation interdisant aux Etats de fermer leur marché aux produits ou aux opérateurs qui satisfont aux exigences minimales imposées par le droit communautaire. En ce sens, les réglementations plus strictes édictées par un Etat ne peuvent s'appliquer qu'aux seuls opérateurs économiques établis sur le territoire de cet Etat. Plus conforme à la dynamique du marché intérieur, cette alternative est en revanche peu respectueuse de la diversité des solutions nationales. Derrière elle se profile en effet le spectre de la « discrimination à rebours », qui voit les produits et services nationaux souffrir de la concurrence « déloyale » des agents économiques soumis une réglementation moins sévère. Cette situation suscite à son tour le risque d'une *race to the bottom* au terme de laquelle tous les Etats, soucieux d'éviter les délocalisations massives, adopteraient les standards minimums établis par le droit communautaire.

719. – Pour finir, on notera que même les mesures d'harmonisation exhaustive n'échappent pas toujours à cette tension entre unité et diversité. L'article 95 CE – la base juridique la plus utilisée pour le rapprochement des législations – prévoit en effet la possibilité pour les Etats de maintenir ou d'introduire une réglementation nationale plus protectrice après l'adoption d'une mesure d'harmonisation. Cette faculté de dérogation obéit toutefois à un régime particulièrement strict sur lequel nous reviendrons.

720. – Les conflits entre la protection des droits fondamentaux et les mesures de rapprochement des législations interviennent bien souvent au cœur de cette double tension entre valeurs marchandes et non-marchandes d'une part, et entre unité et diversité de l'autre. Tantôt explicitement invoqués pour remettre en cause la « pondération des intérêts » consacrée par la mesure d'harmonisation, tantôt cachés derrière les dérogations accordées au profit des Etats « avancés »⁹²⁹, tantôt encore invoqués pour justifier une entrave ponctuelle à la libre circulation, les droits fondamentaux font l'objet des sollicitations les plus diverses. Il s'en faut de beaucoup cependant que leur usage soit parfaitement cohérent.

B. Les lieux du conflit

721. – A la lecture de la jurisprudence communautaire, on s'aperçoit que l'opposition entre la protection des droits fondamentaux et les impératifs du marché intérieur est susceptible de prendre des formes très diverses. Des conflits « explicites », « manqués » et « potentiels »⁹³⁰ surgissent au niveau

⁹²⁹ S. KARAGIANNIS, « L'harmonisation des réglementations nationales et la prise en compte des Etats « avancés » », *R.B.D.I.*, 1998/2, p.599-660.

⁹³⁰ Pour rappel, les conflits « explicites » désignent les situations dans lesquelles la Cour reconnaît *explicitement* la mise en cause d'un droit fondamental. Les conflits « manqués » recouvrent quant à eux les hypothèses qui mettent en cause un principe ou un intérêt qui a été qualifié de « droit fondamental » par la Cour dans un autre arrêt. Quant aux conflits « potentiels », on se souviendra qu'ils désignent les cas mettant en cause la protection d'un intérêt ou d'un principe qui, tout en n'ayant jamais été élevé au statut de droit fondamental par les juridictions communautaires, est pourtant considéré comme tel par d'autres acteurs de l'ordre juridique européen (les rédacteurs de la Charte des droits fondamentaux, la Cour européenne des droits de l'homme, des avocats généraux...).

de la *validité* (§2), de l'*étendue* (§3) et de l'*application* (§4) des mesures communautaires de rapprochement des législations. Mais avant de se pencher sur la jurisprudence communautaire, il convient de formuler quelques réflexions préliminaires (§1^{er}).

§ 1^{er}. Observations préliminaires

722. – Afin de bien mesurer l'intérêt des arrêts commentés ci-dessous, il échet de s'arrêter un instant pour considérer, dans une perspective théorique, les rapports qui existent entre l'intégration économique négative – telle que réalisée par la Cour de justice au moyen des libertés de circulation – et l'intégration économique positive – telle que mise en oeuvre par le législateur communautaire à l'aide des mesures de rapprochement des législations nationales. Nul ne contestera que ces deux dynamiques poursuivent un même objectif, à savoir l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur. L'une et l'autre peuvent donc être représentées sous la forme d'une flèche pointant dans une direction commune, celle d'un terrain de jeu égalisé, ouvert à tous les acteurs économiques.

723. – Les similitudes s'arrêtent cependant là. On constatera en effet que les libertés de circulation constituent des principes – des commandements ? – simples, unidirectionnels, univoques qui, selon la formule consacrée par la Cour elle-même, s'opposent à « toute mesure susceptible d'entraver, directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire »⁹³¹. Hostiles à toute forme de frein aux échanges transfrontières, ces libertés relèvent sans conteste de l'idéologie libérale du « laisser faire, laisser passer ». On n'ira certes pas jusqu'à affirmer qu'elles se ramènent à l'expression d'un droit inconditionnel au libre exercice de l'activité économique. Inapplicables à « certaines modalités de vente » et aux situations purement internes à un Etat, les libertés de circulation n'ont probablement pas (plus ?) l'étoffe d'une *economic due process clause*⁹³². Il n'empêche. En oeuvrant à la mise en place d'un terrain de jeu uniforme pour les acteurs économiques, ces libertés en gommant systématiquement les dénivellations. Et de même que la manière la plus facile d'égaliser un terrain consiste à l'aplatir, de même le chemin qui mène le plus sûrement au marché intérieur passe par l'abolition, en son sein, de toute forme de réglementation étatique.

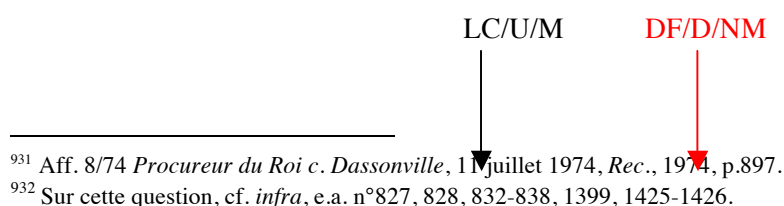
724. – Animées par la force dérégulatrice du marché, les libertés de circulation heurtent de plein fouet les valeurs non-marchandes. Dans ce contexte, le conflit opposant la protection des droits fondamentaux (DF) et les libertés de circulation (LC) prend généralement la forme d'un choc *frontal* entre les impératifs du marché (M) et la sauvegarde d'intérêts non économiques (NM), d'une part, et entre la dynamique uniformisante du marché (U) et la diversité des traditions constitutionnelles (D), de l'autre :

Fig.1
Libertés de circulation c. droits fondamentaux



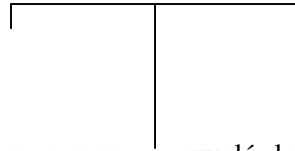
725. – La tâche délicate consistant à pondérer ces intérêts antagonistes et à concilier ces forces divergentes revient au juge communautaire :

Fig.2
Arbitrage juridictionnel du conflit entre libertés de circulation et droits fondamentaux



⁹³¹ Aff. 8/74 *Procureur du Roi c. Dassonville*, 11 juillet 1974, *Rec.*, 1974, p.897.

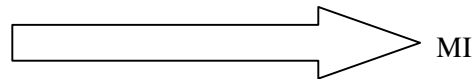
⁹³² Sur cette question, cf. *infra*, e.a. n°827, 828, 832-838, 1399, 1425-1426.



726. – Au terme de cet arbitrage sans cesse renouvelé, la dynamique du marché intérieur (MI) est rétablie, plus solide mais aussi plus complexe qu’auparavant :

Fig.3

Résultante jurisprudentielle

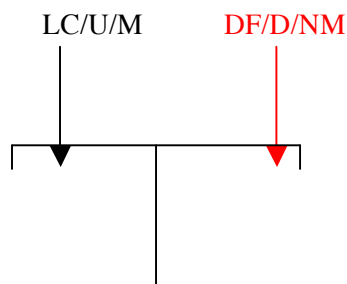


L’établissement du marché unique ne rime plus avec la consécration de l’ultralibéralisme « hayekien » mais passe bien plutôt par la médiation des impératifs économiques et des valeurs non-marchandes.

727. – L’intégration économique *positive* telle que mise en œuvre par les mesures de rapprochement des législations nationales procède quant à elle directement du désir d’équilibrer et de concilier les intérêts en présence. Au commandement impérieux et univoque des libertés de circulation se substitue un compromis législatif :

Fig.4

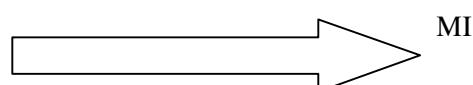
Compromis législatif entre libertés de circulation et droits fondamentaux



728. – L’égénéralisation du terrain de jeu passe ici moins par un processus d’écêtement ou d’abolition des réglementations nationales que par le biais d’un alignement de celles-ci sur un standard commun. S’il apparaît à la fois plus durable et plus acceptable aux yeux des Etats que celui auquel parvient le juge communautaire, le compromis ainsi atteint a néanmoins pour objectif de favoriser l’intégration économique et l’établissement du marché intérieur (MI) :

Fig.5

Résultante législative

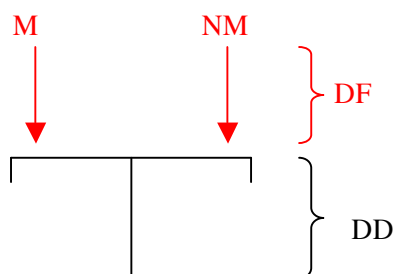


729. – Dans ce contexte d'intégration économique *positive*, les conflits entre libre circulation et droits fondamentaux prennent nécessairement une tout autre allure. Ils mettent en lumière des questions – et des tensions – différentes selon qu'ils portent sur la validité, sur l'application, ou sur les dérogations relatives aux mesures de rapprochement des législations nationales.

§2. *La validité des mesures de rapprochement*⁹³³

730. – Lorsque la validité d'une mesure de droit dérivé (DD) de rapprochement des législations nationales est mise en cause en raison d'une atteinte à un droit fondamental, c'est bien souvent le compromis opéré par ladite mesure qui se trouve questionné. L'équilibre réalisé, au niveau législatif communautaire, entre la dynamique dérégulatoire du marché et la nécessaire protection d'intérêts non-marchands se voit ainsi contesté devant le juge de Luxembourg :

Fig.6
Contentieux en validité – règle générale



731. – On ne saurait ignorer les différences qui séparent ce type de conflit « au second degré » du choc frontal opposant les libertés de circulation aux droits de l'homme. D'une part, il est ici demandé à la Cour de réexaminer (« *second-guess* ») la justesse d'un arbitrage déjà opéré par le législateur communautaire. D'autre part – et c'est un point essentiel –, les droits fondamentaux ne s'identifient plus uniquement aux valeurs non-marchandes, tels les derniers remparts érigés contre les dérives de l'ultralibéralisme. Bien au contraire, ils apparaissent bien souvent du côté du marché, brandis par les acteurs économiques eux-mêmes contre des réglementations qui briment leurs libertés. C'est cette « face de Janus » des droits de l'homme – et les desseins rhétoriques qu'elle est parfois amenée à servir – qu'il convient d'examiner maintenant, non sans avoir annoncé d'emblée qu'*aucun* des plaidoyers évoqués ci-dessous n'a conduit la Cour de justice à annuler les mesures dont ils postulaient l'invalidité.

a) Un déséquilibre au détriment du marché

732. – Il n'est pas rare que la Cour de justice soit saisie d'une affaire dans laquelle des opérateurs économiques mettent en cause la validité d'une législation communautaire au regard des droits fondamentaux à la propriété et au libre exercice de l'activité économique. Dans ces hypothèses, les droits de l'homme sont invoqués pour demander un surcroît de dérégulation. Emanations de la liberté individuelle, ils imposent aux autorités communautaires une obligation d'abstention. Les exemples de cet usage très « libéral » des droits fondamentaux sont légion : ont ainsi fait l'objet d'un examen de validité en ce sens les mesures de rapprochement des législations en matière de traitement des huiles

⁹³³ Nous intégrons dans cette sous-section les affaires qui, bien que portant formellement sur l'interprétation d'une norme communautaire, questionnent en réalité la validité de celle-ci. Ainsi en est-il des cas où une des parties au litige conteste le bien-fondé d'une interprétation donnée du droit dérivé au motif que si elle devait être reçue, une telle lecture aboutirait à méconnaître certains droits fondamentaux.

usagées⁹³⁴, de mise sur marché des médicaments vétérinaires⁹³⁵, de protection du droit d'auteur⁹³⁶, de reconnaissance rapide de médicaments⁹³⁷, d'expérimentations animales dans le cadre de la fabrication de cosmétiques⁹³⁸ ou encore de commercialisation des compléments alimentaires⁹³⁹. Les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination sont eux aussi régulièrement invoqués pour faire obstacle à une réglementation qui s'applique à un secteur déterminé mais n'englobe pas des domaines d'activités analogues⁹⁴⁰.

733. – Plus rarement, c'est la liberté d'expression qui est invoquée à l'appui de l'idéologie du « laisser faire, laisser passer ». Les restrictions relatives à la publicité sont bien évidemment des cibles de choix à cet égard, comme en témoigne l'affaire *RTL Television*⁹⁴¹. Cette affaire portait sur la validité d'une directive limitant le nombre et la durée des pauses publicitaires au cours de la transmission d'une œuvre audiovisuelle. Une des parties au litige estima que dans la mesure où elles concernaient les téléfilms, les restrictions prévues par la directive portaient indûment atteinte à la liberté d'expression – commerciale – des organismes de radiodiffusion télévisuelle. Dans le même sens, la nouvelle directive en matière de publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac a fait l'objet d'un recours en annulation⁹⁴². Parmi les différents griefs invoqués à l'encontre de cette directive, l'Allemagne – la requérante en l'espèce – la jugeait contraire à la liberté d'expression dès lors que l'interdiction de publicité qu'elle édicte est « (...) de nature à priver les organes de presse de larges recettes publicitaires, qui constitu[ent] une part substantielle de leurs revenus, surtout dans des Etats membres où, comme en Allemagne, le secteur concerné ne bénéfici[e] pas de subventions étatiques. Un tel manque à gagner entraînerait une sensible diminution du contenu éditorial, voire la fermeture de certaines entreprises d'édition, ce qui contribuerait à affaiblir de manière significative le pluralisme de la presse et, par voie de conséquence, la liberté d'expression »⁹⁴³.

734. – Invoquée à l'appui d'une plus grande libéralisation des échanges, la liberté d'expression est parfois revendiquée par les opérateurs économiques non pas pour eux-mêmes – tels les publicitaires ou les opérateurs de télédiffusion évoqués ci-dessus – mais bien – du moins l'assurent-ils – pour le bénéfice des consommateurs. L'affaire *Laserdisken*⁹⁴⁴ nous en fournit une bonne illustration. Cette affaire concernait la validité de l'article 4, §2, de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. La disposition litigieuse limitait la règle de l'épuisement du droit d'auteur au seul territoire de la Communauté. En d'autres termes, cette règle laissait au détenteur du droit d'auteur la possibilité de s'opposer à l'importation – et à la commercialisation – de son œuvre dans un Etat membre de la Communauté lorsqu'il avait seulement consenti à cette commercialisation en dehors du territoire communautaire. *Laserdisken*, une société consacrée à la vente de copies d'œuvres cinématographiques, considéra qu'une telle restriction au libre-échange « (...) a pour effet de priver les citoyens de l'Union de leur droit de recevoir des informations, en violation de l'article 10 de la [CSDH] » (pt.60 de l'arrêt).

735. – Enfin, on notera que certaines entreprises n'ont pas hésité à invoquer le droit à la vie privée pour contester la validité d'une réglementation relative à la commercialisation de certains compléments alimentaires. Elles estimaient qu'une telle interdiction « comporte une atteinte injustifiée et disproportionnée à la capacité des producteurs de compléments alimentaires à poursuivre leurs activités exercées jusqu'ici en toute légalité ainsi qu'au droit individuel au libre choix des produits

⁹³⁴ Aff. 240/83 Procureur de la République contre Association de défense des brûleurs d'huiles usagées (ADBHU), 7 février 1985, *Rec.*, 1985, p.531.

⁹³⁵ C-127/95 *Norbrook Laboratories*, 2 avril 1998, *Rec.*, 1998, p.I-1531.

⁹³⁶ C-200/96 *Metronome Musik GmbH c Music Point Hokamp GmbH*, 28 avril 1998, *Rec.*, 1998, p.I-1953.

⁹³⁷ C-368/96 *The Queen c. The Licensing Authority, ex parte Generics*, 3 décembre 1998, *Rec.*, 1998, p.I-7967.

⁹³⁸ C-244/03 *France c. Parlement et Conseil*, 24 mai 2005, *Rec.*, 2005, p.I-4021.

⁹³⁹ C-154/04 et C-155/04 *Alliance for Natural Health*, 12 juillet 2005, *Rec.*, 2005, p.I-6451.

⁹⁴⁰ Cf.e.a. C-210/03 *Swedish Match*, 14 décembre 2004, *Rec.*, 2004, p.I-11893 ; C-154/04 et C-155/04 *Alliance for Natural Health* précité.

⁹⁴¹ C-245/01 *RTL Television*, 23 octobre 2003, *Rec.*, 2003, p.I-12489.

⁹⁴² C-380/03 *Allemagne c. Parlement et Conseil*, 12 décembre 2006, *Rec.*, 2006, p.I-11573.

⁹⁴³ Conclusions de l'AG Léger du 13 juin 2006, pt.203.

⁹⁴⁴ C-479/04 *Laserdisken*, 12 septembre 2006, non encore publié au Recueil.

alimentaires »⁹⁴⁵. Ce même droit à la vie privée a encore été invoqué par la République d'Irlande à l'appui d'une interprétation restrictive de l'article 3, §1^{er}, de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation des droits d'auteur⁹⁴⁶. Cette disposition instituait le droit exclusif des auteurs d'autoriser ou d'interdire la communication au public de leurs œuvres. L'Irlande prétendit que la notion de « communication au public » ne pouvait s'étendre à la diffusion télévisée d'une œuvre à l'intérieur d'une chambre d'hôtel – par opposition à une même diffusion dans un lieu public de l'établissement hôtelier –, sous peine de porter atteinte à l'article 8 CSDH⁹⁴⁷.

736. – A côté de ces conflits « explicites », on relèvera l'existence de certains conflits « manqués ». On notera en effet qu'à plusieurs reprises, le compromis atteint par une mesure de rapprochement des législations – entre dérégulation et re-régulation, entre impératifs du marché et protection des valeurs non-marchandes – a été remis en cause au motif qu'il portait atteinte à... la libre circulation des marchandises elle-même. Il s'agit bien là de conflits « manqués » dès lors que la Cour n'a pas hésité, en certaines occasions, à qualifier cette liberté de circulation de « droit fondamental »⁹⁴⁸ ou de « liberté fondamentale »⁹⁴⁹. En outre, la Cour a reconnu de longue date que l'interdiction des restrictions quantitatives et des mesures d'effet équivalent édictée par l'article 28 CE s'appliquait non seulement aux réglementations étatiques, mais aussi aux mesures adoptées par les institutions communautaires⁹⁵⁰.

737. – Qu'une liberté de circulation puisse entrer en conflit avec une mesure de droit dérivé visant à assurer le fonctionnement du marché intérieur, voilà qui confirme la différence fondamentale entre les processus d'intégration économique négative et positive dans l'ordre juridique communautaire. Alors que le premier porte en lui – au moins en puissance – un impératif quasi-« hayekien » de dérégulation totale – le rêve d'un *marché unifié* –, le second part du principe que la construction du marché intérieur – et, partant, l'exercice des libertés de circulation – requiert la mise en place d'un compromis entre valeurs *marchandes* et *non-marchandes* d'une part, et entre *unité* et *diversité* de l'autre⁹⁵¹. On rappellera à cet égard la différence entre les libertés de circulation communautaires et la *dormant commerce clause* américaine. N'ayant vocation à s'appliquer qu'aux réglementations étatiques en l'absence d'une intervention fédérale, cette dernière s'analyse moins comme un droit subjectif à la dérégulation que comme une clause négative de compétence à l'adresse des autorités fédérées⁹⁵².

⁹⁴⁵ C-154/04 et C-155/04 *Alliance for Natural Health*, précité, pt.121.

⁹⁴⁶ C-306/05 *SGAE c. Rafael Hoteles*, 7 décembre 2006, *Rec.*, 2006, p.I-11519, pt.49-52.

⁹⁴⁷ Pour un conflit implicite entre la protection du droit à la marque et la sauvegarde du droit à la vie privée dans le cadre d'une question préjudicielle en interprétation, cf. C-223/98 *Adidas*, 14 octobre 1999, *Rec.*, 1999, p.I-7081. Les conclusions rendues le 10 juin 1999 par l'AG Cosmas dans cette affaire campent explicitement les termes du conflit.

⁹⁴⁸ C-228/98 *Dounias c. Ministre des Affaires économiques*, *Rec.*, 2000, p.I-577, pt.64.

⁹⁴⁹ Cf. notamment C-394/97 *Heinonen*, 15 juin 1999, *Rec.*, 1999, p.I-3599, pt.38 ; C-112/00 *Schmidberger*, arrêt précité, pt.62 et 74.

⁹⁵⁰ Cf déjà aff. 15/83 *Denkavit Nederland*, 17 mai 1984, *Rec.*, 1984, p.2171, pt.15. Sur cette question, cf. K. BOSKOVITS, *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses Etats membres*, 1999, p.725-733.

⁹⁵¹ Avec l'AG Fennelly, on notera ainsi que « la libre circulation des marchandises peut en effet être favorisée par des mesures qui empêchent, restreignent ou rendent plus difficile la circulation de marchandises spécifiques » (conclusions présentées le 15 juin 2000 dans les affaires C-376/98 *Allemagne c. Parlement et Conseil* et C-74/99 *International Tobacco*, *Rec.*, 2000, p.I-8419, pt.86). L'on retrouve ici la notion de « marché institutionnel » dégagée par J. Rueff pour désigner l'intégration économique ambitionnée par les auteurs des traités : « Au 'laissez-passer' total, ils ont préféré un marché limité au domaine géographique dans lequel la création des Institutions sans lesquelles le marché ne pourrait, ni exister, ni durer, était politiquement possible. Au 'laissez-faire' total, ils ont préféré le laissez-faire limité par des interventions qui lui donneraient une chance d'être moralement et politiquement acceptable » (cité par L. AZOULAI, *Les garanties procédurales en droit communautaire*, inédit, 2000, n°29).

⁹⁵² Sur tout ceci, cf. *supra*, n°438 et s. On notera toutefois que « [w]here the principle that the Community Institutions too are obliged to respect the rules on free movement seems undisputed, the extent to which they have to do so is contentious. In academic literature different views are presented as to the question of whether the Community legislature should be bound in the same way as Member States to the Treaty rules on free movement. (...) The more dominant view (...) that the Community is not bound in the same way as Member States are, but has a margin of discretion in issuing harmonisation measures to reconcile horizontal and flanking policy interests with the internal market, is in line with the jurisprudence of the Court and also more in accordance with the Treaty (...) » (S. DE VRIES, *Tensions within the Internal Market*, 2006, p.314-315, et références citées).

738. – La libre circulation des marchandises⁹⁵³ a été invoquée pour contester le poids accordé par certaines mesures de rapprochement des législations aux impératifs de protection du consommateur d'une part, et aux exigences relatives à la protection de la santé et de la vie des personnes d'autre part. L'affaire *Meyhui*⁹⁵⁴ portait ainsi sur la validité d'une directive obligeant les producteurs de verres en cristal à étiqueter ceux-ci dans la langue des consommateurs finaux. Les fabricants prétendirent que les coûts générés par une telle obligation constituaient une entrave disproportionnée à la libre circulation des marchandises. L'affaire *Schwartzkopf*⁹⁵⁵ concernait elle aussi un problème d'étiquetage. Elle portait sur une disposition d'une directive qui acceptait que les consignes de sécurité relatives à des produits cosmétiques soient inscrites sur un document joint à ceux-ci lorsqu'il était « impossible en pratique » – pour des raisons d'espace, par exemple – d'apposer ces consignes directement sur l'emballage ou le récipient du produit concerné. L'entreprise *Schwartzkopf* estima qu'une entrave à la libre circulation des marchandises constituait une impossibilité pratique au sens de la disposition précitée. Elle considéra en effet que, dès lors qu'elle était obligée d'étiqueter ses produits dans la langue du consommateur, des économies d'échelle – indispensables à l'exercice de sa liberté de circulation – l'avaient poussée à étiqueter tous ses produits en neuf langues. Ce multilinguisme « forcé » ne lui laissait guère plus de place pour inscrire les consignes de sécurité sur ses produits et relevait, dès lors, d'une impossibilité pratique au sens de la directive. Pour finir, on relèvera encore l'affaire *Arnold André*⁹⁵⁶, dans laquelle fut mise en cause une directive interdisant la commercialisation des produits du tabac à usage oral. Le requérant prétendit qu'une telle mesure d'interdiction pure et simple contrevenait à la libre circulation des marchandises.

b) Un déséquilibre en faveur du marché

739. – A notre connaissance, les juridictions communautaires ne se sont penchées qu'à une seule occasion sur la compatibilité d'une mesure de rapprochement des législations nationales avec un droit fondamental invoqué *explicitement* pour protéger une valeur non-marchande. L'affaire *Pays-Bas c. Parlement et Conseil*⁹⁵⁷ portait sur la validité d'une directive relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques. Adoptée en vue de favoriser le fonctionnement du marché intérieur, cette directive avait pour objet de rapprocher les législations nationales relatives à la brevetabilité des inventions biotechnologiques. Elle faisait notamment obligation aux Etats membres d'assurer la protection de telles inventions au moyen de leur droit national des brevets. Soucieux d'assurer l'équilibre entre les impératifs de la libre circulation et les sensibilités éthiques manifestées par certains Etats, le législateur communautaire avait cependant prévu certains tempéraments à cette obligation très générale.

740. – Le Royaume des Pays-Bas estima que ces garanties ne suffisaient point. Dès lors, il intenta un recours en annulation contre la directive, invoquant entre autres une atteinte au droit fondamental à la dignité humaine et à l'intégrité de la personne. Il considérait en effet que « (...) la directive viole les droits fondamentaux à la fois par commission et par omission. Il souligne en premier lieu que l'article 5, §2, de la directive prévoit la brevetabilité d'éléments isolés du corps humain. (...) L'instrumentalisation de la matière vivante humaine ne serait pas tolérable au regard de la dignité humaine. Il fait valoir en deuxième lieu que la directive omet de prévoir une gestion prudente de la matière humaine et le consentement des personnes concernées (...) »⁹⁵⁸. Nous reviendrons plus loin sur la réponse – négative – que réserva la Cour à cet argumentaire⁹⁵⁹.

741. – Même élargi aux conflits « potentiels », l'examen de la jurisprudence dévoile très peu d'affaires mettant en cause la validité d'une mesure de rapprochement des législations pour avoir favorisé les

⁹⁵³ Pour une invocation de la liberté d'établissement dans une situation similaire, cf. C-233/94 *Allemagne c. Parlement et Conseil*, 13 mai 1997, *Rec.*, 1997, p.I-2405.

⁹⁵⁴ C-51/93 *Meyhui*, 9 août 1994, *Rec.*, 1994, p.I-3879.

⁹⁵⁵ C-169/99 *Schwartzkopf*, 13 septembre 2001, *Rec.*, 2001, p.I-5901.

⁹⁵⁶ C-434/02 *Arnold André*, 14 décembre 2004, *Rec.*, 2004, p.I-11825.

⁹⁵⁷ C-377/98 *Pays-Bas c. Parlement et Conseil*, 9 octobre 2001, *Rec.*, 2001, p.I-7079.

⁹⁵⁸ Conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire précitée, pt.189-190.

⁹⁵⁹ Cf. *infra*, n°781.

impératifs économiques au détriment des valeurs non-marchandes . On sait pourtant que la Communauté est tenue, dans toutes ses actions, d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs, de l'environnement et de la santé publique⁹⁶⁰. Ce souci se reflète dans l'obligation faite à la Commission, lorsqu'elle élabore une proposition de mesure de rapprochement des législations nationales sur base de l'article 95 CE, de prendre pour base un niveau de protection élevé « en matière de santé, de sécurité, de protection de l'environnement et de protection des consommateurs » (art. 95, §3, CE)⁹⁶¹.

742. – Cette relative carence tient sans doute à divers facteurs. D'une part, la jurisprudence très sévère de la Cour de justice en matière de *locus standi* empêche les groupements de la société civile d'intenter un recours en annulation d'un acte de droit dérivé⁹⁶². D'autre part, il est probable que dans un domaine où « le point de départ est (...) la liberté d'agir des entreprises et la libre circulation »⁹⁶³, l'on se garde bien de remettre en cause les concessions – aussi maigres fussent-elles – arrachées au diktat du marché, par crainte d'un retour du balancier lors de l'adoption postérieure d'une nouvelle mesure. Enfin, nous verrons plus loin que les défenseurs des valeurs non-marchandes mènent plus volontiers leur combat sur le terrain des *déroptions* aux mesures de droit dérivé.

743. – La jurisprudence n'est pas pour autant inexistante dans ce domaine. Le principe de protection élevée du consommateur a ainsi été invoqué – sans succès – par l'Allemagne pour contester la validité de l'« interdiction d'exportation » établie par une directive relative aux systèmes de garantie des dépôts⁹⁶⁴. Cette disposition interdisait aux succursales d'établissements de crédit implantées dans un autre Etat membre d'offrir à leurs clients – les déposants – une garantie des dépôts supérieure à celle prévue par la législation de cet Etat membre. En alignant toutes les garanties de dépôts sur le régime en vigueur dans l'Etat membre d'accueil, le législateur communautaire entendait exclure ce domaine du libre jeu de la concurrence. L'Allemagne, qui avait instauré sur son territoire un système de garantie des dépôts particulièrement exigeant, considéra que cette interdiction d'exportation était contraire à la protection des consommateurs dès lors qu'elle « désavantagerait non seulement les épargnants d'un Etat membre dans lequel la couverture est minimale et qui ont des dépôts dans une succursale d'un établissement de crédit agréé dans un Etat membre exigeant un niveau de protection élevé, mais aussi les épargnants qui détiennent des dépôts dans un Etat membre à niveau de protection élevé et qui souhaitent les transférer à une succursale dans un Etat membre où la protection est moindre » (pt.47 de l'arrêt).

744. – Les impératifs de protection de la santé et de l'environnement ont quant à eux été invoqués pour contester la validité de réglementations communautaires relatives à la commercialisation des organismes génétiquement modifiés (OGM). L'affaire *Monsanto* mettait ainsi en cause la validité d'une disposition d'un règlement communautaire dérogeant à la procédure traditionnelle de mise sur le marché de nouveaux aliments et de nouveaux ingrédients alimentaires⁹⁶⁵. Cette disposition instaurait une procédure simplifiée par notification au profit des « aliments et ingrédients alimentaires produits à partir d'organismes génétiquement modifiés, mais n'en contenant pas ». Interrogée par voie préjudicielle, la Cour fut amenée à se prononcer sur la compatibilité de cette procédure simplifiée avec

⁹⁶⁰ Cf. les articles 2, 6, 152, 153 et 174 CE.

⁹⁶¹ « Force est ici de constater que la proposition de la Commission, en tant que simple acte préparatoire, ne peut être attaquée en annulation » (S. KARAGIANNIS, *loc. cit.*, p.612-613). Il n'en va pas de même lorsque la Commission émet des décisions juridiquement contraignantes : cf. T-13/99 *Pfizer Animal Health c. Conseil*, 11 septembre 2002, *Rec.*, 2002, p.II-3305.

⁹⁶² Cf. en ce sens C-321/95 P *Greenpeace c. Commission*, 2 avril 1998, *Rec.*, 1998, p.I-1651.

⁹⁶³ Conclusions de l'AG Alber du 13 mai 2003 dans l'affaire C-236/01 *Monsanto Agricoltura Italia*, *Rec.*, 2003, p.I-8105, pt.180.

⁹⁶⁴ C-233/94 *Allemagne c. Parlement et Conseil*, 13 mai 1997, *Rec.*, 1997, p.I-2405. Dans le même sens, on notera aussi le recours en annulation introduit par le Grand-Duché de Luxembourg à l'encontre de la directive 98/5/CE visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un Etat membre autre que celui où la qualification a été acquise. Le Grand-duché estimait en effet qu'en autorisant les avocats originaires d'un autre Etat membre à donner des consultations juridiques dans le droit de l'Etat membre d'accueil sans évaluation préalable de leurs connaissances, la directive méconnaissait la protection des consommateurs (de services juridiques) (C-168/98 *Luxembourg c. Parlement et Conseil*, 7 novembre 2000, *Rec.*, 2000, p.I-9131).

⁹⁶⁵ C-236/01 *Monsanto Agricoltura Italia*, 9 septembre 2003, *Rec.*, 2003, p. I-8105.

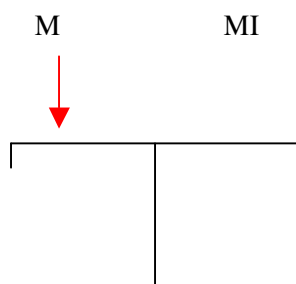
l'exigence d'un haut niveau de protection de la santé publique et de l'environnement, ainsi qu'avec les principes de précaution et de proportionnalité⁹⁶⁶. La validité de la réglementation en matière d'OGM fut également au centre de l'affaire *Codacons*⁹⁶⁷. En l'espèce, une association de défense de l'environnement demanda à la Cour de justice d'invalidier une mesure communautaire qui n'imposait pas des règles d'étiquetage particulières à l'égard des denrées alimentaires pour nourrissons dans lesquelles se trouvaient, par suite d'une contamination accidentelle, une proportion infime d'OGM. Pas plus que les revendications en faveur du libre-échange ces appels à une meilleure protection des valeurs non-marchandes ne trouvèrent grâce auprès de la Cour.

c) Des déséquilibres atypiques

745. – L'analyse de la jurisprudence communautaire dévoile l'existence de conflits entre un droit fondamental et une mesure de rapprochement des législations qui rentrent difficilement dans la classification binaire proposée ci-dessus. Trois hypothèses paraissent se dégager.

746. – La première est illustrée par l'arrêt *Kieffer et Thill* du 25 juin 1997⁹⁶⁸. En l'espèce, la Cour de justice était saisie d'une question préjudicielle relative à la validité du règlement (CEE) n°3330/91 du Conseil relatif aux statistiques des échanges de biens entre Etats membres⁹⁶⁹. Une entreprise estimait en effet qu'en l'obligeant à déclarer de manière détaillée aux autorités nationales l'ensemble de ses importations et de ses exportations en provenance ou à destination d'un Etat membre – obligation assortie d'une sanction pénale dans certains pays –, ledit règlement imposait une entrave disproportionnée à la libre circulation des marchandises. Ce règlement reposait pourtant sur l'idée que « (...) l'information sur les échanges de biens entre Etats membres contribuera précisément à mesurer le progrès du marché intérieur, à en accélérer en conséquence l'achèvement et à en consolider la réalisation en connaissance de cause »⁹⁷⁰. On aura saisi la particularité de cette affaire. Le règlement mis en cause n'entend pas assurer un équilibre entre les impératifs dérégleurs du marché et la nécessaire protection de valeurs non-marchandes. Il cherche bien plutôt à concilier *deux exigences propres au bon fonctionnement du marché* : d'une part, la liberté de commerce des acteurs économiques et d'autre part, la collecte d'informations nécessaires à l'établissement du marché intérieur. La libre circulation des marchandises est ici invoquée pour « faire pencher la balance » en faveur non pas de la réalisation du marché *intérieur*, mais bien de la dynamique déréglatrice du *marché* en général :

Fig.7
Le « droit au libre-échange » contre la construction du marché intérieur



⁹⁶⁶ Dans le même sens, cf. le recours en annulation introduit par la Suède le 30 avril 2004 contre la directive 2003/112 (C-102/04 *Commission c. Suède*, J.O., n°106, C, p.24). On distinguera ces affaires de celles mettant en cause la validité d'une mesure de droit dérivé directement adoptée sur base de la compétence de la Communauté en matière environnementale (cf.e.a. C-341/95 *Bettati c. Safety Hi-Tech*, 14 juillet 1998, *Rec.*, 1998, p.I-4355).

⁹⁶⁷ C-132/03 *Codacons*, 26 mai 2005, *Rec.*, 2005, p.I-4167.

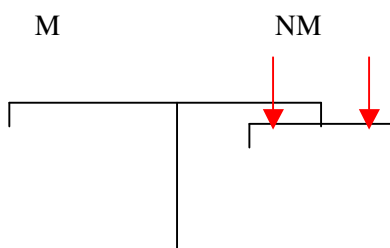
⁹⁶⁸ C-114/96, *Rec.*, 1997, p.I-3629.

⁹⁶⁹ J.O., 16 novembre 1991, L-316/1.

⁹⁷⁰ *Ibidem*.

747. – L'affaire *Bodil Lindqvist*⁹⁷¹ nous offre un second cas de figure quelque peu particulier. Formatrice de communiant dans une paroisse suédoise, Mme Lindqvist avait créé des pages Internet contenant des informations personnelles sur les collègues de sa paroisse sans le consentement de ces derniers. Poursuivie pénalement pour violation de la loi suédoise transposant une directive relative à la protection des données à caractère personnel⁹⁷², Mme Lindqvist estima que la directive en question portait atteinte à sa liberté d'expression. Ce faisant, elle ne contestait pas le bien-fondé de l'équilibre réalisé par la directive entre les impératifs économiques du libre-échange et la protection de valeurs non-marchandes. Elle mettait bien plutôt en cause la justesse de la pondération effectuée, *au sein même des valeurs non-marchandes*, entre la protection de la vie privée et la liberté d'expression :

Fig.8
Valeur non-marchande c. valeur non-marchande



748. – Notre troisième hypothèse est illustrée par l'affaire *Ter Voort*⁹⁷³, dans laquelle fut contestée la validité d'une disposition de la directive 65/65 du Conseil relative aux spécialités pharmaceutiques⁹⁷⁴. Cette directive entendait assurer la libre circulation des médicaments en prévoyant un certain nombre de règles communes de nature à protéger la santé des consommateurs. Aux termes de son article 1^{er}, devait être considérée comme un médicament toute substance ou préparation « présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines ou animales ». Mr. Ter Voort était spécialisé dans la vente de tisanes. Une fondation adressait, à la demande des consommateurs de ces tisanes, des informations sur les propriétés curatives et préventives de celles-ci. Les autorités néerlandaises estimèrent dès lors que lesdites tisanes constituaient des « médicaments par présentation » au sens de la directive 65/65 et qu'à ce titre, leur vente devait être soumise à la législation nationale relative aux spécialités pharmaceutiques. M. Ter Voort estima que si, aux termes de l'article 1^{er} de la directive, les publications d'un tiers indépendant – en l'occurrence, la fondation – contribuaient à faire rentrer un produit dans la notion de médicament, cet article 1^{er} devait être jugé contraire à la liberté d'expression.

749. – La particularité de cette affaire tient au fait que le droit fondamental invoqué – la liberté d'expression – est *extérieur* à la pondération des intérêts opérée par la directive mise en cause. La liberté d'expression n'a pas été partie prenante à la conciliation entre les exigences du marché et de la santé publique. Elle attaque donc la directive sous un angle différent⁹⁷⁵ :

⁹⁷¹ C-101/01, *Lindqvist*, 6 novembre 2003, *Rec.*, 2003, p.I-12971.

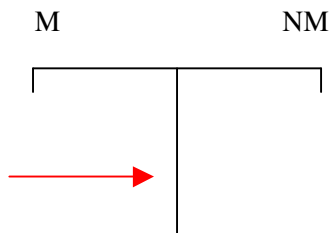
⁹⁷² Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (*J.O.*, 1995, L 281/31).

⁹⁷³ C-219/91 *Procédure pénale c. Ter Voort*, 28 octobre 1992, *Rec.*, 1992, p.I-5485.

⁹⁷⁴ Directive 65/65/CEE du Conseil, du 26 janvier 1965, concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives, relatives aux spécialités pharmaceutiques (*J.O.*, 1965, n°22, L, p. 369).

⁹⁷⁵ Dans le même sens, cf. l'arrêt C-25/02 *Rinke* (9 septembre 2003, *Rec.*, 2003, p.I-8349), dans lequel la Cour fut amenée à se prononcer sur la validité de directives portant obligation d'effectuer certaines périodes de formation à temps plein dans le cadre d'une formation à temps partiel en médecine générale. Ces directives, qui, s'efforçaient de réaliser un équilibre entre la liberté d'établissement et la protection de la santé, furent attaquées au motif qu'elles violaient le principe de non-discrimination entre hommes et femmes. La Cour rejeta ce moyen.

Fig.9
Droit fondamental « extérieur » à la balance des intérêts



§3. L'étendue des mesures de rapprochement – les dérogations au nom des droits fondamentaux

750. – Transposé sur le terrain des dérogations aux mesures communautaires de rapprochement des législations, le conflit entre valeurs marchandes et non-marchandes se double d'une opposition entre unité et diversité. Idéalement, l'intégration économique positive requiert une harmonisation exhaustive qui ne laisse aucune place à l'expression des diversités nationales : la réglementation communautaire constitue la résultante unique et univoque de l'arbitrage entre valeurs marchandes et non-marchandes. Cet idéal a longtemps guidé le processus de rapprochement des législations au niveau communautaire. On procédait, sur base de l'ancien article 100 CEE (art.94 CE), à l'harmonisation totale et exhaustive des législations nationales relatives à un secteur déterminé. Rigide, source d'innombrables compromis et de pourparlers interminables, cette technique démontra cependant une efficacité limitée. C'est pourquoi elle fut abandonnée progressivement au profit d'approches plus flexibles. Parmi celles-ci, nous en examinerons deux qui autorisent aujourd'hui, dans une certaine mesure, une régulation différenciée au sein du marché intérieur. Nous verrons que la diversité y est tolérée, mais dans des limites dont on peine bien souvent à apercevoir les contours. Dernière précision avant de poursuivre : la jurisprudence examinée dans cette section met uniquement en scène des conflits *potentiels* entre droits fondamentaux et marché intérieur.

a) Les dérogations autorisées par le droit dérivé : la technique de l'harmonisation minimale

751. – Le législateur communautaire a régulièrement recours à la technique de l'harmonisation minimale. En vertu de celle-ci, « Member States are permitted to maintain and often to introduce more stringent regulatory standards than those prescribed by Community legislation, for the purposes of advancing a particular social or welfare interest, and provided that such additional requirements are compatible with the Treaty. National competence is not completely ousted : the applicable Community legislation sets a floor, the Treaty itself sets a ceiling and the Member States are free to pursue an independent domestic policy between these two parameters »⁹⁷⁶. Cette présentation dévoile d'emblée la tension inhérente à la technique de l'harmonisation minimale : la flexibilité – ou la diversité – y apparaît à la fois comme une condition – politiquement – nécessaire à l'établissement du marché intérieur et comme une menace pour celui-ci.

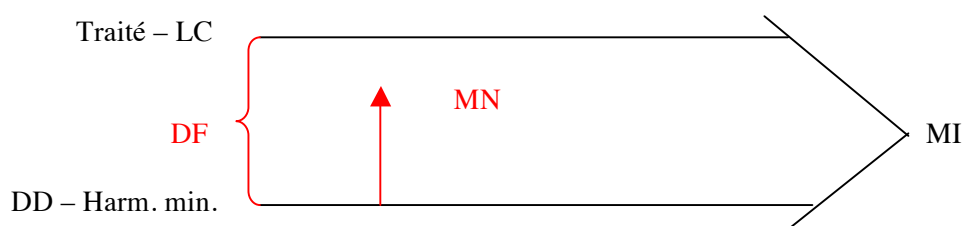
752. – Cette tension se laisse particulièrement bien observer lorsque l'on s'interroge sur *l'espace* que réserve la technique de l'harmonisation minimale aux réglementations nationales plus sévères. Il convient à cet égard de distinguer trois hypothèses. La première recouvre les mesures qui, de par l'objectif qu'elles poursuivent, ont vocation à s'appliquer exclusivement aux opérateurs économiques

⁹⁷⁶ M. DOUGAN, « Minimum Harmonization and the Internal Market », *C.M.L.R.*, 2000, p.855.

implantés sur le territoire national. Ainsi en est-il par exemple d'une loi qui, visant à protéger le consommateur, interdit toute forme de vente au domicile de celui-ci. Cette mesure de protection accrue dépasse les exigences minimales fixées par une directive en la matière. Son application ne pose pour autant aucun problème sur le plan du droit communautaire dès lors qu'elle n'affecte pas les opérateurs économiques étrangers et qu'elle ne remet pas en cause le principe de la reconnaissance mutuelle. Dans cette hypothèse, la politique nationale de protection du consommateur est uniquement limitée « vers le haut » par les libertés de circulation consacrées dans le traité⁹⁷⁷. La technique de l'harmonisation minimale permet ici d'assurer la diversité et de garantir un niveau élevé de protection d'une valeur non-marchande :

Fig.10

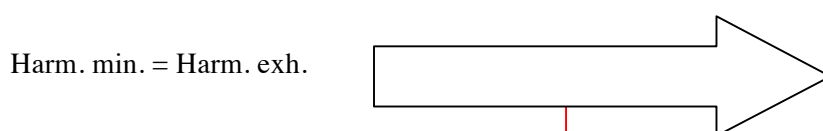
Harmonisation minimale et mesures nationales (MN) aux effets purement internes



753. – A l'autre extrême – seconde hypothèse – se trouvent les réglementations nationales qui ont une portée purement extraterritoriale. Ces réglementations entendent assurer la protection d'intérêts « situés » sur le territoire d'un autre Etat membre. L'affaire *CIWF*⁹⁷⁸ nous permettra de bien comprendre la portée du problème. En l'espèce, les autorités britanniques avaient décidé d'interdire l'exportation de veaux à destination de l'Espagne au motif que l'on y pratiquait l'élevage en cage. Le Royaume-Uni estimait que même si elles respectaient les conditions minimales établies dans une directive communautaire, les méthodes d'élevage espagnoles n'en heurtaient pas moins la moralité publique et l'ordre public britanniques. L'on retrouve ici un problème évoqué dans le cadre du droit de l'Organisation Mondiale du Commerce⁹⁷⁹ : le Royaume-Uni se sert en l'espèce de l'arme économique pour protéger des intérêts non-marchands *sur le territoire d'un autre Etat*. En cherchant de la sorte à imposer leurs propres standards aux Etats voisins, les autorités britanniques compromettent la « diversité régulatrice » autorisée par la mesure communautaire et heurtent de front l'objectif d'intégration économique poursuivi par la technique de l'harmonisation minimale. Elles tentent ainsi de relever le « niveau minimum » fixé par la réglementation communautaire, laquelle s'apparente à une mesure d'harmonisation exhaustive à l'égard des mesures extraterritoriales :

Fig.11

Harmonisation minimale et mesures nationales aux effets délibérément extraterritoriaux



⁹⁷⁷ Pour un arrêt en ce sens, relatif à une loi française interdisant la vente de porte à porte, cf. aff. 382/87 *Buet*, 16 mai 1989, *Rec.*, 1989, p.1235. On notera cependant qu'aujourd'hui, une telle réglementation échapperait sans doute même au « plafond » de la libre circulation dès lors qu'elle constituerait une modalité de vente au sens de la jurisprudence *Keck et Mithouard*.

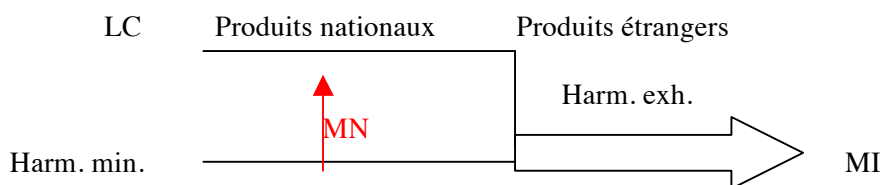
⁹⁷⁸ C-1/96 *Compassion in World Farming*, 19 mars 1998, *Rec.*, 1998, p.I-1251.

⁹⁷⁹ Cf. *supra*, n°320.

754. – Entre ces deux pôles se trouvent les mesures qui, tout en cherchant à protéger un intérêt « national », ont en réalité vocation à s'appliquer – aussi – aux opérateurs économiques situés à l'étranger. L'affaire *Gallagher* illustre ce problème, qui portait sur une directive prescrivant aux Etats d'apposer sur les paquets de cigarettes commercialisés sur leur territoire des avertissements relatifs à la nocivité de ces produits. Le Royaume-Uni estima qu'il était en droit d'imposer des avertissements d'une taille supérieure à celle mentionnée dans la directive, dès lors qu'aux termes de celle-ci, ces avertissements devaient couvrir « *au moins 4%* » de la surface de ces paquets⁹⁸⁰. Mais si la directive reconnaissait aux autorités britanniques le droit d'imposer des exigences plus élevées à l'égard des paquets de cigarette produits au Royaume-Uni, elle comportait également une clause de libre circulation à l'égard des paquets manufacturés dans un autre Etat membre. Dès lors que ceux-ci remplissaient les conditions minimales prévues par la directive, rien ne pouvait s'opposer à leur commercialisation sur le territoire britannique. Dans cette hypothèse, la technique de l'harmonisation minimale ne laisse qu'un espace de liberté limité pour les Etats membres. Ceux-ci ont certes la possibilité de mener une politique plus sévère au niveau national mais ils s'exposent alors au risque d'une « discrimination à rebours » – l'industrie nationale est pénalisée par rapport à la concurrence étrangère – qui, le spectre de la délocalisation aidant, ouvre la porte au nivellement des législations par le bas. La mesure communautaire d'harmonisation minimale apparaît à la fois comme « inoffensive » à l'égard des produits nationaux, et comme une mesure d'harmonisation exhaustive à l'égard des produits étrangers :

Fig.12

Harmonisation minimale et mesures nationales aux effets partiellement extraterritoriaux



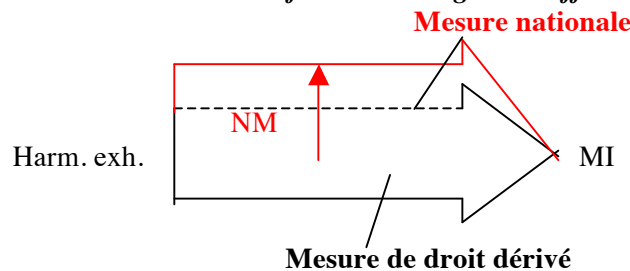
b) Les dérogations autorisées par le traité : l'article 95, §4-5, CE

755. – Longtemps, l'article 100 du traité CEE (aujourd'hui article 94 CE) est demeuré l'unique base de compétence générale relative à l'harmonisation des législations ayant « une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun ». Ce « monopole » s'accompagnait du règne de l'unanimité, qui donnait à chaque Etat membre un droit de veto contre toute tentative d'harmonisation. Les difficultés que ne manqua pas de susciter cette situation incitèrent les Etats membres à envisager l'introduction d'une procédure plus souple, qui faciliterait le rapprochement des législations dans la plupart des domaines touchant au marché intérieur. Ce projet fut concrétisé par l'insertion, lors de l'Acte unique européen, d'un article 100A (actuellement article 95) dans le traité. Cette disposition autorise aujourd'hui le législateur communautaire à adopter, à la majorité qualifiée, des mesures d'harmonisation nécessaires à l'établissement et au fonctionnement du marché intérieur. Seules les dispositions fiscales et les dispositions relatives à la libre circulation des personnes et aux droits et intérêts des travailleurs salariés échappent au champ d'application de l'article 95.

⁹⁸⁰ C-11/92 *Gallagher*, 22 juin 1993, *Rec.*, 1993, p.I-3545. Dans le même sens, cf. C-128/94 *Hans Hönic*, 19 octobre 1995, *Rec.*, 1995, p.I-3389.

756. – Contrepartie indispensable à la consécration de la majorité qualifiée, des procédures de dérogation sont organisées aux paragraphes 4 à 9 de l'article 95. Ces procédures permettent à chaque Etat de conserver ou d'introduire des dispositions nationales plus strictes que celles prévues par une mesure d'harmonisation, *exhaustive* ou non. La « diversité régulatrice » se dresse ici comme un obstacle à la libre circulation : les Etats sont en droit d'interdire l'importation ou la commercialisation de produits – car c'est principalement de cela qu'il s'agit – qui, tout en respectant les prescrits de la réglementation communautaire, ne sont pas conformes aux exigences prévues par le droit national. L'opposition avec l'objectif de l'intégration économique est ici frontale : la diversité régulatrice des Etats n'opère plus dans le cadre du marché intérieur, enserrée entre une mesure droit dérivé et les libertés de circulation, mais en dehors et même à l'encontre de celui-ci :

Fig.13
Harmonisation exhaustive face aux dérogations offertes par l'art.95, §§4 et 5



757. – Cette faculté de dérogation aux règles du marché intérieur est cependant organisée très strictement à l'article 95 CE⁹⁸¹. L'Etat qui désire *maintenir* une disposition nationale plus sévère préexistante à l'adoption de la mesure communautaire doit en avertir la Commission et lui indiquer ses raisons. Celles-ci doivent être liées à « des exigences importantes visées à l'article 30 CE ou relatives à la protection de l'environnement ou du milieu du travail » (art.95, §4). L'Etat qui désire *introduire* une nouvelle disposition doit quant à lui fournir une motivation plus serrée à la Commission. Il lui appartient de montrer que cette disposition (i) est « basée sur des preuves scientifiques nouvelles »⁹⁸² (ii) « relatives à la protection de l'environnement ou du milieu du travail » (iii) « en raison d'un problème spécifique de cet Etat membre »⁹⁸³, (iv) « qui surgit après l'adoption de la mesure d'harmonisation » (art.95, §5). Ces conditions sont évidemment cumulatives⁹⁸⁴.

758. – Dans les deux cas de figure, le dernier mot revient à la Commission. Celle-ci n'est pas tenue d'entendre l'Etat « demandeur » ni de lui faire part des éléments de son dossier⁹⁸⁵. Elle approuve ou rejette dans un délai de six mois⁹⁸⁶ les dispositions nationales en cause, non sans avoir vérifié au préalable si elles introduisent une discrimination arbitraire ou une restriction déguisée au commerce intracommunautaire « et si elles constituent ou non une entrave au fonctionnement du marché

⁹⁸¹ Pour une description détaillée de ces procédures de dérogation, cf. N. DE SADELEER, « Procedures for Derogations from the Principle of Approximation of Laws under Article 95 EC », *C.M.L.R.*, 2003, vol.40, p.889-915 ; S. KARAGIANNIS, *loc. cit.*, p.599-660.

⁹⁸² « [D]e nouvelles conclusions tirées de données existantes *peuvent* constituer des preuves scientifiques nouvelles au sens de l'article 95, §5 » (AG Sharpston, conclusions présentées le 15 mai 2007 dans C-439/05 P et 454/05 P *Land Oberösterreich et Autriche c. Commission*, non encore publiées au Recueil, pt.124).

⁹⁸³ « [O]n ne saurait considérer que le mot « spécifique » figurant à l'article 95, paragraphe 5, CE est équivalent à « unique ». Un problème peut être spécifique à plus d'une région ou à plus d'un Etat membre, mais il ne peut être unique que dans une seule région ou dans un seul Etat membre. (...) [U]n problème spécifique se trouve quelque part entre le problème unique et le problème commun, généralisé ou largement répandu » (*Ibid.*, pt.110 ; cf. également l'arrêt de la Cour dans cette affaire, en date du 13 septembre 2007, pt.65)

⁹⁸⁴ Cf. C-512/99 *Allemagne c. Commission*, 21 janvier 2003, *Rec.*, 2003, p.I-845, pt.81.

⁹⁸⁵ Cf. C-3/00 *Danemark c. Commission*, 20 mars 2003, *Rec.*, 2003, p.I-2643, pts.45-50 ; T-366/03 et T-235/04 *Land Oberösterreich et Autriche c. Commission*, 5 octobre 2005, *Rec.*, 2005, p.II-4005, pts.37-47 ; C-439/05 P et C-454/05 P *Land Oberösterreich* précité, pts.28-44.

⁹⁸⁶ Cette limite temporelle a été introduite par le traité d'Amsterdam, qui prévoit en outre qu'à défaut pour la Commission de se prononcer dans ce délai – hormis exceptions sur lesquelles on ne s'attardera pas –, la disposition nationale en cause est réputée acceptée. Cette présomption contraste avec la jurisprudence antérieure : C-319/97 *Antoine Kortas*, 1^{er} juin 1999, *Rec.*, 1999, p.I-3143, pts 34-36.

intérieur » (art.95, §6). La décision de la Commission doit obéir à l'exigence de motivation prévue à l'article 253 CE⁹⁸⁷. Pour finir, on notera encore que ces concessions à la diversité peuvent être « récupérées » au service de l'unité : si la Commission accorde à un Etat la possibilité de déroger à une mesure d'harmonisation, elle est en effet tenue d'examiner l'opportunité d'une adaptation de cette mesure (art.95, §7).

759. – Lorsqu'elles furent introduites, ces procédures de dérogation avaient causé l'émoi de la doctrine, qui y voyait la porte ouverte au démantèlement du marché intérieur⁹⁸⁸. Force est de reconnaître que ces craintes se sont avérées infondées. Les Etats recourent rarement à cette procédure dérogatoire, et les juridictions communautaires – TPI et CJCE – ne sont pas souvent amenées à évaluer la légalité d'une décision de la Commission dans ce domaine. Nous verrons cependant que cette jurisprudence n'est pas exempte de tout reproche.

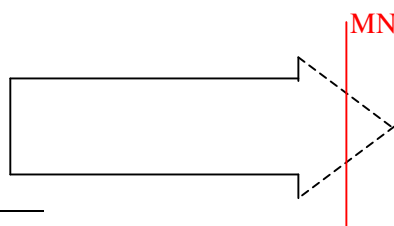
§4. L'application des mesures de rapprochement – la « nouvelle approche » en matière d'harmonisation

760. – Les conflits entre les impératifs du marché et la protection des droits fondamentaux se laissent également observer au stade de l'*application* d'une mesure communautaire d'harmonisation. Dans cette hypothèse, l'atteinte à une valeur non-marchande est invoquée pour faire obstacle, *de manière ponctuelle*, à la libre circulation des produits qui satisfont aux conditions établies dans une réglementation communautaire. Il ne s'agit plus ici de remettre en cause l'équilibre sur lequel repose ladite réglementation, ni de se prévaloir d'un régime d'exception à son encontre. Dans ce cas de figure, les Etats apparaissent bien plutôt comme les *chiens de garde*, les *garants* de l'équilibre atteint par la mesure d'harmonisation. Ils veillent donc, au sein même du système harmonisé, à ce que la libre circulation s'opère dans le plein respect des valeurs non-marchandes.

761. – Cette mission de « chien de garde » apparaît très clairement dans les mesures de rapprochement des législations nationales adoptées sur base de la « nouvelle approche » en matière d'harmonisation⁹⁸⁹. En vertu de cette nouvelle approche, le législateur communautaire concentre ses efforts sur l'harmonisation – exhaustive – des exigences essentielles relatives aux impératifs non-marchands qui pourraient faire obstacle à la libre circulation des produits (sécurité, nocivité pour l'environnement ou pour le consommateur, etc.). Il confie ensuite à des institutions spécialisées la tâche de définir des normes – techniques – qui permettent de satisfaire aux exigences essentielles définies dans la réglementation communautaire. Les marchandises qui répondent à ces normes se voient attribuer un certificat de conformité. Elles bénéficient dès lors d'une liberté de circulation totale au sein du marché intérieur. Les autorités nationales peuvent cependant renverser la présomption de conformité aux exigences essentielles dont jouissent ces produits. La plupart des mesures d'harmonisation adoptées sur base de la nouvelle approche contiennent à cet égard une « clause de sauvegarde » qui permet aux Etats de retirer du marché les produits « suspects » à condition de notifier immédiatement ces mesures à la Commission et d'en expliquer les raisons :

Fig.14

Nouvelle approche en matière d'harmonisation et clause de sauvegarde



⁹⁸⁷ Cf. C-41/93 *France c. Commission*, 17 mai 1994, *Rec.*, 1994, p.I-1829.

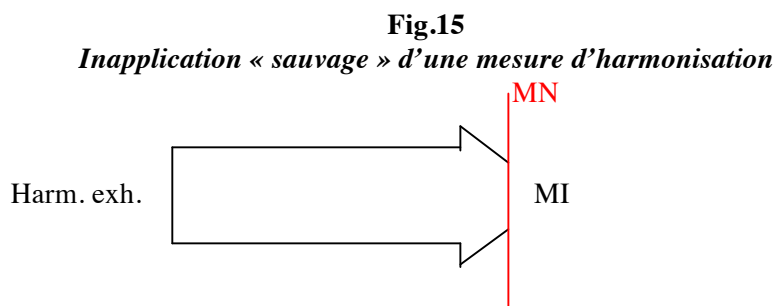
⁹⁸⁸ Cf. e.a. P. PESCATORE, « Some Critical Remarks on the European Single Act », *C.M.L.R.*, 1987, vol.24, p.9 ; B. LANGEHEINE, « Le rapprochement des législations nationales selon l'article 100A du traité C.E.E. : l'harmonisation communautaire face aux exigences de protection nationale », *R.M.C.*, 1989, p.355.

⁹⁸⁹ Cf. la résolution du Conseil du 7 mai 1985, *J.O.*, 1985, C 136.

Harm. exh.

MI
— Clause de sauvegarde/
Présomption réfragable

762. – Il arrive toutefois que les autorités nationales fassent obstacle à la libre circulation sans passer par les voies prévues à cet effet par le droit dérivé. Elles tentent ainsi un « coup de force », dicté par les circonstances de l'espèce, en s'opposant à la libre circulation garantie par le droit dérivé au nom de la protection d'un droit fondamental – rarement invoqué comme tel, cependant :



763. – Ainsi en est-il du Danemark, qui n'hésita pas à poursuivre l'exploitant d'un cyber-café de Copenhague pour avoir commercialisé des sodas importés en emballage métallique⁹⁹⁰. Ces produits bénéficiaient pourtant d'une présomption de conformité aux exigences essentielles en matière d'environnement fixées par une directive communautaire. Ils jouissaient donc d'une liberté de mise sur le marché. Le Danemark estima cependant que les exigences essentielles établies par la directives étaient à ce point vagues et générales qu'elles laissaient aux autorités nationales une marge d'appréciation importante.

764. – L'affaire *Medipac*⁹⁹¹ concernait quant à elle un problème de marché public. Un hôpital grec avait émis un appel d'offres relatif à des sutures chirurgicales. Le marché était promis au soumissionnaire « moins-disant » qui proposait des sutures disposant d'un marquage « CE ». Ce marquage certifiait que les sutures remplissaient les spécifications techniques émises par un organisme européen de normalisation. Elles étaient dès lors présumées conformes aux exigences essentielles définies dans la directive n°93/42 relative aux dispositifs médicaux. La société Medipac répondit à l'appel d'offres. Son offre fut néanmoins exclue du processus d'adjudication au motif que les produits qu'elle proposait, quoique bénéficiant du marquage CE, présentaient des dangers pour la santé des patients. Ce faisant, l'hôpital s'élevait, au nom du droit à la santé⁹⁹², à la fois contre la liberté de circulation des marchandises assurée par la directive 93/42 et contre le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires consacré par la directive 93/36 relative aux marchés publics de fourniture⁹⁹³.

765. – Mais la plus remarquable à cet égard demeure sans conteste l'affaire *A.G.M.*⁹⁹⁴. En l'espèce, l'Etat finlandais était assigné par l'entreprise italienne A.G.M. pour violation d'une directive concernant le rapprochement des législations nationales relatives aux machines. A.G.M. commercialisait des élévateurs de véhicule portant le marquage « CE ». La sécurité de ces machines et leur conformité aux normes communautaires avaient été publiquement mises en doute par un fonctionnaire de l'autorité finlandaise. Relayées par la presse écrite et télévisée, ces mises en garde avaient provoqué une chute abrupte des ventes de la société A.G.M. sur le marché finlandais.

⁹⁹⁰ C-233/99 *Tonny Haugsted Hansen*, radié du rôle

⁹⁹¹ C-6/05 *Medipac*, 14 juin 2007, non encore publié au Recueil. Les conclusions de l'AG Sharpston ont été présentées le 21 novembre 2006.

⁹⁹² Même si celui-ci ne fut jamais invoqué explicitement.

⁹⁹³ Cf. *infra*, n°799, sur la décision de la Cour.

⁹⁹⁴ C-470/03 *A.G.M.-Cos.Met Srl*, 17 avril 2007, non encore publié au Recueil. Les conclusions de l'AG Kokott ont été présentées le 17 novembre 2005.

L'entreprise italienne estima qu'en laissant s'exprimer le fonctionnaire public en question, l'Etat finlandais avait violé l'article 4 de la directive relative aux machines, selon lequel « les Etats membres ne peuvent pas interdire, restreindre ou entraver la mise sur le marché et la mise en service sur leur territoire des machines (...) qui satisfont à la présente directive ». Pour leur défense, les autorités finlandaises estimèrent que cette atteinte à la liberté de circulation était justifiée à la fois, sur le « fond », par des exigences de protection de la santé humaine, et, sur la « forme », par le nécessaire respect de la liberté d'expression du fonctionnaire. Nous verrons plus loin comment la Cour arbitra ce nouveau conflit entre libre circulation et droits fondamentaux⁹⁹⁵.

766. – Arrivé au même stade dans la première section de ce chapitre⁹⁹⁶, nous faisons état de la grande diversité des situations opposant les impératifs de la libre circulation aux exigences relatives à la protection des droits de l'homme. A ce constat se mêlait une critique : la présence, dans l'ombre du « discours des droits », de conflits « manqués » et « potentiels » ne portait-il pas atteinte à la cohérence de ce discours ? Ces observations doivent être réitérées ici. Si l'on est frappé par la grande variété de conflits « explicites » entre les droits fondamentaux et les mesures de rapprochement des législations nationales, bien plus stupéfiant encore apparaît le nombre de situations dans lesquelles ces mêmes mesures se trouvent confrontées à des intérêts *qualifiables* – soit en vertu de la jurisprudence communautaire, soit en vertu de la Charte des droits fondamentaux ou de la lecture « strasbourgeoise » de la CEDH – de droits de l'homme. A ces considérations critiques on avait opposé l'objection selon laquelle le « label » de droit de l'homme importait peu dès lors que la Cour de justice réservait le même statut à toutes les « raisons impératives d'intérêt général ». Cette objection, qu'avait ensuite démentie une analyse détaillée de la jurisprudence de la Cour, doit être à nouveau soulevée ici. Et cette fois, elle semble bien devoir faire mouche...

C. La résolution du conflit

§1^{er}. Au contentieux de la validité – les droits fondamentaux, une plume dans la balance

767. – Nous avons vu plus haut que les droits fondamentaux étaient souvent invoqués pour contester la validité d'une mesure communautaire jugée excessivement défavorable au marché. Le droit à la propriété, le droit au libre exercice de l'activité économique, le droit à la vie privée, la liberté d'expression, le droit à l'égalité de traitement et les libertés de circulation viennent alimenter le plaidoyer des partisans d'une dérégulation accrue. Ce qu'il convient d'examiner à présent, c'est le sort réservé à ces arguments par les juridictions communautaires. On constate d'emblée qu'en ces occasions, la Cour ne manque jamais de souligner son attachement aux droits de l'homme. Elle commence (presque) invariablement par rappeler que « les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect et que, à cet effet, cette dernière s'inspire des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres ainsi que des indications fournies par les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré »⁹⁹⁷.

768 – Une fois réitéré cet engagement formel, les juges examinent les motifs tirés du respect des droits de l'homme avec une grande circonspection. Combattant un usage souvent très rhétorique des droits fondamentaux, ils n'hésitent pas à mettre en doute l'existence même d'une atteinte à l'un de ceux-ci. Que la règle de l'épuisement du droit d'auteur soit de nature à restreindre la liberté de recevoir des informations⁹⁹⁸, que le droit de propriété d'un acteur économique puisse être affecté par une

⁹⁹⁵ Cf. *infra*, n°800-809.

⁹⁹⁶ Cf. *supra*, n°662-663.

⁹⁹⁷ Cf.e.a. l'arrêt *Laserdisken* précité.

⁹⁹⁸ Arrêt *Laserdisken* précité, pt.64.

modification des règles du marché⁹⁹⁹, que la règle de définition des médicaments « par présentation » soit susceptible de limiter la liberté d'expression des tiers¹⁰⁰⁰, ou que l'interdiction de commercialiser des compléments alimentaires porte atteinte à la vie privée des consommateurs de ces produits¹⁰⁰¹, voilà qui ne va pas nécessairement de soi pour la Cour de justice¹⁰⁰². Ce constat de « non-atteinte » a également été formulé à l'égard de recours visant à protéger un intérêt non-marchand. Ainsi la Cour a-t-elle estimé que telle qu'elle était encadrée par la directive 98/44/CE, la brevetabilité d'éléments isolés du corps humain n'était pas de nature à porter atteinte à la dignité humaine¹⁰⁰³.

769. – Le scepticisme – certains parleront de clairvoyance – de la Cour ne s'arrête cependant pas là. Les motifs tirés d'une violation des droits fondamentaux qui surmontent ce premier obstacle se brisent en effet bien souvent sur l'écueil de la proportionnalité. La Cour n'a jamais cessé de rappeler que loin de constituer des prérogatives absolues, les droits fondamentaux « (...) doivent être pris en considération par rapport à leur fonction dans la société ». Des restrictions peuvent donc leur être apportées pourvu qu'elles « (...) répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis et ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même des droits ainsi garantis »¹⁰⁰⁴.

770. – Cette opération de « relativisation » des droits de l'homme a conduit la Cour à faire preuve d'une très grande « *self-restraint* » à l'égard des mesures adoptées par le législateur communautaire. Conférant à ce dernier une marge d'appréciation considérable, la CJCE se limite à vérifier l'absence de disproportion manifeste entre l'objectif poursuivi par l'acte mis en cause et l'atteinte qu'il porte à un droit fondamental. A ce jour, aucune mesure de rapprochement des législations nationales n'a « raté » le test de (dis)proportionnalité.

771. – De manière assez surprenante, la Cour considère rarement que l'objectif légitime poursuivi par ces mesures consiste dans l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur¹⁰⁰⁵. Plutôt que d'invoquer la dynamique d'intégration économique dans laquelle s'inscrit la réglementation litigieuse *in globo*, la Cour renvoie à la protection de l'intérêt non-marchand assurée par la disposition mise en cause. Dans une perspective très « strasbourgeoise », l'atteinte au droit fondamental est ainsi justifiée tantôt par la protection des consommateurs¹⁰⁰⁶, tantôt par la promotion de la santé publique¹⁰⁰⁷, tantôt encore par la sauvegarde des droits d'autrui¹⁰⁰⁸.

772. – Nul ne contestera la nécessité et le bien-fondé de ce processus de « relativisation » des droits fondamentaux. Il permet tout à la fois de combattre une certaine « rhétorique des droits de l'homme » et de préserver les choix politiques du législateur communautaire. On ne saurait pour autant se dissimuler les conséquences qu'induit une telle approche lorsqu'elle est pratiquée à l'excès. Pour prendre toute la mesure de ces effets secondaires, il convient au préalable de se pencher sur le traitement réservé par les juges de Luxembourg aux conflits « potentiels » entre un droit fondamental – à la santé, à un environnement sain,... – et une mesure de rapprochement des législations nationales.

⁹⁹⁹ Arrêt *Swedish Match* précité, pt.73.

¹⁰⁰⁰ Arrêt *Ter Voort* précité, pt.37.

¹⁰⁰¹ Arrêt *Alliance for Natural Health*, pt.124.

¹⁰⁰² Cf. encore l'arrêt *SGAE* précité, pt.53.

¹⁰⁰³ Arrêt *Pays-Bas c. Parlement et Conseil* précité, pt.77.

¹⁰⁰⁴ Cf.e.a. l'arrêt *Swedish Match* précité, pt.72

¹⁰⁰⁵ Cf. toutefois l'arrêt *Kieffer et Thill* précité, pt.29.

¹⁰⁰⁶ Cf. arrêt *RTL* précité, pt.70.

¹⁰⁰⁷ Cf. arrêt *Alliance* précité, pt.129 ; arrêt *Arnold André* précité, pt.58 ; arrêt *Swedish Match* précité, pt. 74, où la Cour estime que la directive elle-même « (...) poursuit un objectif d'intérêt général en garantissant un niveau élevé de protection de la santé (...) ». Dans ses conclusions présentées dans l'affaire C-380/03 *Allemagne c. Parlement et Conseil* précitée, l'AG Léger se montre plus rigoureux lorsqu'il souligne que l'objectif poursuivi par la mesure attaquée consiste « (...) à fluidifier la circulation des produits et des services dans le marché intérieur tout en assurant un niveau élevé de protection de la santé publique » (pt.220 ; nous soulignons). Dans cette même affaire, la Cour reste résolument énigmatique sur les motifs de justification de l'atteinte à la liberté d'expression (arrêt du 12 décembre 2006, pts.144-158).

¹⁰⁰⁸ Arrêt *Laserdisken* précité, pt.65, ainsi que les conclusions de l'AG Sharpston dans cette même affaire, pt.69.

773. – Nous avons vu précédemment que la Cour avait été amenée à se prononcer à diverses reprises sur la validité de certaines de ces mesures au regard du « niveau élevé de protection » de certains intérêts non-marchands tel qu'exigé par le traité. On doit à présent constater que ces droits fondamentaux « potentiels » ont eux aussi été accueillis avec frilosité par les juridictions communautaires. D'une part, la Cour s'est toujours refusée à considérer la protection de ces intérêts en des termes absolus. Elle a ainsi jugé – et répété – que l'exigence d'un « haut niveau de protection » n'était pas synonyme du niveau « techniquement le plus élevé possible »¹⁰⁰⁹, et qu'« aucune disposition du traité n'oblige (...) le législateur communautaire à entériner le niveau de protection le plus élevé qui puisse être rencontré dans un Etat membre déterminé »¹⁰¹⁰.

774. – D'une manière plus générale, on constatera que là où la Cour insistait sur la nécessité de protéger des intérêts non-marchands pour justifier une atteinte au droit fondamental d'un opérateur économique, elle n'hésite pas ici à invoquer les impératifs du marché pour expliquer certaines faiblesses dans la sauvegarde de l'environnement, de la santé publique ou des intérêts des consommateurs. Dans l'affaire *Allemagne c. Parlement et Conseil* relative aux garanties des dépôts, la Cour a ainsi déclaré que « (...) si la protection des consommateurs constitue l'un des objectifs de la Communauté, elle n'en est évidemment pas le seul. Il a déjà été exposé à cet égard que la directive vise à promouvoir la liberté d'établissement et la libre prestation des services dans le secteur bancaire » (pt.48). La difficulté à trouver un équilibre entre les valeurs marchandes et non-marchandes a conduit la Cour à faire preuve d'une extrême retenue dans son contrôle. Ainsi estime-t-elle que :

« (...) la Cour ne saurait substituer son appréciation à celle du législateur communautaire. Elle ne pourrait tout au plus censurer son choix normatif que si ce dernier apparaissait *manifestement erroné* ou si les inconvénients qui en résultent pour certains opérateurs économiques étaient *sans commune mesure* avec les avantages qu'il présente par ailleurs »¹⁰¹¹.

775. – Dans l'arrêt *Codacons* évoqué plus haut, la Cour alla jusqu'à considérer, au moins implicitement, qu'une mesure adoptée dans le cadre du marché intérieur ne devait pas présenter le même niveau de protection de l'environnement qu'un acte qui avait été pris sur base de la compétence de la Communauté en matière environnementale¹⁰¹².

776. – Ces développements jurisprudentiels nous autorisent à formuler deux observations. D'une part, force est de remarquer que les conflits « potentiels » sont peu ou prou soumis au même traitement que les conflits « explicites » et « manqués ». En d'autres termes, il importe peu que le motif d'annulation avancé par les requérants soit présenté ou reconnu expressément par la Cour comme un droit de l'homme. La protection de valeurs aussi disparates que la liberté d'expression, l'environnement ou la liberté de circulation semble soumise à un test de proportionnalité uniformément limité par la marge d'appréciation considérable dont jouit le législateur communautaire. S'enquiert-on de l'atteinte causée à un droit fondamental par une mesure de rapprochement des législations nationales, il ne manque jamais de candidat pour incarner une valeur opposée et justifier ainsi le « compromis » réalisé par la réglementation mise en cause.

777. – À première vue, cette « égalité de traitement » emporte l'adhésion. En plaçant sur un même pied les arguments qui se réclament explicitement du respect d'un droit de l'homme et ceux qui s'y rattachent potentiellement, cette approche combat efficacement la « rhétorique des droits fondamentaux ». Par-delà les labels et les discours, elle renoue avec une vision essentialiste des droits de l'homme : la Cour « sait » les droits, il n'est donc nul besoin de les désigner pour elle.

778. – Cette réflexion repose cependant sur l'idée que les droits fondamentaux « potentiels » sont de la sorte *hissés* au rang de ceux qui ont fait l'objet d'une reconnaissance formelle par la Cour. Or – et

¹⁰⁰⁹ Arrêt *Safety Hi-Tech* précité, pt.47.

¹⁰¹⁰ Arrêt C-233/94 *Allemagne c. Parlement et Conseil* précité, pt.48

¹⁰¹¹ C-233/94 *Allemagne c. Parlement et Conseil*, précité, pt.56. Nous soulignons.

¹⁰¹² Pt.58 de l'arrêt. Dans un sens approchant, cf. les conclusions de l'AG Alber dans l'affaire *Monsanto* précitée, pt.180, et les conclusions de l'AG Saggio dans l'affaire *Antoine Kortas* précitée, pt.26.

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

779. – Céderions-nous là à une interprétation trop radicale de la jurisprudence de la Cour ? Ce n'est pas certain. On note en effet que les juges de Luxembourg adoptent un raisonnement et une attitude – de retrait – identiques dans les situations où les parties au litige invoquent une atteinte à un droit fondamental et dans celles où elles se bornent à constater une simple rupture du principe de proportionnalité¹⁰¹³. Assimilé à une sorte de principe de bonne gouvernance, celui-ci « (...) exige que le moyens mis en œuvre par une disposition communautaire soient aptes à réaliser l'objectif visé et n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante et que les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts poursuivis »¹⁰¹⁴.

780. – Que les juges ne semblent pas manier le test de proportionnalité avec plus de sévérité lorsqu'il met en jeu des droits fondamentaux, l'avocat général Geelhoed l'a du reste reconnu explicitement en affirmant que « (...) l'analyse des restrictions au libre exercice de l'activité professionnelle est analogue à celle de l'analyse effectuée pour évaluer la conformité aux principes de proportionnalité »¹⁰¹⁵ et en considérant *in casu* que ces deux analyses étaient redondantes. Cette attitude n'est pas surprenante dès lors que la Cour prétend dépasser le langage des droits de l'homme pour embrasser directement les tensions entre des principes éthiques, des objectifs politiques et des intérêts économiques concurrents. Car en définitive, qu'elles allèguent la violation d'un droit de l'homme ou qu'elles invoquent une atteinte au principe général de proportionnalité, c'est – presque – toujours l'existence d'un déséquilibre entre deux valeurs opposées que les parties postulent.

781. – Pour finir, on notera que la Cour trouve parfois dans la tension entre unité et diversité une échappatoire commode à l'arbitrage délicat des conflits entre valeurs marchandes et non-marchandes. Il arrive ainsi que la Cour souligne les possibilités de dérogation offertes aux Etats par la réglementation qu'ils contestent afin d'asseoir la validité de celle-ci. L'arrêt *Pays-Bas c. Parlement et Conseil* du 9 octobre 2001¹⁰¹⁶ fournit une illustration éclairante de cette technique. Dans cette affaire, la Cour estima que la directive relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques n'était pas contraire à la dignité humaine, dès lors qu'en son article 6, elle interdisait la brevetabilité de certains procédés au motif de leur contrariété à l'ordre public et aux bonnes mœurs (pt.76). Précédemment, la Cour avait considéré que « [s]' agissant (...) de l'article 6 de la directive, qui exclut de la brevetabilité les inventions dont l'exploitation commerciale serait contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, il est constant que cette disposition laisse aux autorités administratives et aux juridictions des Etats membres une large marge de manœuvre dans la mise en œuvre de ce critère d'exclusion. (...) cette marge de manœuvre est nécessaire pour tenir compte des difficultés particulières que peut susciter l'exploitation de certains brevets dans le contexte social et culturel que connaît chaque Etat membre (...) » (pts.37-38). Lus en combinaison, ces deux passages de l'arrêt semblent rappeler aux autorités néerlandaises que leur conception de la dignité humaine peut encore,

¹⁰¹³ Pour des affaires dans lesquelles la validité d'une mesure de rapprochement des législations a été contestée au motif qu'elle violait le principe général de proportionnalité, cf. p.ex. C-359/92 *Allemagne c. Conseil*, 9 août 1994, *Rec.*, 1994, p.I-3681 ; C-51/93 *Meyhui*, 9 août 1994, *Rec.*, 1994, p.I-3879 ; C-127/95 *Norbrook Laboratories*, 2 avril 1998, *Rec.*, 1998, p.I-1531.

¹⁰¹⁴ AG Léger, conclusions présentées dans l'affaire précitée C-380/03 *Allemagne c. Parlement et Conseil*, pt.209.

¹⁰¹⁵ Conclusions présentées dans l'affaire *France c. Parlement et Conseil* précitée, pt.112.

¹⁰¹⁶ Cf. *supra*, n°410.

sous les traits de l'exception d'ordre public, faire obstacle à la brevetabilité de certaines inventions sur le territoire national¹⁰¹⁷.

782. – L'argument tiré de la nécessité de s'ouvrir à la diversité des situations nationales permet également à la Cour de transformer la question de la validité d'une mesure en un problème de stricte interprétation et, partant, de laisser au juge *a quo* le soin de résoudre celui-ci. Dans l'affaire *Bodil Lindqvist* exposée plus haut, la CJCE a ainsi estimé que si elle permettait de mettre en balance des droits et intérêts divergents, la directive relative au traitement des données à caractère personnel contenait des dispositions « (...) relativement générales vu qu'elle doit s'appliquer à un grand nombre de situations très diverses ». Dès lors, « [c]'est (...) plutôt au stade de la mise en œuvre sur le plan national de la réglementation transposant la directive 95/46 dans des cas d'espèce particuliers que doit être trouvé un juste équilibre des droits et intérêts visés ». Et de conclure à l'obligation pour le juge national d'interpréter son droit interne et la directive de manière à concilier les objectifs du marché intérieur, la vie privée des particuliers, et la liberté d'expression des formatrices de communiantes...

§2. Au contentieux de la dérogation – les droits fondamentaux, absents du discours et ignorés du raisonnement

783. – Le langage des droits fondamentaux ne paraît pas avoir sa place dans les facultés de dérogation accordées aux Etats par le traité (art.95, §4 et s, CE) et par le droit dérivé (technique de l'harmonisation minimale). L'article 95, §§4 et 5, CE se réfère pourtant à des droits fondamentaux « potentiels » lorsqu'il fait des « exigences importantes relatives à la protection de l'environnement ou du milieu du travail »¹⁰¹⁸ des motifs de maintien ou d'introduction de législations nationales plus sévères. Il n'emploie toutefois pas le vocabulaire des droits de l'homme et évite d'ériger le respect de ceux-ci en motif général de dérogation au droit dérivé¹⁰¹⁹.

784. – Il n'est pas interdit de penser que, par-delà les explications pratiques et politiques, ce « silence » résulte de l'adhésion à une conception par trop « positiviste » des droits fondamentaux. Loin d'être des standards susceptibles d'une application graduelle, ceux-ci apparaissent ainsi comme des règles fixes qui encadrent l'action des autorités publiques et qui, le cas échéant, commandent l'annulation d'une mesure législative. Dans cette perspective, soit la réglementation communautaire viole les droits de l'homme et doit alors être invalidée, soit elle les respecte et ne saurait dès lors tolérer une dérogation en leur nom. A la lumière de cette interprétation, on comprend que c'est parce qu'elles sont considérées comme de simples objectifs politiques – par hypothèse toujours susceptibles d'une réalisation graduelle – et non comme de véritables droits de l'homme que la protection de l'environnement et du milieu du travail apparaissent à l'article 95, §§4 et 5, CE.

785. – Cette observation jette à son tour un nouvel éclairage sur la jurisprudence relative aux mesures dérogatoires adoptées dans le cadre du marché intérieur. Dès lors que ces mesures répondent à de « simples » aspirations éthiques ou à des choix politiques, on comprend qu'elles fassent l'objet d'une interprétation restrictive par rapport à l'objectif primordial de l'intégration économique.

786. – Les paragraphes 4 et 5 de l'article 95 CE ont toujours fait l'objet d'une interprétation stricte. Ainsi que l'a rappelé l'avocat général Saggio dans l'affaire *Kortas* précitée, « [l']exigence première

¹⁰¹⁷ Pour une discussion critique de cette argumentation, cf. C. MAUBERNARD, « Le 'droit fondamental à la dignité humaine' en droit communautaire : la brevetabilité du vivant à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *R.T.D.H.*, 2003, vol.54, p.483-513, spéc. p.497-509.

¹⁰¹⁸ Sur la portée incertaine de l'expression « milieu du travail », cf. S. KARAGIANNIS, *loc. cit.*, p.633-634.

¹⁰¹⁹ Certains auteurs auraient souhaité voir inscrire d'autres motifs de dérogation aux côtés de la protection de l'environnement et du milieu du travail. Cf. en ce sens, P. ROTT (« Minimum Harmonization for the Completion of the Internal Market ? The Example of Consumer Sales Law », *C.M.L.R.*, 2003, p. 1107-1135, spéc. p.1130-1134) à l'égard de la protection des consommateurs. On notera encore que les exceptions inscrites à l'article 30 CE peuvent être invoquées par un Etat pour justifier le *maintien* d'un régime national plus protecteur. A la lumière de l'arrêt *Omega*, on peut penser que l'exception d'ordre public qui figure à l'article 30 CE offre aux préoccupations fondées sur le respect des droits de l'homme une voie d'entrée commode dans le régime dérogatoire de l'article 95, §4, CE.

est celle d'assurer l'application uniforme du droit communautaire, instrument principal pour la création et le maintien du marché intérieur qui est, avant tout, un espace juridique homogène. Or, le pouvoir des Etats membres d'apporter à la mesure de rapprochement des dérogations unilatérales (...) est diamétralement opposé à cette perspective ». Dès lors, « la 'compensation' que constitue l'article 100A, paragraphe 4, ne peut être comprise que comme une règle exceptionnelle par rapport à l'objectif de rapprochement des législations poursuivi par les autres dispositions de ce même article. Comme toute exception à des principes fondamentaux du processus d'intégration communautaire, l'article 100A, paragraphe 4, est lui aussi d'interprétation stricte » (pts.24 et 23)¹⁰²⁰.

787. – Ce principe d'interprétation *stricto sensu* n'est pas demeuré sans conséquence sur le régime juridique des dérogations contenues à l'article 100A, devenu aujourd'hui l'article 95. La Cour a ainsi décrété que le principe du contradictoire ne s'applique pas à la procédure par laquelle la Commission examine le bien-fondé de la demande de dérogation d'un Etat. La nécessité d'une réponse rapide et le fait que la décision de la Commission n'intervient qu'en réaction à la demande d'un Etat dispense celle-ci d'autoriser celui-ci à répondre aux avis récoltés auprès d'autres Etats membres ou auprès d'organes d'experts¹⁰²¹. Dans le même sens, la Cour a estimé dans l'affaire *Kortas* qu'en l'absence d'une réponse de la Commission, l'Etat qui a sollicité une dérogation reste tenu de s'aligner sur le régime juridique organisé par le droit dérivé¹⁰²².

788. – Plus fondamentalement, on est en droit de se demander si ce principe d'interprétation restrictive n'est pas susceptible d'exercer une influence sur les conditions de fond auxquelles sont soumises les demandes de dérogation. L'affaire précitée *Danemark c. Commission*¹⁰²³ laisse planer le doute à cet égard. En l'espèce, la Commission avait refusé au Danemark le droit de maintenir une interdiction totale relative à l'emploi de sulfites, de nitrites et de nitrates comme additifs alimentaires. Elle estimait qu'en imposant un étiquetage adéquat des produits contenant de tels additifs, la réglementation communautaire présentait des garanties suffisantes en matière de santé publique. Le Danemark attaqua cette décision, prétendant notamment qu'elle méconnaissait les conditions d'application de l'article 95, §4, CE. Le gouvernement requérant fit observer que le refus de la Commission était principalement fondé sur le fait que le Danemark n'avait pas invoqué des preuves scientifiques nouvelles ou fait valoir l'existence d'un risque spécifique pour la santé de la population danoise à l'appui de sa demande. Or, estimait le requérant, il ressort clairement du libellé de l'article 95 que cette double condition – preuves scientifiques nouvelles et spécificité du danger – s'applique uniquement aux demandes d'introduction d'une nouvelle mesure nationale (art.95, §5) et non pas aux demandes de maintien d'une législation préexistante (art.95, §4).

789. – L'avocat général donna tort au Danemark, au motif qu'admettre une telle interprétation « (...) signifierait transformer la disposition de l'article 95, paragraphe 4, CE en une clause pure et simple d'opting out permanent par rapport à chaque directive d'harmonisation, ce qui serait catégoriquement contraire aux principes et aux finalités du système ainsi qu'à la logique qui inspire, en vue de la protection de l'intérêt général, la répartition des compétences entre la Communauté et les Etats membres » (pt.76). La Cour se montra en revanche plus ouverte aux sensibilités nationales. Elle estima ainsi que « (...) l'Etat membre demandeur peut, aux fins de justifier le maintien de telles dispositions nationales dérogatoires, invoquer le fait qu'il évalue le risque pour la santé publique autrement que le législateur communautaire l'a fait dans la mesure d'harmonisation. Vu l'incertitude inhérente à l'évaluation des risques posés à la santé publique (...) des évaluations divergentes de ces risques peuvent légitimement être effectuées, sans nécessairement être fondées sur des données scientifiques différentes ou nouvelles » (pt.63 de l'arrêt ; nous soulignons).

¹⁰²⁰ Dans le même sens, cf. les conclusions de l'AG Tesauro dans l'affaire C-41/93 *France c. Commission* précitée, pt.4, et les conclusions de l'AG Tizzano dans l'affaire C-3/00 *Danemark c. Commission*, précitée.

¹⁰²¹ C-3/00 *Danemark c. Commission*, précité, pts.47-50. *Addé* : T-366/03 et T-235/04 *Land Oberösterreich et Autriche c. Commission*, précité, pt.37-47.

¹⁰²² Pour rappel, cette jurisprudence a été rendue caduque par l'introduction, à l'occasion du traité d'Amsterdam, de l'article 95, §6, al.2, qui prévoit que passé un délai de six mois à compter de la notification de la demande, la Commission est réputée avoir approuvé celle-ci.

¹⁰²³ C-3/00 *Danemark c. Commission*, 20 mars 2003, *Rec.*, 2003, p.I-2643. Cf. *supra*, n°758.

790. – A la suite de P. Wenneras¹⁰²⁴, force est de constater que cette affirmation de la Cour ne dissipe pas pour autant tous les incertitudes. Car si la CJCE reconnaît aux autorités nationales le droit d'évaluer les risques pour la santé différemment du législateur communautaire, elle se garde bien de leur attribuer le droit de gérer ces risques autrement. En d'autres termes, « [i]f Member States can merely dispute the risk assessment, and not the risk management, it would seem that they can only derogate by presenting a different *scientific evaluation* of the risk in question. Member States cannot, however, derogate because of a different assessment of the *policy response*, i.e. because they consider that a higher level of protection or precaution is appropriate »¹⁰²⁵. Si la jurisprudence future de la Cour devait confirmer cette lecture, l'espace ménagé à la diversité des sensibilités nationales dans l'article 95 CE se verrait réduit à très peu de choses. En tout état de cause, on ne peut s'empêcher de se demander si le raisonnement de la Cour et – surtout – de l'avocat général aurait été différent dans l'hypothèse où le Danemark aurait explicitement relié les motifs de dérogation de l'article 95 CE au « droit à la santé » consacré à l'article 35 de la Charte des droits fondamentaux.

791. – La Cour de justice semble faire preuve de moins de sévérité, ou en tout cas de plus d'indécision, à l'endroit des législations nationales adoptées en vertu d'une mesure d'*harmonisation minimale* relative à l'établissement du marché intérieur. Nous avons évoqué plus haut les difficultés que posait la question de l'application de législations nationales plus exigeantes à des produits, des opérateurs ou des services en provenance d'un autre Etat membre. Lorsque cette question n'est pas réglée par la mesure communautaire d'harmonisation minimale elle-même – au moyen d'une « clause de libre circulation » –, la CJCE se trouve confrontée à des arbitrages délicats entre l'exigence d'unité du marché intérieur et la diversité des traditions sociales, politiques et culturelles nationales¹⁰²⁶.

792. – Il arrive que cet arbitrage ne pose pas de problème particulier. Nous avons ainsi identifié deux « cas-limites » dans lesquels la Cour de justice semble trancher avec fermeté en faveur de la diversité pour le premier, et de l'unité pour le second. La Cour a ainsi, d'une part, estimé que les mesures d'harmonisation minimales adoptées dans le cadre du marché intérieur autorisent les Etats à édicter des réglementations plus sévères qui ont vocation à s'appliquer exclusivement aux opérateurs économiques implantés sur le territoire national¹⁰²⁷. D'autre part – et à l'autre extrême –, la jurisprudence communautaire semble refuser aux Etats membres le droit d'imposer, en vertu d'une norme d'harmonisation minimale, leurs standards de protection à l'égard d'intérêts situés sur le territoire d'un autre Etat membre¹⁰²⁸.

793. – A cette double balise fondée sur la portée de la législation nationale, il convient sans doute d'en ajouter une troisième, tirée de la base juridique qui sous-tend la mesure d'harmonisation minimale. Avec M. Dougan, on croit pouvoir affirmer que « [w]here minimum harmonization occurs within a common organization of a market, the Community legislature must implicitly have conceived of its potential impact in the least economically disruptive terms possible and to have viewed the attainment of the relevant welfare imperatives as a goal entrusted primarily to the Community rather than the Member States (...). By contrast, measures adopted under the specific Treaty bases on consumer or environmental protection are concerned primarily with social regulation, not economic integration, and one might expect that the Court would take a more serious view of the need for high standards of welfare protection and a correspondingly more generous approach to the role of the Member States in attaining it, interpreting their rather trite minimum harmonization clauses accordingly »¹⁰²⁹.

794. – Ces critères ne permettent toutefois pas de résoudre les « cas difficiles » qui surgissent lorsqu'une législation, qui a vocation à s'appliquer à des opérateurs implantés à l'étranger pour

¹⁰²⁴ P. WENNERAS, « Fog and Acid Rain Drifting from Luxembourg over Art.95(4) EC », *Eur.Env.L.R.*, 2003, p.169-178.

¹⁰²⁵ *Ibidem*, p.172.

¹⁰²⁶ Sur ce point, cf. K. BOSKOVITS, *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses Etats membres*, 1999, p.312-319.

¹⁰²⁷ Aff.382/87 *Buet*, précitée.

¹⁰²⁸ Affaire *CIWF* précitée ; C-160/89 *Van den Burg*, 23 mai 1990, *Rec.*, 1990, p.I-2143.

¹⁰²⁹ M. DOUGAN, *loc. cit.*, p.876-877.

protéger efficacement un intérêt *national*, a été adoptée sur base d'une norme d'harmonisation minimale prise dans le cadre de l'établissement du marché intérieur. D'une part en effet, la portée extraterritoriale d'une telle mesure est incidente par rapport au but qu'elle poursuit. D'autre part, le contexte dans lequel elle s'inscrit – la construction d'un marché unique – relève des objectifs économiques de la Communauté mais laisse une place très large aux préoccupations non-marchandes, qu'il s'agisse de la santé publique, de l'environnement ou de la protection des consommateurs.

795. – L'arrêt *Allemagne c. Parlement et Conseil*¹⁰³⁰, confirmé sur ce point par l'arrêt *BAT*¹⁰³¹, semblait avoir tranché le nœud gordien. En laissant entendre qu'une norme d'harmonisation minimale ne pouvait être valablement adoptée sur base de l'article 95 CE si elle ne contenait pas une clause de libre circulation, la Cour rappelait au législateur communautaire que l'établissement du marché intérieur servait avant tout la dynamique de l'intégration économique et non la protection d'intérêts non-marchands.

796. – La jurisprudence récente cadre toutefois difficilement avec cette prise de position. Dans l'affaire *DocMorris*¹⁰³², la Cour a ainsi estimé que la directive 97/7/CE concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance autorisait le législateur allemand à interdire toute forme de vente de médicaments par Internet. Cette interdiction avait pourtant pour effet de faire obstacle à la libre circulation de médicaments agréés et mis en vente dans d'autres Etats membres. La Cour semble avoir adopté une attitude analogue dans l'affaire *Karner*¹⁰³³.

797. – Il serait sans doute excessif de tracer un lien direct entre ce flou jurisprudentiel et l'absence de toute référence aux droits fondamentaux dans le contentieux relatif aux normes d'harmonisation minimale. On est néanmoins en droit de penser qu'utilisé de manière rigoureuse et « discriminante » – tel intérêt non-marchand est un droit fondamental, tel autre n'en est pas un –, un tel discours pourrait servir de critère supplémentaire à la Cour de justice dans ses délicates entreprises de pondération.

§3. *Au contentieux de l'application – l'absence de « passe-droits fondamentaux »*

798. – Pour finir, il convient d'observer que le langage des droits de l'homme semble également peu présent dans le contentieux de l'*application* des mesures de rapprochement des législations nationales. Là encore, l'interprétation stricte semble de rigueur. La présomption de conformité des produits « CE » aux exigences essentielles établies par une réglementation communautaire ne peut être renversée par un Etat que moyennant le respect des procédures prévues à cet effet. Aucun « passe-droit » n'est accordé sur base de l'importance particulière de l'intérêt opposé à la libre circulation.

799. – Dans l'affaire *Medipac* précitée¹⁰³⁴, la Cour a ainsi considéré que le droit communautaire « s'oppose à ce qu'un pouvoir adjudicateur ayant procédé une procédure d'appel d'offres pour la fourniture de dispositifs médicaux et précisé que ceux-ci devaient être (...) munis du marquage CE rejette, directement et en dehors du cadre de la procédure de sauvegarde (...), pour des raisons

¹⁰³⁰ C-376/98 *Allemagne c. Parlement et Conseil*, 5 octobre 2000, *Rec.*, 2000, p.I-8419, pts.101-105. Sur cette décision, cf. *infra*, n°1056-1060.

¹⁰³¹ C-491/01 *British American Tobacco (Investments) et Imperial Tobacco*, 10 décembre 2002, *Rec.*, 2002, p.I-11453, pts.74-75. Plus récemment, cf. l'AG Jarabo-Colomer, qui estime que dans le doute, une directive adoptée sur base de l'article 95 CE doit être considérée comme procédant à une harmonisation exhaustive plutôt que minimale (C-374/05 *Gintec International*, 13 février 2007, non encore publié au Recueil).

¹⁰³² C-322/01 *Deutscher Apothekerverband*, 11 décembre 2003, *Rec.*, 2003, p.I-14887.

¹⁰³³ C-71/02 *Karner* 25 mars 2004, *Rec.*, 2004, p.I-3025. On peut inférer de ces arrêts une nouvelle ligne de jurisprudence qui renoue avec la distinction, classique depuis l'arrêt *Keck et Mithouard*, entre modalités de vente et exigences relatives aux produits. Tandis que les mesures nationales qui règlent les premières sont toujours autorisées par une mesure d'harmonisation minimale – mais restent soumises au « plafond » de l'article 28 CE si elles établissent une discrimination *de iure* ou *de facto* –, celles qui concernent les secondes ne peuvent être adoptées sur base d'une norme d'harmonisation minimale que si elles autorisent la libre circulation des produits étrangers.

¹⁰³⁴ C-6/05 *Medipac*, 14 juin 2007, non encore publié au Recueil. Cf. *supra*, n°764.

relatives à la protection de la santé publique, les matériels proposés dès lors qu'ils respectent cette condition technique exigée. Si le pouvoir adjudicateur considère que ceux-ci sont susceptibles de compromettre la santé publique, il est tenu d'en informer l'organisme national compétent en vue de la mise en œuvre de ladite procédure de sauvegarde » (pt.55).

800. – L'affaire *AGM Cos.met* précitée¹⁰³⁵ tend à montrer que même lorsqu'ils sont explicitement invoqués, les droits de l'homme n'échappent pas à cette lecture restrictive. Nous nous y arrêterons plus longuement¹⁰³⁶. Rappelons qu'en l'espèce, outre des impératifs de santé publique, la Finlande invoquait le respect de la liberté d'expression de l'un de ses fonctionnaires – M. Lehtinen – pour justifier sa passivité face aux déclarations de ce dernier. En laissant M. Lehtinen exprimer publiquement ses doutes quant à la sécurité des ponts élévateurs de véhicules commercialisés par la société italienne AGM – ponts élévateurs qui étaient pourvus du marquage CE –, la Finlande était accusée d'avoir violé la clause de libre circulation contenue dans l'article 4 de la directive 98/37/CE relative aux machines. Relayés par les médias, les propos de M. Lehtinen avaient en effet causé une chute abrupte des ventes d'AGM sur le marché finlandais.

801. – Dans ses conclusions précédant l'arrêt, l'avocat général Kokott confia au juge de renvoi le soin de déterminer si, eu égard à la manière dont elles avaient été perçues par le « grand public », les déclarations du fonctionnaire s'apparentaient à un comportement privé ou bien plutôt à des prises de position de l'autorité publique. Si le juge *a quo* optait pour la première alternative, il devait alors conclure à l'absence de violation de l'article 4 de la directive. Certes, expliqua l'avocat général, nul n'ignore depuis l'affaire « guerre des fraises »¹⁰³⁷ que l'Etat est tenu à une obligation positive de protection du commerce intracommunautaire contre les actes des particuliers. Cependant, l'arrêt *Schmidberger* enseigne qu'une entorse à cette obligation peut être justifiée par le souci de respecter les droits fondamentaux des « fauteurs de trouble ». Or, il faut constater qu'en l'espèce, le fonctionnaire a fait un usage légitime de sa liberté d'expression en formulant des mises en garde fondées sur son expertise et motivées par un objectif de protection de la santé. Dès lors, conclut l'avocat général, l'Etat a pu estimer, dans le cadre de son large pouvoir d'appréciation, « (...) que les restrictions résiduelles à la libre circulation des marchandises provoquées par les déclarations personnelles de M. Lehtinen étaient acceptables parce qu'une protection plus étendue n'aurait pas été possible sans restreindre de manière disproportionnée la liberté d'expression de M. Lehtinen » (pt.125). En revanche, poursuit l'AG Kokott, le juge de renvoi doit conclure à la violation de l'article 4 de la directive s'il estime que les déclarations de M. Lehtinen ont été perçues comme exprimant le point de vue de l'autorité publique. Dans une telle hypothèse, la restriction du commerce intracommunautaire ne peut être justifiée par la protection de la liberté d'expression dès lors que « l'Etat membre lui-même ne dispose d'aucune liberté d'expression. (...) L'Etat membre doit garantir à ses sujets de droit la liberté d'expression et ne peut la revendiquer à leur égard » (pt.119).

802. – Dans son arrêt, la Cour endossa la majeure partie du raisonnement développé par son avocat général. Elle observa ainsi que les autorités finlandaises n'avaient pas formellement remis en cause la présomption de conformité à la directive qui s'attache aux ponts élévateurs commercialisés par la société AGM. Elle fournit ensuite au juge national certains critères qui lui permettraient de déterminer si les déclarations de M. Lehtinen étaient imputables à l'Etat finlandais dans la mesure où elles auraient pu être perçues comme des « positions que le fonctionnaire prend avec l'autorité de sa fonction » (pt.57). La Cour ajouta que si tel devait être le cas, il faudrait en conclure que la Finlande a contrevenu à l'article 4 de la directive. Une telle atteinte, poursuit-elle, ne saurait être justifiée par un objectif de protection de la santé dès lors que les autorités nationales n'ont pas fait usage des mécanismes de sauvegarde qui leur étaient offerts par l'article 7 de la directive. Par ailleurs, « les Etats

¹⁰³⁵ C-470/03 *A.G.M.-Cos.Met Srl*, 17 avril 2007, non encore publié au Recueil. Cf. *supra*, n°765.

¹⁰³⁶ Pour un commentaire plus approfondi, cf. A. BAILLEUX, « Les droits de l'homme face à la libre circulation – un nouveau conflit porté devant la Cour de justice (C-470/03, Cour de justice des Communautés européennes, *A.G.M. Cos.MET Srl c. Suomen valtio, Tarmo Lehtinen*, 17 avril 2007) », *R.T.D.H.*, 2007, n°72, p.1171-1184.

¹⁰³⁷ C-265/95 *Commission c. France*, 9 décembre 1997, *Rec.*, 1997, p. I-6959.

membres ne sauraient se prévaloir de la liberté d'expression de leurs fonctionnaires pour justifier une entrave et, de ce fait, échapper à leur propre responsabilité en droit communautaire » (pt.72).

803. – Cet arrêt – et les conclusions qui le précèdent – est intéressant à plus d'un titre. Ce qui frappe d'emblée, c'est l'ambiguïté du raisonnement adopté par la Cour pour déterminer l'existence d'une entrave au commerce intracommunautaire imputable aux autorités finlandaises. Tout comme son avocat général, la Cour laisse le juge *a quo* devant l'alternative suivante : soit les déclarations de M. Lehtinen sont assimilables à un comportement privé, soit elles doivent être attribuées à l'Etat lui-même. Fait remarquable cependant, la suite de l'arrêt n'explore que l'une de ces deux hypothèses : *si* le juge estime que M. Lehtinen a agi en tant qu'organe de l'Etat, *alors* il doit conclure à l'existence d'une entrave imputable à ce dernier, qui ne souffre aucune justification et qui engage la responsabilité des pouvoirs publics. En revanche, la Cour ne souffle mot sur les conséquences auxquelles mènerait la conclusion inverse. Contrairement à son avocat général, elle ne précise pas que même si les déclarations de M. Lehtinen ont été faites en sa qualité de personne privée, l'Etat reste astreint à une obligation *positive* de protection de la libre circulation – laquelle, comme l'indique l'avocat général dans la droite ligne de l'arrêt *Schmidberger*¹⁰³⁸, peut éventuellement être méconnue pour assurer la sauvegarde de la liberté d'expression de cette personne privée.

804. – Ce silence énigmatique¹⁰³⁹ n'est pas la seule source de perplexité générée par l'arrêt de la Cour. Rappelons que selon celle-ci – et selon son avocat général –, les déclarations de M. Lehtinen emportent nécessairement une violation de l'article 4 de la directive s'il s'avère que ces déclarations sont assimilables à un acte de l'Etat. Les juges de Luxembourg tout comme leur avocat général considèrent en effet que la nécessité de sauvegarder la liberté d'expression de M. Lehtinen ne saurait justifier l'atteinte à la libre circulation causée par les déclarations de ce dernier. Les explications – laconiques – fournies en soutien de cette affirmation ne sont pourtant pas pleinement convaincantes.

805. – L'avocat général estime à cet égard que l'Etat finlandais ne saurait invoquer le respect de son propre droit à la liberté d'expression – exercé par le truchement de son fonctionnaire – dès lors que les Etats ne disposent pour eux-mêmes d'aucune liberté d'expression. Cette affirmation péremptoire est pourtant loin de faire l'unanimité dans la doctrine spécialisée. De nombreux commentateurs de la Convention européenne des droits de l'homme considèrent que les personnes morales de droit public – en ce compris l'Etat – sont titulaires des droits fondamentaux au même titre que les particuliers et que les autres personnes morales¹⁰⁴⁰. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – ainsi

¹⁰³⁸ « Une justification tirée de la liberté d'expression est en revanche en principe possible, dans la mesure où le comportement de M. Lehtinen n'est pas imputable à l'Etat finlandais. En effet, lorsqu'un fonctionnaire s'exprime en son propre nom, il se prévaut, à l'égard de son Etat, de sa liberté d'opinion. L'Etat membre doit respecter ce droit fondamental. Mais, comme l'Etat membre est simultanément tenu de garantir la libre circulation des marchandises et qu'il en découle éventuellement une obligation d'agir, il peut en résulter un rapport conflictuel. En présence d'un tel rapport conflictuel, l'Etat membre doit pouvoir se prévaloir de la liberté d'expression de son fonctionnaire pour autant qu'il doit la respecter dans les circonstances de l'espèce. Il convient donc de pondérer les intérêts au regard de toutes les circonstances du cas d'espèce. L'Etat membre dispose à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation. Il appartient toutefois à la Cour de contrôler si les restrictions aux libertés fondamentales sont proportionnées au regard de la protection des droits fondamentaux » (conclusions, pts.121-122). On soulignera l'audace de cette transposition de la « doctrine *Schmidberger* » (pondération d'intérêts présumés équivalents et large marge d'appréciation laissée à l'Etat) à des conflits entre un droit fondamental et un principe de libre circulation *renforcé*, consacré dans une mesure de droit dérivé.

¹⁰³⁹ Pour quelques « hypothèses explicatives », cf. A. BAILLEUX, « Les droits de l'homme face... », *loc. cit.*, spéc. p.1175-1179.

¹⁰⁴⁰ Cf. e.a. J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, 1990, p.72-74 ; J. VELU, « La Convention européenne des droits de l'homme et les personnes morales de droit public », *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, t.1^{er}, 1972, p.589-617 ; R. FINALY, « Grondrechtsbescherming van rechtspersonen », *NJCM-Bulletin*, 1991, p.105-120 ; Id., « Grondrechten voor publiekrechtelijke rechtspersonen ; een beschouwing naar aanleiding van het arrest Rost van Tonningen », *NJCM-Bulletin*, 1994, p.610-622. *Contra*, cf. C. KORTMANN, « Vrijheid van meningsuiting voor de regering ? », *N.J.B.*, 1993, p.333-334 ; R. LAWSON, H. SCHERMERS, *Leading Cases of the European Court of Human Rights*, 2nd ed., 1999, p.463. Pour une opinion plus nuancée, cf. E. DOMMERING, « noot onder E.H.R.M., *Castells t. Spanje* », *N.J.*, 1994, n°102, p.386-388. Pour des considérations plus théoriques sur la transposition aux Etats de la catégorie juridique « droits fondamentaux », cf. J-D. MOUTON, « Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux Etats dans le système communautaire? », in X, *La dynamique du droit européen en début de siècle - Etude en l'honneur de Jean-Claude Gautron*,

que celle de certaines juridictions nationales¹⁰⁴¹ – apporte du reste quelque crédit à cette position. Selon certains, dans les affaires *Castells c. Espagne*¹⁰⁴² et surtout *Allenet de Ribemont c. France*¹⁰⁴³, la CEDH « (...) seemed to suggest that ‘the authorities’ enjoy ‘the freedom to impart information’ under Article 10 »¹⁰⁴⁴. On ajoutera que la jurisprudence communautaire elle-même reconnaît aux Etats la jouissance de certains droits fondamentaux. Ainsi en est-il par exemple des droits de la défense et du respect du principe de contradictoire en matière de contrôle des aides d’Etat¹⁰⁴⁵.

806. – Indépendamment de ces observations, il convient de remarquer que dans l’affaire qui nous occupe, les déclarations de M. Lehtinen n’exprimaient *pas* la position officielle de l’Etat finlandais. Si certains éléments ont pu faire naître une telle impression dans le chef de l’observateur non avisé, un examen plus détaillé des circonstances de l’espèce révèle que M. Lehtinen s’est vu réprimander par sa hiérarchie pour avoir exprimé ses opinions personnelles sous des apparences officielles. On mesure la distance qui sépare cette situation du cas de figure dans lequel un Etat prend position de manière formelle et univoque par le biais de l’un de ses porte-parole attitrés. Les données de l’affaire *AGM* auraient ainsi été fort différentes si le ministère des Affaires sociales et sanitaires avait relayé les inquiétudes de M. Lehtinen dans un communiqué officiel. Dans pareille situation, seule l’invocation d’un hypothétique droit à la liberté d’expression propre à l’Etat aurait pu, éventuellement, justifier une entorse aux obligations communautaires de celui-ci.

807. – En revanche, tout autre est la question de savoir si, dans l’affaire *AGM*, la Finlande pouvait invoquer la liberté d’expression de *son fonctionnaire*, même si celui-ci donnait l’impression d’agir dans une capacité officielle. On sait que la Cour de justice a répondu par la négative à cette question : « (...) les Etats membres ne sauraient se prévaloir de la liberté d’expression de leurs fonctionnaires pour justifier une entrave et, de ce fait, échapper à leur propre responsabilité en droit communautaire » (pt.72). Cette affirmation n’a toutefois rien d’évident¹⁰⁴⁶. Jamais la CEDH n’a considéré que les fonctionnaires étaient privés de leur liberté d’expression du simple fait qu’ils agissaient au nom et pour compte de l’Etat¹⁰⁴⁷. Les juridictions communautaires ont elles-mêmes reconnu à de nombreuses reprises que les fonctionnaires des institutions européennes jouissaient du droit à la liberté d’expression¹⁰⁴⁸.

808. – On rétorquera sans doute que dans l’affaire *AGM*, la Cour de justice a contesté non pas l’existence d’un droit à la liberté d’expression dans le chef de M. Lehtinen, mais bien la possibilité pour l’Etat d’invoquer la protection de ce droit pour justifier un manquement à ses obligations

2004, p.463-477 ; F. POIRAT, « La doctrine des ‘droits fondamentaux’ de l’Etat », *Droits*, 1992, n°16, p.83-91 ; J-M. FERRY, *La question de l’Etat européen*, 2000, spéc. p.108-115.

¹⁰⁴¹ Cf. e.a. l’arrêt du *Hoge Raad* néerlandais dans l’affaire *Rost van Tonningen t. Nederland* (RvdW 1993, 39) : « Tel qu’il est inscrit aussi bien dans la Constitution que dans les traités internationaux, le droit à la liberté d’expression, dont le gouvernement peut également se prévaloir, implique que l’Etat ne peut être attaqué en droit sur base du fait que l’opinion ainsi exprimée par le gouvernement est injuste » (nous traduisons). Dans le contexte certes différent du droit de l’immigration, les juridictions irlandaises – en ce compris la Cour suprême – ont affirmé à maintes reprises que « [t]here are fundamental rights of the State itself as well as fundamental rights of the individual citizens, and the protection of the former may involve restrictions in circumstances of necessity on the latter » (*Osheku v Ireland* [1986] I.R. 733, 746 ; *Laurentiu v Minister for Justice* [1999] 4 IR 26 ; *Article 26 and the Illegal Immigrants (Trafficking) Bill 1999, Re* [2000] 2 IR 360).

¹⁰⁴² C.E.D.H. arrêt du 23 avril 1992, série A 236. Pour un arrêt plus récent concernant la liberté d’expression d’un organe de l’Etat, cf. C.E.D.H., *Baczowski and others v. Poland*, arrêt du 3 mai 2007.

¹⁰⁴³ C.E.D.H., arrêt du 10 février 1995, série A 308, spéc. pt.38.

¹⁰⁴⁴ R. LAWSON, H. SCHERMERS, *op. cit.*, p.463.

¹⁰⁴⁵ Cf. e.a. C-288/96 *Allemagne c. Commission*, 5 octobre 2000, *Rec.*, 2000, p.I-8237. Dans un domaine similaire, cf. C-48/90 et C-66/90 *Pays-Bas e.a. c. Commission*, 12 février 1992, *Rec.*, 1992, p.I-565.

¹⁰⁴⁶ « Pourquoi un fonctionnaire de l’autorité ne pourrait-il pas se prévaloir de la liberté d’expression s’il affirme ainsi publiquement : j’estime telle politique justifiée, ou : je ne suis pas d’accord avec telle politique, ou : je peux fournir des preuves à l’appui de la justesse de telle politique. Il jouit de cette liberté d’expression dans les limites de la relation juridique statutaire » (E. DOMMERING, *loc. cit.*, p.387-388. Nous traduisons).

¹⁰⁴⁷ Cf. e.a. C.E.D.H., *De Diego Nafria c. Espagne*, arrêt du 14 mars 2002. Dans cet arrêt, la Cour admet simplement que le fonctionnaire peut être tenu à un devoir de réserve.

¹⁰⁴⁸ Cf.e.a. aff. 100/88 *Oyowe et Traore c. Commission*, 13 décembre 1989, *Rec.*, p.4285 ; C-274/99P *Connolly c. Commission*, 25 octobre 2000, *Rec.*, p.I-1611 ; T-76/03 *Meister c. OHMI*, 28 octobre 2004, *RecFP.*, p. I-A-325 et II-1477 ; T-82/99 *Cwik c. Commission*, 14 juillet 2000, *RecFP.*, p. I-A-155 et II-713.

communautaires. Ainsi précisée, l'affirmation de la Cour n'en demeure pas moins ambiguë et surprenante. Outre que l'on peine à en saisir les motifs, il faut reconnaître que ce *dictum* est quelque peu équivoque. Il signifie soit que les Etats ne sont pas *admis* à se prévaloir de la liberté d'expression de leur fonctionnaire, soit que l'invocation d'une telle exception – formellement recevable – est *insuffisante* pour « contrer » l'impératif de libre circulation « renforcée » consacré dans l'article 4 de la directive.

809. – Quelle que soit sa signification exacte, cette exclusion de l'argument fondé sur la protection de la liberté d'expression est riche de deux enseignements importants pour cette étude. D'une part, la Cour ne semble pas prête à accorder des « passe-droits fondamentaux » qui permettraient aux Etats de mettre en échec, en vue de la protection d'un droit de l'homme, la libre circulation instaurée par une mesure d'harmonisation sans se soumettre à la procédure de sauvegarde prévue par celle-ci. D'autre part, à l'instar du droit de l'OMC¹⁰⁴⁹, l'ordre juridique communautaire peut faire naître des situations d'« étai », dans lesquelles les Etats se trouvent pris entre le marteau et l'enclume de deux conventions internationales contradictoires. Supposons en effet que les autorités finlandaises aient empêché M. Lehtinen d'exprimer publiquement ses doutes sur la sécurité des machines commercialisées par AGM. Rien ne permet d'affirmer qu'une telle censure, nécessaire pour la protection du commerce intracommunautaire¹⁰⁵⁰, n'aurait pas été condamnée par la CEDH au nom du droit à la liberté d'expression de M. Lehtinen. Prisonniers de l'étai des droits de l'homme et du marché, les Etats se retrouvent ainsi confrontés à un choix impossible : enfreindre le commerce intracommunautaire ou violer un droit de l'homme ; essuyer une condamnation à Strasbourg ou encourir les foudres de Luxembourg. Nous reviendrons plus loin sur ces dilemmes cornéliens¹⁰⁵¹.

*
* *

810. – L'intégration économique positive se heurte souvent à la protection des droits fondamentaux. Ces conflits sont parfois frontaux. Dans de tels cas de figure, les droits de l'homme sont invoqués pour mettre en cause la validité même de la norme communautaire de rapprochement des législations nationales. Sous cette face émergée de l'iceberg se cachent cependant bien d'autres formes d'opposition, plus larvées, adoucies par la médiation du droit communautaire lui-même. Les normes d'harmonisation minimale, les dispositions de l'article 95, §§4 et 5, les clauses de sauvegarde des mesures d'harmonisation adoptées en vertu de la « nouvelle approche » ménagent toutes une place au conflit entre les impératifs de l'intégration économique et la nécessaire sauvegarde des droits de l'homme. On a pu constater que ces oppositions étaient tantôt explicites, les parties au litige n'hésitant pas à invoquer expressément l'atteinte à un droit fondamental, tantôt implicites – potentielles ou manquées –, les droits de l'homme apparaissant en filigranes derrière la défense d'un intérêt non-marchand.

811. – Qu'ils soient reconnus ou dissimulés par les parties et par les juges, ces conflits entretiennent sans conteste un rapport étroit avec la double tension qui traverse l'ensemble de la construction

¹⁰⁴⁹ Cf. *supra*, n°322.

¹⁰⁵⁰ La société AGM semble considérer que toute entrave à la commercialisation de ses machines aurait pu être évitée par la diffusion d'un communiqué officiel visant à démentir les allégations de M. Lehtinen (cf. les conclusions de l'AG Kokott, pt.46). S'il ne porte pas atteinte à la liberté d'expression de ce dernier, un tel procédé nous paraît toutefois d'une efficacité fort relative. Il est peu probable qu'un communiqué officiel aurait suffi à dissiper toutes les inquiétudes des clients potentiels de la société AGM et à compenser entièrement la « gêne » causée au commerce intracommunautaire par les déclarations de M. Lehtinen. Le supérieur hiérarchique de M. Lehtinen a du reste déclaré plusieurs fois à la presse que les opinions de ce dernier n'engageaient que lui. Ces rectifications n'ont manifestement pas réussi à apaiser les craintes des acheteurs potentiels. Seule une censure préalable aurait dès lors efficacement pu empêcher la formation de toute entrave à la libre circulation des élévateurs de véhicules commercialisés par AGM. Or, il semble bien que la simple présence d'une entrave à la libre circulation imputable à l'Etat suffit à entraîner une violation de l'article 4 de la directive. Loin d'être assortie d'un seuil « *de minimis* », cette disposition impose en effet aux Etats une obligation de résultat bien plus que de moyen. Partant, l'Etat finlandais n'aurait pas pu se dédouaner en invoquant des mesures qui, bien qu'adoptées en réaction aux déclarations de M. Lehtinen, ne seraient pas parvenues à contrer efficacement les effets de celles-ci.

¹⁰⁵¹ Cf. *infra*, n°1506 et s.

européenne. Les questions relatives à la nature de l'intégration européenne – marchande ou non-marchande – et à son intensité – unité ou diversité – s'expriment à travers les oppositions entre droits de l'homme et impératifs du marché.

812. – Appelé à arbitrer ces conflits, le juge communautaire semble faire preuve d'un certain scepticisme à l'égard de la catégorie juridique « droits de l'homme ». Confronté à des usages parfois très rhétoriques de celle-ci, il ramène les droits fondamentaux au rang de simples intérêts plaçant tantôt en faveur de l'unité, tantôt en faveur de la diversité, et incarnant tantôt des objectifs économiques, tantôt des valeurs non-marchandes. Pour reprendre notre objection de tout à l'heure, il semble donc que notre recherche présente peu d'intérêt. A quoi bon, en effet, traquer les affaires dans lesquelles les droits de l'homme ont été invoqués explicitement dès lors que la Cour paraît insensible au « discours de droits fondamentaux » ? De même, quelle utilité y a-t-il à chercher les arrêts dans lesquels les droits de l'homme sont présents en « substance », dès lors que les juges n'attachent à celle-ci pas d'importance particulière ?

813. – Ces interrogations quant à l'intérêt de notre grille d'analyse ne manqueraient pas de pertinence si notre recherche se situait au pur niveau descriptif. En revanche, dès lors que l'on s'efforce de prendre du recul, ces questions viennent nourrir plutôt que discréditer l'analyse critique. D'abord, elles soulignent une certaine incohérence dans la jurisprudence de la Cour, sensible au discours des droits de l'homme lorsqu'il s'oppose aux libertés de circulation, indifférente à celui-ci lorsqu'il opère à l'encontre de l'intégration économique positive. Ensuite, elles conduisent à se demander si la Cour est toujours disposée à « prendre les droits au sérieux », comme elle s'y est engagée il y a longtemps sous la menace de certaines juridictions nationales. Enfin, elles poussent à s'interroger sur le bien-fondé du « discours des droits » et sur sa capacité à mettre en tension, dans une perspective dialectique, les quatre pôles de la construction européenne – unité, diversité, marchand, non-marchand. Ces considérations feront un peu plus loin l'objet d'une analyse circonstanciée.

Conclusion

814. – Sans surprise, c’est une nouvelle fois sur le mode du flou que se déclinera cette conclusion. Alors que l’étude des conflits entre les droits de l’homme et le marché intérieur semblait *a priori* mettre en scène des oppositions tranchées entre des concepts clairs et univoques, force est de reconnaître qu’à l’arrivée, les poncifs et les préjugés ont perdu beaucoup de leur pertinence. Tout comme nous identifions quatre « facteurs de complexité » dans l’introduction de ce chapitre, nous voudrions à présent pointer quatre « lieux du flou » particulièrement dignes d’intérêt pour la suite de cette étude.

815. – En premier lieu, on conviendra que les relations qui unissent les droits fondamentaux, les impératifs du marché, les libertés de circulation et l’objectif du marché intérieur sont bien plus complexes qu’elle ne paraissent de prime abord. D’une part, l’analyse de la jurisprudence communautaire nous enseigne que loin de toujours s’opposer aux diktats du marché, les droits fondamentaux en épousent bien souvent les formes ; ils servent en ce sens un discours ultralibéral, valorisant la libre concurrence et réduisant au strict minimum l’intervention de la « main visible » de l’Etat. D’autre part, on a pu constater que la construction du marché intérieur ne s’entendait pas d’une soumission totale aux impératifs du libre-échange ; loin de sacrifier pleinement à la loi du marché, l’intégration économique exige la prise en compte et la protection d’intérêts non-marchands. À cet égard, on rappellera les rapports ambigus qu’entretiennent les libertés de circulation et l’objectif du marché intérieur. Les premières apparaissent à la fois comme des instruments juridiques – pointant unilatéralement dans la direction du marché – au service de la seconde et comme la finalité de celle-ci – le nivellement du marché ayant en définitive pour but de permettre aux citoyens et aux acteurs économiques d’exercer pleinement leur liberté de circulation. Enfin, on notera que notre approche nominaliste élargie nous a conduit à considérer les libertés de circulation comme des droits fondamentaux¹⁰⁵². Dans la foulée, nous avons constaté que tantôt ces libertés s’opposaient à la dynamique de l’intégration économique positive, tantôt elles entraient en conflit avec d’autres droits fondamentaux.

816. – La jurisprudence de la Cour de justice continue également d’entretenir le flou sur la « normativité » des droits fondamentaux. Alors que dans certains cas, la protection de ceux-ci paraît primer sur – ou au moins équivaloir à – l’objectif de l’intégration économique, dans d’autres situations, les droits de l’homme sont ravalés au rang de simples raisons d’intérêt général ou de finalités politiques quelconques. On notera que l’existence de ce double standard se laisse particulièrement bien observer au niveau de la marge d’appréciation accordée par les juges aux autorités politiques. Alors que la protection des droits de l’homme justifie – parfois – l’octroi d’un pouvoir discrétionnaire accru aux Etats désireux de déroger à une liberté de circulation, l’atteinte à ces mêmes droits par le législateur communautaire ne semble pas conduire à une réduction de la marge d’appréciation de ce dernier.

817. – La répartition des compétences entre le juge communautaire et les juridictions nationales ne paraît pas non plus devoir échapper à l’emprise du flou. La jurisprudence de la CJCE laisse planer le doute quant à l’autorité à laquelle il appartient de trancher la question de la proportionnalité d’une atteinte à une liberté de circulation. Bien souvent, la Cour se charge elle-même d’opérer la balance des

¹⁰⁵² On se rappellera en effet que la Cour elle-même a qualifié à plusieurs reprises les libertés de circulation de « droits fondamentaux ». Notre entreprise de reconstruction critique de cette notion, qui interviendra dans la dernière partie de cette recherche, nous amènera toutefois à contester cette assimilation des « quatre libertés » à des droits de l’homme.

intérêts et rend sur ce point au juge *a quo* une réponse dénuée d'ambiguïté. Il arrive cependant – de plus en plus souvent, croyons-nous – que la CJCE laisse au juge national le soin de régler lui-même la question de la proportionnalité de la mesure mise en cause. Les affaires *Familiapress*, *Viking* et *United Pan-Europe* examinées plus haut nous montrent que cette forme de délégation surgit également dans des cas où l'atteinte à la libre circulation est motivée par la protection – ou par l'exercice – d'un droit fondamental. Pour anodine qu'elle puisse paraître, cette question n'en demeure pas moins d'une importance majeure. D'une part, elle touche à la nature même du rôle de la Cour de justice dans l'ordre juridique communautaire. D'autre part, il est incontestable que le résultat de la pesée des intérêts ne sera pas nécessairement le même selon qu'il est atteint par la CJCE ou par le juge de renvoi¹⁰⁵³.

818. – Enfin, il n'est pas jusqu'aux deux grandes tensions identifiées dans ce chapitre (unité – diversité / marchand – non-marchand) qui n'aient partie liée. On remarquera à cet égard que si les impératifs du marché exigent traditionnellement un approfondissement de l'intégration européenne, ils soutiennent parfois également le maintien de législations différentes selon les Etats. Que le Royaume-Uni soit empêché d'imposer aux autres Etats ses propres standards en matière d'élevage bovin¹⁰⁵⁴, voilà qui dément l'idée selon laquelle le marché serait nécessairement hostile à toute forme de diversité régulatrice. De même, nul ne contestera que la protection des intérêts non-marchands passe aussi bien par l'harmonisation des législations nationales – le meilleur moyen de prévenir toute *race to the bottom* – que par le maintien de dérogations au profit des Etats désireux d'« aller plus loin ».

819. – Plus curieusement encore, on remarquera qu'au sein même de chacune de ces tensions, les oppositions sont moins tranchées qu'elles n'en ont l'air. Ainsi, nul ne contestera que la protection des valeurs non-marchandes est à la fois une condition nécessaire à la réalisation du marché intérieur et la finalité ultime de celui-ci. Condition parce que sans elle, il n'y aurait pas de consensus politique possible ; finalité parce qu'aux termes mêmes de l'article 2 du traité CE, l'établissement d'un marché commun ne représente qu'un moyen pour favoriser « (...) un développement harmonieux, équilibré et durable des activités économiques, un niveau d'emploi et de protection sociale élevé (...), un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement, le relèvement du niveau et de la qualité de vie (...) ». De même, il est évident qu'au sein de la construction européenne, la diversité ne se conçoit que dans un cadre commun, et qu'en retour, le processus d'intégration politique serait voué à l'échec s'il visait à supprimer toutes les différences.

C'est sur ces considérations empreintes de dialectique que se referme ce chapitre. Nul doute cependant que ces enseignements reviendront nourrir la réflexion proposée dans la troisième partie de cette recherche.

CHAPITRE II. ALLIANCES ENTRE DROITS FONDAMENTAUX ET LIBRE CIRCULATION

¹⁰⁵³ Notons en outre que les juges *a quo* ont souvent du mal à comprendre les directives qui leur sont adressées par la CJCE dans la mise en œuvre du test de proportionnalité. Concernant l'affaire *Familiapress*, on notera que la Cour « (...) attempted to direct [the] decision [of the national court] by formulating a series of conditions that should have been complied with in order to decide whether the justifications were acceptable. These conditions required such a sophisticated analysis of market behaviour that the Austrian court decided simply to ignore the ECJ instruction » (A. BIONDI, « Free Trade ... », *loc. cit.*, p.56). Dans le même sens à propos de l'arrêt *Burmanjer* de la CJCE, cf. A. BAILLEUX, N. BONBLED, « De l'art de poser une question préjudicielle (et d'y répondre) – De Bruges à Bruges en passant par Bruxelles et Luxembourg », *R.I.E.J.*, 2007, p.219-253, spéc. p.243-249.

¹⁰⁵⁴ Cf. l'affaire *CIWF* examinée *supra*, n°753.

Introduction

820. – Les impératifs de protection des droits fondamentaux ne s'érigent pas toujours en défenseurs de l'autonomie des Etats membres et de la diversité des traditions nationales. Si le chapitre précédent nous a permis d'apprécier l'efficacité du « rempart des droits de l'homme » lorsqu'il s'oppose à la logique du marché intérieur, les pages qui suivent devraient nous convaincre de l'utilité de « l'épée des droits fondamentaux » lorsqu'elle est brandie aux côtés des libertés de circulation. La jurisprudence communautaire nous apprend en effet que le respect et la protection des droits de l'homme requièrent bien souvent l'adoption de mesures et de solutions juridiques qui favorisent la dynamique centripète de l'intégration européenne.

821. – Ces phénomènes d'alliance entre droits fondamentaux et libre circulation peuvent, nous semble-t-il, être classés en trois catégories. Dans la droite ligne de notre analyse comparative¹⁰⁵⁵, notre examen de la jurisprudence communautaire reposera donc sur une distinction entre les alliances économiques, citoyennes et institutionnelles. Les premières désignent les situations dans lesquelles la combinaison des droits de l'homme et des libertés de circulation favorise la dérégulation du grand marché et fait le jeu des opérateurs économiques. Les secondes visent les cas de figure dans lesquels cette même combinaison aboutit à conférer une protection accrue au citoyen européen et à sa famille. Ces deux premières catégories reposent principalement sur l'audace dont fait preuve la Cour de justice lorsqu'elle interprète les dispositions du traité garantissant la libre circulation. Il en va tout différemment des alliances institutionnelles. Celles-ci recouvrent les situations dans lesquelles le législateur communautaire prend appui sur les nécessités du marché intérieur pour assurer la protection des droits de l'homme au niveau européen. Bien qu'elles se nouent en amont du processus juridictionnel, ces alliances du « troisième type » nous intéressent directement dans la mesure où la question de leur validité – c'est-à-dire de leur plausibilité – a souvent été portée devant la Cour de justice.

822. – Cette classification tripartite n'est certes pas sans défaut. Incontestablement, les alliances économiques et citoyennes partagent entre elles davantage de similitudes qu'elles n'en ont avec les alliances institutionnelles. Du reste, cette ressemblance est parfois si poussée qu'elle rend malaisée la répartition de certaines affaires entre alliances économiques et citoyennes. Nous laisserons au lecteur le soin de juger de la pertinence de cette présentation en trois points, dictée par l'impression que la clarté est souvent mieux servie par le bon sens que par un excès de rigueur.

823. – Ces difficultés méthodologiques ne doivent toutefois pas masquer l'essentiel : qu'elles soient économiques, citoyennes ou institutionnelles, les alliances entre les droits de l'homme et le marché intérieur favorisent toutes la dynamique intégratrice qui sous-tend la construction européenne. Cette contribution à l'unification du droit se traduit par un double mouvement. D'une part, les alliances entraînent une diminution de l'autonomie des Etats, soit qu'elles dressent de nouvelles limites à l'exercice de leur souveraineté, soit qu'elles « communautarisent » des matières qui leur sont réservées. D'autre part, ces partenariats entre droits de l'homme et libertés de circulation génèrent une extension des compétences des autorités communautaires, en élargissant tantôt la compétence du législateur communautaire, tantôt celle de son juge.

824. – Ce dernier point mérite d'être souligné. Il nous rappelle que les phénomènes d'alliances analysés ci-dessous ne surgissent pas dans un *no man's land* institutionnel. Ils s'enracinent dans un paysage particulièrement complexe et ne sauraient être étudiés dans la totale ignorance des problématiques liées à la répartition des compétences au sein de l'ordre juridique communautaire. Plus encore, il n'est sans doute pas excessif d'avancer que les combinaisons entre droits de l'homme et libertés de circulation font l'objet d'utilisations stratégiques par les acteurs du système européen, et qu'elles traduisent d'importantes luttes de pouvoir. Rien d'étonnant dès lors à ce que les pages qui suivent tracent, de temps à autre, des liens explicites entre les phénomènes d'alliances étudiés et des

¹⁰⁵⁵ Cf. *supra*, partie I, chapitre 2.

questions relatives à la délimitation des compétences entre les organes de la Communauté et les Etats membres.

825. – A ce premier facteur de complexité s'en ajoute un second, que l'on a déjà rencontré dans le chapitre précédent. Pas plus que les conflits, les alliances n'échappent au hiatus entre les mots et les choses. C'est donc sans surprise que l'on découvrira dans la jurisprudence communautaire, cachée dans l'ombre des alliances « explicites », la présence d'alliances « manquées » et « potentielles » entre droits fondamentaux et libre circulation. Il nous appartiendra de tirer les conséquences de cet usage hésitant de la catégorie juridique des droits de l'homme.

Section 1. Alliances économiques – les droits de l'homme en renfort du marché

« European integration confirms (...) that citizen-driven market integration can provide strong incentives for transforming « market freedoms » into « fundamental rights » which (...) can reinforce and extend the protection of basic human rights (e.g. to liberty, property, food and health). (...) The fact that most people spend most of their time on their « economic freedoms » (e.g. to produce and exchange goods and services including one's labour and ideas) illustrates that, for most people, economic liberties are no less important than civil and political freedoms »¹⁰⁵⁶.

¹⁰⁵⁶ E-U. PETERSMANN, « Time for a United Nations "Global Compact" for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration », *E.J.L.*, 2002, p.629.

A. Les antécédents de l'alliance

826. – N'en déplaise aux esprits manichéens, les droits fondamentaux n'apparaissent pas toujours comme les ennemis du marché. Bien souvent au contraire, ils font le jeu du libéralisme économique en protégeant l'autonomie individuelle contre les oukases de l'autorité publique. Cette observation n'est somme toute guère surprenante si l'on veut bien se rappeler que les droits de l'homme ont émergé dans la pensée politique moderne comme des boucliers « naturels » destinés à contrer les excès de la souveraineté étatique¹⁰⁵⁷, et qu'ils ont été érigés en gardiens de la main invisible du marché par les pères fondateurs de la pensée néolibérale¹⁰⁵⁸.

827. – Les choses sont cependant plus complexes qu'il n'y paraît de prime abord. Nous avons ainsi pu constater précédemment que la dynamique du marché intérieur ne s'apparentait pas à un simple processus de dérégulation économique. Cette dynamique repose en effet sur l'édiction de règles communes qui, le cas échéant, heurtent la liberté individuelle. Nul besoin de rappeler ici les multiples affaires dans lesquelles la validité de normes présidant à l'organisation du marché commun fut mise en cause pour atteinte aux droits fondamentaux des agents économiques. L'existence de conflits entre la logique dérégulatrice du marché et la dynamique intégratrice du marché intérieur ne doit toutefois pas nous leurrer. Dans bien des circonstances, les impératifs du libre-échange servent les desseins de l'intégration économique européenne. En combattant les entraves au commerce imposées par les autorités nationales, ils contribuent à l'avènement d'un marché unique sans frontières et sans centre.

828. – Une fois encore cependant, on prendra garde de ne pas céder aux raccourcis faciles. Que le marché intérieur surfe parfois sur la vague du libéralisme économique ne signifie pas que cette union d'intérêts se scelle par le seul intermédiaire de droits fondamentaux « négatifs ». On veut dire par là que les phénomènes d'alliance décrits ci-dessous n'induisent pas nécessairement un devoir d'abstention dans le chef des Etats. On sait que même les partisans d'un ultralibéralisme radical se résignent à accorder à l'autorité publique un rôle minimal. On n'ignore pas non plus que l'intégration économique nécessite l'intervention active des Etats. Il n'y a dès lors rien que de très logique à constater que combinés l'un à l'autre, les droits fondamentaux des acteurs économiques et la dynamique du marché intérieur font parfois naître des obligations positives à charge des autorités nationales.

829. – Les alliances examinées dans cette section n'en partagent pas moins certaines caractéristiques, qui expliquent leur regroupement sous une dénomination commune. On en retiendra deux. D'une part, la protection des droits fondamentaux et l'établissement du marché intérieur y apparaissent au service immédiat de la promotion d'une activité économique. D'autre part, ces alliances ont toujours pour effet de réduire l'autonomie des Etats.

¹⁰⁵⁷ Cf. e.a. Th. HOBBS, *Léviathan*, trad. F. Tricaud, 1971, spéc. p.229-231 ; J. LOCKE, *Le second traité du gouvernement*, trad. J-F. Spitz et C. Lazzeri, 1994, spéc. p.97-104.

¹⁰⁵⁸ Cf. Pour un prolongement de la pensée de Locke en faveur d'un Etat minimal respectueux des droits individuels, cf. R. NOZICK, *Anarchie, Etat et utopie*, trad. E. d'Auzac de Lamartine, 1974 ; cf. également F. HAYEK, qui propose l'insertion d'une « clause fondamentale » dans la Constitution étatique, selon laquelle « (...) les hommes ne pourraient être empêchés de faire ce qu'ils veulent, ou obligés de faire certaines choses, qu'en conformité avec des règles de juste conduite, conçues de manière à définir et protéger le domaine personnel de chacun d'eux. (...) Cette clause fondamentale pourrait par elle-même réaliser tout ce que cherchaient à garantir les Déclarations traditionnelles de Droits, et au-delà ; elle rendrait inutile une énumération distincte des droits fondamentaux ». En effet « Ce qu'ont pour but de protéger les droits fondamentaux est simplement la liberté individuelle au sens d'absence de contrainte arbitraire » (*Droit, législation et liberté*, vol.3 – *L'ordre politique d'un peuple libre*, trad. R. Audouin, 1983, p.129-132). On ne peut s'empêcher de voir dans la « Constitution économique européenne » – fondée sur les règles de libre concurrence et de libre circulation – un écho aux théories de F. Hayek, lequel suggérerait qu'« (...) en ce siècle nos essais de création d'un gouvernement international capable d'assurer la paix ont généralement abordé l'entreprise par le mauvais bout : en instaurant un grand nombre d'autorités spécialisées tendant à des réglementations particulières, au lieu de viser à un véritable droit international qui limiterait la capacité des gouvernements nationaux à nuire aux autres. Si les valeurs communes les plus élevées sont négatives, non seulement les lois communes les plus hautes mais aussi la plus haute autorité devraient se borner essentiellement à des prohibitions » (*Ibid.*, p.178)

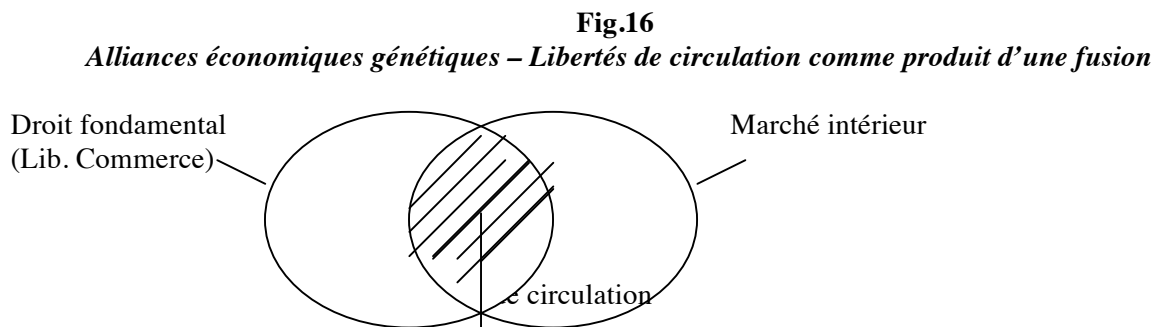
B. Les types d'alliance

830. – L'examen de la jurisprudence communautaire révèle que les alliances économiques procèdent toutes, à des degrés divers, de la combinaison entre un droit fondamental et une liberté de circulation. La diversité des formes que revêt cette combinaison rend périlleuse toute entreprise de classification. Nous tenterons toutefois de montrer que ces alliances peuvent être réparties en quatre catégories en fonction de leur « origine » ou de leur « intensité »¹⁰⁵⁹ (§§1 à 5). Nous soulignerons ensuite la présence, cachée dans la jurisprudence communautaire, de nombreuses alliances économiques « implicites » (§6).

§1^{er}. Alliances génétiques

831. – Le premier type d'alliances économiques apparaît à la faveur d'un éclairage théorique bien plutôt qu'au bénéfice d'un examen empirique de la jurisprudence. C'est que loin de regrouper des partenariats ponctuels entre l'intégration économique et un droit de l'homme, qui surgissent au gré des affaires portées devant la Cour de justice, cette première catégorie découle de considérations liées à l'« essence » même de la liberté de circulation. Elle procède du point de vue selon lequel le « droit à la libre circulation » constitue l'expression particulière d'un droit fondamental plus général. Elle implique de « (...) construe these specific market freedoms of the EC Treaty constitution as manifestations of a more general 'freedom of trade rooted in the indivisible, constitutional guarantee of freedom of liberty' (Article 6 EU) as well as in more specific guarantees of freedom of profession and private property »¹⁰⁶⁰.

832. – Selon cette perspective, la liberté de circulation – entendue comme droit subjectif octroyé aux acteurs économiques agissant dans le cadre du traité – apparaît comme le produit d'une *fusion* entre les impératifs du marché intérieur et le droit au libre exercice de l'activité économique :



833. – Cette hypothèse d'un rapport de filiation entre la liberté de circulation et la liberté – fondamentale – de commerce n'est pas dénuée de tout fondement. On sait que du moins à l'origine, de nombreux commentateurs voyaient dans les libertés de circulation l'expression d'une « *economic due process clause* »¹⁰⁶¹. Le langage utilisé par la Cour apporte quelque crédit à ce point de vue en

¹⁰⁵⁹ Parmi les cinq catégories présentées ci-dessous, quatre ont déjà été esquissées plus haut, dans le cadre de notre analyse comparative : cf. *supra*, n°450-453.

¹⁰⁶⁰ E-U. PETERSMANN, « Bridging Foundations – Human Rights and International Trade Law : Defining and Connecting the Two Fields », in T. COTTIER, J. MAUVELYN, E. BÜRGI BONANORI (eds.), *Human Rights and Trade*, 2005, p.52. Selon le président de la Cour de justice lui-même, « [l]es libertés fondamentales peuvent également être considérées comme un droit communautaire fondamental à la libre circulation et au libre exercice d'une activité professionnelle » (V. SKOURIS, « L'interaction entre les libertés fondamentales et les libertés publiques en droit communautaire », *loc. cit.*, p.505).

¹⁰⁶¹ Cf. les références citées par M. POIARES MADURO, « Reforming the Market or the State ? Article 30 and the European Constitution : Economic Freedom and Political Rights », *E.L.J.*, 1997, p.55-82, spéc. p.61-65, et par P. OLIVER, W-H. ROTH, « The Internal Market and the Four Freedoms », *C.M.L.R.*, 2004, p.407-441, spéc. p.407-411. Ces auteurs déclarent que « (...) the right to import and export goods between Member States might be regarded as part of the freedom to conduct a

entretenant l'ambiguïté sur la véritable nature des quatre libertés, les qualifiant le plus souvent de « libertés fondamentales » mais n'hésitant pas de temps à autre à les proclamer « droit fondamental »¹⁰⁶² et à les associer au principe du « libre accès à l'emploi »¹⁰⁶³ ou du « libre exercice du commerce »¹⁰⁶⁴. En outre, on rappellera qu'au contraire de la « *dormant commerce clause* » américaine, les libertés de circulations lient également le législateur central¹⁰⁶⁵. Nul ne contestera que ce régime d'opposabilité générale conduit à considérer les « quatre libertés » comme des droits fondamentaux davantage que comme des garanties contre le protectionnisme des Etats ou comme des outils au service de l'intégration économique.

834. – On reconnaîtra toutefois que loin d'être le produit d'un clonage, la libre circulation est le fruit d'une alliance entre la logique libérale des droits fondamentaux et la dynamique intégrationniste du marché commun. Rien d'étonnant dès lors à ce que régime juridique qui lui est attaché porte les stigmates de cette double ascendance. Dans ce sens, on conviendra que « (...) toute restriction à la liberté économique ou commerciale n'est pas une restriction à l'exercice des libertés de circulation »¹⁰⁶⁶. Dans son arrêt *Keck*, la Cour a ainsi déclaré que la libre circulation des marchandises ne permettait pas aux opérateurs économiques de « (...) contester toute espèce de réglementations qui ont pour effet de limiter leur liberté commerciale, même si elles ne visent pas les produits en provenance d'autres Etats membres »¹⁰⁶⁷. Plus largement, on peut encore admettre qu'« (...) il ne serait ni satisfaisant ni fidèle à l'évolution de la jurisprudence de réduire la libre circulation à une simple norme de promotion du commerce entre les Etats membres »¹⁰⁶⁸.

business (...) or as part of the right to property (...) » (p.409). On notera également cette phrase de P. PESCATORE, selon lequel les libres circulations consacrées dans le traité de Rome « (...) form as it were the counterpart of the principles of constitutional law on the freedom of movement and the freedom to pursue trade, profession or vocation » (« The Context and Significance of Fundamental Rights in the Law of the European Communities », *H.R.L.J.*, 1981, p.295-308, spéc. p.297).

¹⁰⁶² C-228/98 *Dounias c. Ministre des Affaires économiques*, *Rec.*, 2000, p.I-577, pt.64 ; aff. 222/86 *Heylens*, 15 octobre 1987, *Rec.*, 1987, p.4097, pt.14 ; C-408/03 *Commission c. Belgique*, 23 mars 2006, *Rec.*, 2006, p.I-2647, pt.41 ; C-200/02 *Chen*, 19 octobre 2004, *Rec.*, 2004, p.I-9925, pt.33. Cf. encore, sans aucune prétention à l'exhaustivité, les conclusions des avocats généraux dans les affaires C-135/99 *Elsen*, ccl. du 13 avril 2000, *Rec.*, 2000, p.I-10409, pt.25 (Saggio) ; C-171/02, *Commission c. Portugal*, ccl. du 16 septembre 2003 (Alber), *Rec.*, 2004, p.I-5645, pt.84 ; C-150/04 *Commission c. Danemark*, ccl. du 1^{er} juin 2006 (Stix-Hackl), *Rec.*, 2007, p.I-1169, pt.37.

¹⁰⁶³ Aff. 222/86 *Heylens*, précitée, pt.14.

¹⁰⁶⁴ Aff.240/83 *ADBHU*, 7 février 1985, *Rec.*, 1985, p.531, pt.9.

¹⁰⁶⁵ Cf. *supra*, n°440 et s. ; n°736-738. Il convient dès lors de nuancer fortement l'affirmation selon laquelle « [s]i se compara la situación comunitaria con el derecho constitucional estadounidense, podemos ver que la interpretación actual de las normas de libre circulación se asemeja mas a la de la « *dormant commerce clause* » (...), que a un supuesto derecho de libre comercio, similar a la garantía – hoy abandonada – de los derechos económicos protegidos a través de la enmienda 14 (*substantive due process*) » (J. BAQUERO CRUZ, *Entre competencia y libre circulación : el derecho constitucional economico de la Comunidad europea*, 2002, p.201).

¹⁰⁶⁶ AG. POIARES MADURO, conclusions présentées le 7 avril 2005 dans l'affaire C-446/03 *Marks & Spencer*, *Rec.*, 2005, p.I-10837, pt.40).

¹⁰⁶⁷ Arrêt *Keck et Mithouard* précité, pt.14. C'est sans doute cette jurisprudence qu'a à l'esprit l'AG POIARES MADURO lorsqu'il relève « (...) une volonté plus générale de la Cour de ne pas interpréter les règles de libre circulation des marchandises à la lumière d'un principe de libre exercice de l'activité commerciale » (conclusions présentées le 6 mai 2004 dans l'affaire C-72/03 *Carbonati*, *Rec.*, 2004, p.I-8027, pt.9). Dans le même sens, on soulignera les observations intéressantes que nous livre l'AG Tesauro, qui dans ses conclusions du 27 octobre 1993 dans l'affaire C-292/92 *Hünernmund* (*Rec.*, 1993, p.I-6800 et s.), se demandait déjà : « L'article 30 du traité CEE est-il une disposition de libéralisation des échanges intracommunautaires ou une disposition destinée plus généralement à promouvoir le libre exercice de l'activité commerciale dans chaque Etat membre ? ». Quelques années plus tard, il revenait sur le sujet en affirmant non sans raison que privilégier la seconde interprétation « (...) permettrait aux opérateurs économiques – qu'ils soient nationaux ou étrangers – d'utiliser de façon abusive l'article 43 CE pour s'opposer à toute mesure nationale qui, du simple fait qu'elle régit les modalités d'exercice d'une activité économique, est susceptible, en dernière analyse, de restreindre les marges de profit et par là même l'intérêt à exercer ladite activité économique. Cela reviendrait cependant à orienter le traité vers un objectif qui n'est pas le sien : non pas celui d'instaurer un marché intérieur connaissant des conditions semblables à celles d'un marché unique et dans lequel les opérateurs peuvent circuler librement, mais celui d'instaurer un marché sans règles, voire un marché où les règles sont, en principe, interdites, sauf lorsqu'elles sont nécessaires et proportionnées en vue de satisfaire à des exigences impératives d'intérêt général » (conclusions présentées le 25 mars 2004 dans l'affaire C-442/02 *CaixaBank France*, *Rec.*, 2004, p.I-8961).

¹⁰⁶⁸ Conclusions présentées par l'AG POIARES MADURO le 30 mars 2006 dans les affaires C-158 et C-159/04 *Alfa Vita*, *Rec.*, 2006, p.I-8135, pt.40.

835. – Il n'en demeure pas moins que les libertés de circulation présentent un lien – obscur certainement, équivoque sans doute, refoulé peut-être – avec le droit au libre exercice de l'activité économique. On rétorquera sans doute que ces observations « généalogiques » sont le fruit de spéculations théoriques non seulement invérifiables, mais en outre oiseuses. Qu'importe en effet que les « quatre libertés » soient le produit d'une alliance entre la liberté de commerce et la dynamique de l'intégration économique dès lors qu'elles jouissent d'un régime juridique autonome, indépendant de cette brumeuse filiation ? À quoi l'on répondra en trois points.

836. – D'une part, rien ne permet d'avancer que les incertitudes qui ont de tout temps brouillé le champ d'application des libertés de circulation ne sont pas à mettre sur le compte d'une ascendance mal assumée. Tout porte à croire, bien au contraire, que ces hésitations jurisprudentielles reflètent une perplexité « ontologique » quant à la nature des quatre libertés. On en veut pour preuve que les observations livrées par les avocats généraux sur les fondements théoriques de la libre circulation surgissent toujours dans des affaires portant sur les contours des quatre libertés. À n'en pas douter, on ne répond pas de la même manière à la question de l'applicabilité de la libre circulation aux mesures non discriminatoires ou aux situations purement internes selon qu'on associe d'abord celle-ci à la liberté de commerce – qui s'oppose virtuellement à *tout type* de barrière – ou à l'intégration économique européenne – qui s'attache avant tout au démantèlement des barrières *nationales*.

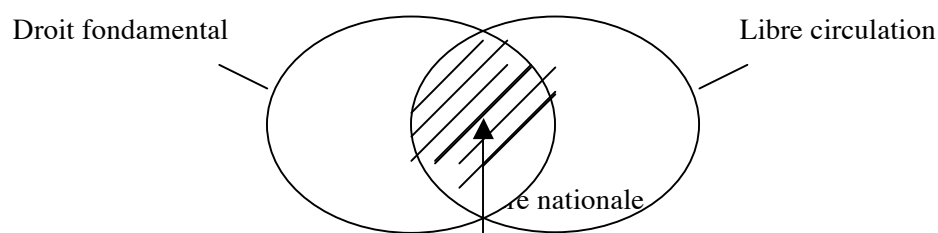
837. – D'autre part, on est tenté de penser que l'alliance économique dont résulte la liberté de circulation n'exerce pas seulement une influence occulte sur l'interprétation de celle-ci. Il n'est en effet pas inconcevable que dans certains cas, la force rhétorique et les vertus « légitimantes » du « discours des droits fondamentaux » soient appelées en renfort d'une interprétation particulièrement généreuse de la liberté de circulation. Nous reviendrons sur cette question lorsque l'on s'interrogera sur les « effets » des alliances économiques.

838. – Enfin, on voudrait faire observer que quand bien même cette alliance économique « première » n'aurait eu aucun impact sur la jurisprudence communautaire, son examen n'en demeurerait pas moins pertinent pour notre propos. En effet, la présence d'une alliance entre le marché intérieur et les droits fondamentaux au cœur même d'un principe cardinal de la construction européenne témoigne de toute la difficulté qu'il y a à penser les relations entre l'intégration économique et les droits de l'homme dans l'ordre juridique communautaire.

§2. Alliances contingentes

839. – La deuxième catégorie d'alliances économiques regroupe les situations dans lesquelles un droit fondamental, *en raison des circonstances propres de l'espèce*¹⁰⁶⁹, se joint « de l'extérieur » à la dynamique de la libre circulation. Ces cas de figure surgissent lors d'affaires mettant en cause une mesure nationale dérogeant à une liberté de circulation. L'alliance économique apparaît du fait que l'atteinte – prétendument – portée à l'une des quatre libertés entraîne *ipso facto* une atteinte – prétendue – à un – autre – droit de l'homme :

Fig.17
Alliances contingentes



¹⁰⁶⁹ Au contraire de la première catégorie.

840. – La liberté d’expression est incontestablement le droit fondamental qui se prête le plus aisément à ce type d’alliances. On le comprend sans peine eu égard à la vocation transfrontière de la plupart des médias. Presque toute entrave à la diffusion de la presse au sens large constitue en puissance une atteinte à la liberté d’expression *et* à la libre circulation. La jurisprudence communautaire fourmille d’exemples en ce sens. On notera ainsi que les affaires *Cinéthèque*, *Bond van Adverteerders*, *Grogan*, *TV10*, *Familiapress United Pan-Europe* et *Dynamic Medien*, examinées dans le cadre des *conflits* entre libre circulation et droits fondamentaux, illustrent également des *alliances* entre ceux-ci¹⁰⁷⁰. Si elles peuvent se prévaloir de la protection d’un droit fondamental, les mesures nationales limitant la distribution de films sous la forme de vidéocassettes (*Cinéthèque*), restreignant la transmission d’émissions télévisées étrangères (*BvA* et *TV10*), interdisant la divulgation d’informations relatives aux possibilités d’avortement à l’étranger (*Grogan*), prohibant la vente de journaux assortie de prix à gagner (*Familiapress*), favorisant la distribution des chaînes nationales de radiodiffusion¹⁰⁷¹ (*United Pan-Europe*), ou entravant la vente par correspondance de vidéogrammes importés de l’étranger (*Dynamic Medien*), ces mesures donc, emportent également une atteinte à la liberté de circulation *et* à la liberté d’expression des opérateurs économiques étrangers.

841. – À cette longue liste, on ajoutera encore trois affaires, dont il n’a pas encore été question jusqu’à présent¹⁰⁷². La première concernait le monopole public en matière de radio et de télévision octroyé par l’Etat grec à la société ERT¹⁰⁷³. Dans le cadre d’un litige opposant ERT à une station de télévision « illégale », la Cour de justice fut interrogée sur la compatibilité de ce monopole avec les normes de droit communautaire. Dans ce cadre, elle fut amenée à se prononcer sur des griefs tirés à la fois de la libre circulation et de la protection des droits fondamentaux. La société gérant la station de télévision « pirate » fit en effet valoir que ce monopole d’Etat enfreignait non seulement les règles de libre concurrence, de libre circulation des marchandises et de libre prestation des services consacrées dans le traité, mais qu’il portait en outre atteinte à la liberté d’expression, principe général du droit communautaire dont la Cour assure le respect. Celle-ci confirma l’existence d’une atteinte à la libre prestation des services, et laissa à la juridiction nationale le soin d’évaluer la compatibilité de la mesure nationale avec la liberté d’expression.

842. – Dans une autre affaire, les juges de Luxembourg furent saisis d’une question préjudicielle relative à la conformité, au regard du droit communautaire, d’une réglementation suédoise interdisant, à quelques exceptions près, la publicité pour les boissons alcoolisées¹⁰⁷⁴. L’éditeur d’un magazine comportant des annonces publicitaires relatives à des produits alcoolisés estimait qu’une telle interdiction représentait une entrave à la libre circulation de ces produits et à la libre prestation des services publicitaires. Lors de l’audience devant la Cour, il fut en outre allégué que la législation suédoise empiétait sur la liberté d’expression des annonceurs¹⁰⁷⁵. Se gardant bien de s’aventurer sur le terrain de la liberté d’expression, la Cour confia au juge *a quo* la tâche d’évaluer la proportionnalité de la mesure suédoise au regard de la libre circulation des marchandises et des services.

843. – Enfin, une troisième affaire portait sur une réglementation autrichienne qui, dans un souci de protection du consommateur, interdisait « tout avis au public ou toute information destinée à un

¹⁰⁷⁰ Cf. *supra*, n°583.

¹⁰⁷¹ Cette affaire ne met en scène qu’une alliance « manquée » dès lors que la présence de la liberté d’expression aux côtés de la libre circulation n’y a pas été explicitement reconnue.

¹⁰⁷² *Adde* : C-380/05 *Centro Europa 7*, conclusions de l’AG Poiares Maduro du 12 septembre 2007, non encore publiées au Recueil. Cette affaire concernait « (...) une société de télévision qui, plusieurs années après avoir obtenu des droits de radiodiffusion télévisuelle nationale dans le cadre d’une procédure d’appel d’offres, n’a pas encore reçu les fréquences nécessaires à l’exercice de ces droits. Entre temps, la législation nationale a autorisé des opérateurs historiques à continuer leurs activités de radiodiffusion télévisuelle et à utiliser les fréquences radio, prolongeant ainsi, en réalité, une situation en contradiction avec le résultat de la procédure d’appel d’offres » (pt.1). Nous reviendrons plus loin sur les réflexions intéressantes développées par l’AG Poiares Maduro dans le cadre de cette affaire.

¹⁰⁷³ C-260/89 *ERT*, 18 juin 1991, *Rec.*, 1991, p.I-2925.

¹⁰⁷⁴ C-405/98 *Gourmet*, 8 mars 2001, *Rec.*, 2001, p.I-1795. L’alliance économique apparaît seulement dans les conclusions de l’AG Jacobs du 14 décembre 2000.

¹⁰⁷⁵ Cf. pt.73 des conclusions de l’avocat général.

nombre important de personnes faisant référence au fait qu'une marchandise provient d'une faillite, lorsque la marchandise concernée, tout en ayant une telle provenance, ne fait cependant plus partie de la masse de la faillite »¹⁰⁷⁶. L'objectif d'une telle réglementation était d'éviter que des opérateurs économiques ayant acquis des marchandises issues d'une faillite puissent ensuite apparaître comme les administrateurs judiciaires de celle-ci aux yeux d'acheteurs potentiels. Cette mesure reposait « sur la présomption que les consommateurs préfèrent acheter des marchandises qui sont vendues par un administrateur judiciaire lors d'une faillite, parce qu'ils espèrent faire des achats à des prix avantageux » (pt.30 de l'arrêt). La validité de cette mesure fut contestée au regard du droit communautaire. La Cour de justice fut en particulier appelée à examiner la compatibilité d'une telle mesure avec la libre circulation des marchandises, la libre prestation des services, et la liberté d'expression des opérateurs économiques concernés. La Cour analysa et rejeta chacun de ces griefs.

844. – On se gardera bien de conclure de ces exemples que seule la liberté d'expression est susceptible d'être invoquée aux côtés des libertés de circulation par des acteurs économiques. La jurisprudence communautaire nous fournit au moins deux cas de figure dans lesquels un autre droit de l'homme s'est vu associé, pour les besoins de la cause, à l'une des quatre libertés fondamentales garanties par le traité¹⁰⁷⁷.

845. – La première affaire concernait une mesure italienne qui soumettait à l'approbation d'une autorité publique la cession d'un bien immobilier situé dans une zone déclarée d'intérêt militaire¹⁰⁷⁸. Cette autorisation préalable n'était toutefois pas exigée lorsque l'acquéreur du bien était un ressortissant italien. La Cour de justice fut saisie par voie préjudicielle d'une question relative à la compatibilité d'une telle réglementation avec certaines dispositions du traité CE. Les requérants dans le litige au principal – des candidats malheureux à l'achat d'un bien – alléguèrent notamment que semblable mesure violait la libre circulation des capitaux en ce qu'elle portait atteinte à leur droit d'acquérir des droits réels sur un immeuble. Ils soutinrent en outre que, « (...) pris conjointement, le principe de non-discrimination et le droit à la protection de la vie privée impliquent que le droit communautaire s'oppose à une législation nationale qui imposerait aux ressortissants d'Etats membres autres que l'Etat membre concerné de déclarer les finalités de l'acquisition d'un bien immobilier (...) » (point 12 des conclusions de l'avocat général). La Cour se limita à constater l'incompatibilité de cette réglementation avec le principe de libre circulation des capitaux.

846. – L'affaire *Uwe Kay Festersen*¹⁰⁷⁹ portait quant à elle sur la validité d'une mesure danoise soumettant « (...) l'acquisition d'un domaine agricole à la condition que l'acquéreur établisse sa résidence fixe sur ce domaine » (pt.21 de l'arrêt). Le requérant, un citoyen allemand poursuivi pénalement pour ne pas avoir établi sa résidence principale sur la propriété foncière qu'il avait achetée, estimait que la législation danoise emportait une entrave à la libre circulation des capitaux et/ou à la liberté d'établissement. Interrogée par la juridiction *a quo*, la Cour de justice considéra que ladite législation « (...) restreint non seulement la liberté des mouvements des capitaux, mais également le droit pour l'acquéreur de choisir librement sa résidence, droit qui lui est pourtant garanti par l'article 2, paragraphe 1, du protocole n°4 à la [CSDH] » (pt.35). Eu égard à cette double atteinte, la Cour conclut à l'incompatibilité de la mesure nationale avec le droit communautaire.

847. – Pour finir, il convient de remarquer que ces alliances économiques n'apparaissent pas seulement dans la jurisprudence. Il arrive également que ces « coalitions d'intérêt » se trouvent

¹⁰⁷⁶ C-71/02 *Herbert Karner*, 25 mars 2004, *Rec.*, 2004, p.I-3025, pt.9.

¹⁰⁷⁷ On y ajoutera l'affaire *Laval* précitée (cf. *supra*, n°631-635), dans laquelle l'entreprise lettonne contesta les actions collectives du syndicat suédois des bâtiments au double motif que ces actions portaient atteinte à son droit à la libre prestation des services et à sa liberté – négative – d'association. Les actions collectives visaient en effet à forcer Laval à adhérer à une convention collective de travail et à entrer dans des négociations relatives aux salaires. La Cour ne répondit toutefois pas à cet argumentaire, qui fut par ailleurs écarté par l'avocat général sur base de l'arrêt *Gustafsson c. Suède* de la CEDH (pt.275 des conclusions).

¹⁰⁷⁸ C-423/98 *Alfredo Albore*, 13 juillet 2000, *Rec.*, 2000, p.I-5965. L'alliance économique n'apparaît que dans les conclusions de l'avocat général COSMAS du 23 mars 2000.

¹⁰⁷⁹ C-370/05 *Uwe Kay Festersen*, 25 janvier 2007, non encore publié au Recueil.

consolidées au niveau législatif. Nous ne nous attarderons pas démesurément sur ce phénomène somme toute peu surprenant qui veut qu'une réglementation communautaire destinée à favoriser l'intégration économique assure également la protection des droits de l'homme dès lors que celle-ci a partie liée avec celle-là. On se limitera à épingler la coalition entre la libre prestation des services et la liberté d'expression qui se laisse observer dans la directive « Télévision sans frontières »¹⁰⁸⁰. Celle-ci entend éliminer les obstacles à la radiodiffusion télévisuelle sur l'ensemble du territoire de la Communauté. Ce faisant, elle assure à la fois la libre circulation des services télévisuels et la liberté d'expression de leurs auteurs.

848. – L'analyse de cette directive ne rentre pas dans le cadre de cette étude, qui se concentre sur la jurisprudence communautaire. On se permettra néanmoins une rapide digression pour se demander dans quelle mesure la double légitimité de l'intervention communautaire – marché intérieur *et* liberté d'expression – n'a pas conduit le législateur à se montrer plus « libéral » que de coutume. On notera à cet égard que la directive consacre la règle du pays d'origine. De là à affirmer que cette forme de préséance accordée à la libre circulation sur des intérêts concurrents – tels la protection des consommateurs – est liée au concours de la liberté d'expression, il y a un pas que l'on se gardera bien de franchir. Il convient néanmoins d'observer que certains considérants du préambule de la directive apportent du crédit à cette hypothèse :

« considérant que [la libre prestation des services] appliqué[e] à la diffusion et à la distribution de services de télévision est aussi une manifestation spécifique, en droit communautaire, d'un principe plus général, à savoir la liberté d'expression telle qu'elle est consacrée par l'article 10 paragraphe 1 de la [CSDH], (...) ; que, pour cette raison, l'adoption de directives concernant l'activité de diffusion et de distribution de programmes de télévision doit assurer le libre exercice de cette activité à la lumière dudit article, sous réserve des seules limites prévues au paragraphe 2 du même article et à l'article 56 paragraphe 1 du traité ; (...)
considérant que toutes ces entraves à la libre diffusion à l'intérieur de la Communauté doivent être supprimées en vertu du traité ;
considérant que cette suppression doit aller de pair avec une coordination des législations applicables ; que celle-ci doit avoir pour objet de faciliter l'exercice des activités professionnelles concernées et, plus généralement, la libre circulation des informations et des idées à l'intérieur de la Communauté ; »

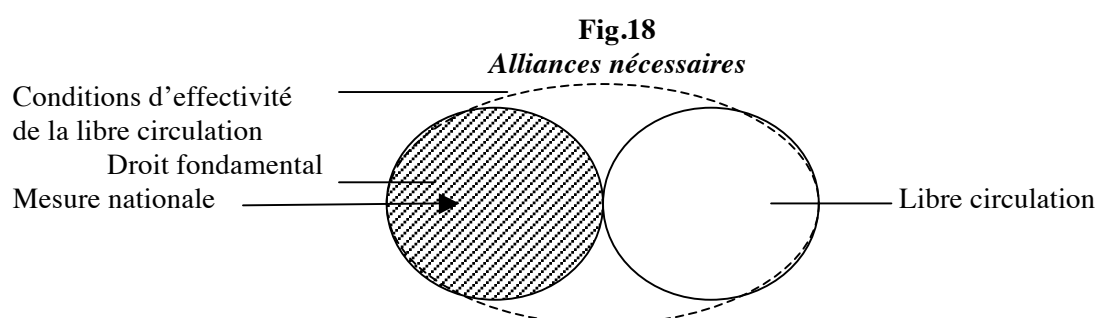
849. – Pour faire bonne mesure, on notera cependant qu'ici comme souvent, les droits fondamentaux apparaissent des deux côtés de la balance. Et si la règle du pays d'origine sert la promotion de la liberté d'expression, certains critères fixés par la directive entendent clairement assurer la sauvegarde de droits fondamentaux concurrents. L'article 12 est particulièrement significatif à cet égard, qui dispose que « [l]a publicité télévisée ne doit pas : a) porter atteinte au respect de la dignité humaine ; b) comporter de discrimination en raison de la race, du sexe ou de la nationalité ; c) attenter à des convictions religieuses ou politiques ; d) encourager des comportements préjudiciables à la santé ou à la sécurité ; e) encourager des comportements préjudiciables à la protection de l'environnement ». Du reste, nous avons vu qu'il n'est pas jusqu'à la protection des consommateurs qui ne puisse « potentiellement » prétendre au statut de droit fondamental.

850. – Cette digression n'apparaît donc pas inutile. Elle nous permet d'observer que bien souvent, les mêmes situations illustrent à la fois des alliances *et* des conflits entre droits fondamentaux et impératifs du marché intérieur. Cette réflexion, largement confortée par l'analyse de la jurisprudence, n'est pas sans conséquence pour notre propos. Elle semble conduire à un dilemme qu'il faudra, tôt ou tard, prendre à bras le corps. En pointant l'extraordinaire malléabilité du concept de « droit fondamental », elle laisse entendre que prendre les droits – et les alliances et les conflits – au sérieux implique peut-être de faire le deuil d'une égalité parfaite entre des droits de plus en plus nombreux.

¹⁰⁸⁰ Directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, *J.O.*, 17 octobre 1989, L 298, p.23-30.

§3. *Alliances nécessaires*

851. – La troisième catégorie d’alliances économiques met en scène un rapport de nécessité ou, plus exactement, *d’effectivité* entre la libre circulation et un droit fondamental. La protection de ce dernier est considérée comme indispensable à la jouissance pleine et entière des « quatre libertés ». Ces cas de figure se distinguent de ceux examinés dans le paragraphe précédent en ce que le respect du droit fondamental y apparaît *consubstantiel* à l’exercice de la libre circulation, et dès lors *englobé* dans celle-ci. Les alliances nécessaires demeurent cependant fragiles ; elles restent tributaires de la preuve – jamais acquise – d’un lien d’effectivité entre le respect du droit fondamental et l’exercice de la libre circulation :



852. – Appliquée aux alliances économiques, cette troisième catégorie recouvre principalement les rapports entre la liberté d’établissement ou la libre circulation des marchandises d’une part, et le droit à une protection juridictionnelle effective tel qu’il est consacré par les articles 6 et 13 CSDH, d’autre part. Nul ne contestera que le droit à un juge entretient avec la liberté d’établissement une relation privilégiée¹⁰⁸¹. À bien des égards, celui-ci conditionne l’effectivité de celle-là. Cette évidence est apparue dès l’arrêt *Heylens*,¹⁰⁸² qui concernait un ressortissant belge poursuivi pour avoir entraîné une équipe de football d’un club français alors même que sa demande de reconnaissance d’équivalence du diplôme belge d’entraîneur avait été refusée par les autorités françaises. Interrogée sur la compatibilité de la réglementation française avec la libre circulation des travailleurs, la Cour estima que le droit à un recours juridictionnel contre une telle décision de refus constituait à la fois une condition d’effectivité du « libre accès à l’emploi » garanti par le traité et « un principe général du droit communautaire qui découle des traditions constitutionnelles communes et de [la CSDH] » (pt.14).

853. – Cette jurisprudence fut confirmée sans ambages par l’arrêt rendu dans l’affaire *Vlassopoulou*, qui portait sur la reconnaissance d’une équivalence de diplôme nécessaire à l’exercice de la profession d’avocat¹⁰⁸³. La Cour y rappela que « (...) l’examen de la correspondance entre les connaissances et qualifications attestées par le diplôme étranger et celles requises par la législation de l’Etat membre d’accueil doit être effectuée par les autorités nationales, selon une procédure qui soit conforme aux exigences du droit communautaire, concernant la protection effective des droits fondamentaux conférés par le traité aux ressortissants communautaires. Il s’ensuit que toute décision doit être susceptible d’un recours de nature juridictionnelle permettant de vérifier sa légalité par rapport au droit communautaire et que l’intéressé doit pouvoir obtenir connaissance des motifs de la décision prise à son égard » (pt.22).

¹⁰⁸¹ Pour une affaire récente touchant aux relations entre le droit à une protection juridictionnelle effective et la libre prestation des services, cf. C-432/05 *Unibet*, 13 mars 2007, non encore publié au Recueil.

¹⁰⁸² Aff. 222/86 *Heylens*, 15 octobre 1987, *Rec.*, 1987, p.4097.

¹⁰⁸³ C-340/89 *Irène Vlassopoulou*, 7 mai 1991, *Rec.*, 1991, p.I-2357.

854. – Ces avancées jurisprudentielles furent consacrées dans de nombreuses directives visant à assurer la reconnaissance mutuelle des diplômes¹⁰⁸⁴. Par un effet d'entraînement, l'interprétation de ces directives dans le cadre de litiges concrets permit à la Cour de préciser la portée des alliances économiques entre la liberté d'établissement et le droit à un recours juridictionnel effectif. Dans un arrêt *Wilson*¹⁰⁸⁵, elle fut ainsi amenée à déclarer que le contrôle juridictionnel imposé par l'article 9 de la directive 98/5¹⁰⁸⁶ était « l'expression d'un principe général de droit communautaire qui découle des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres et qui a également été consacré dans les articles 6 et 13 de la [CSDH] » (pt.46). A ce titre, il fallait considérer que l'article 9 de la directive s'oppose « (...) à une procédure de recours dans laquelle la décision de refus de l'inscription [à l'ordre des avocats] (...) doit être contestée, en premier degré, devant un organe composé exclusivement d'avocats exerçant sous le titre professionnel de l'Etat membre d'accueil et, en appel, devant un organe composé majoritairement de tels avocats, alors que le pourvoi en cassation devant la juridiction suprême de cet Etat membre ne permet un contrôle juridictionnel qu'en droit et non en fait » (pt.62).

855. – Des alliances entre la liberté d'établissement et le droit à un recours juridictionnel sont également apparues lors de litiges mettant en cause des personnes morales. Dans l'affaire *Überseering*¹⁰⁸⁷, la Cour de justice fut ainsi amenée à décider si le droit communautaire autorisait un Etat membre à refuser la capacité d'ester en justice à une société dont le siège effectif avait été transféré dans ledit Etat membre, mais qui avait été constituée dans un Etat membre étranger. C'est l'avocat général qui signala le plus clairement l'existence d'une alliance économique. Il considéra qu'« [u]ne mesure de ce type crée, en pratique, un obstacle de taille à la liberté d'établissement des sociétés. La mesure suppose un véritable dépouillement du patrimoine juridique d'une société valablement constituée en conformité avec la législation d'un Etat membre. Il s'agit, en tout état de cause, d'une ingérence grave au droit fondamental à un procès équitable (...) ». Quelques lignes plus loin, l'avocat général élargit l'alliance à d'autres droits fondamentaux : « [l]e refus de reconnaître la capacité d'ester en justice en tant que demanderesse à des entreprises commerciales, dont le patrimoine se compose essentiellement de prétentions vis-à-vis des tiers, peut également constituer une restriction sérieuse au droit à la libre jouissance de la propriété privée (...) ainsi qu'une privation du droit à un recours effectif ».

856. – Il arrive également que le « droit au juge » s'allie à la libre circulation des *marchandises*. La jurisprudence de la Cour nous enseigne que cette alliance se noue parfois par l'intermédiaire du droit dérivé. Dans l'affaire *Steffensen*¹⁰⁸⁸, la Cour devait ainsi se prononcer sur l'interprétation de l'article 7 de la directive 89/397/CEE du Conseil, du 14 juin 1989, relative au contrôle officiel des denrées alimentaires¹⁰⁸⁹, qui prévoit la possibilité pour les Etats de prélever des échantillons de certains produits à des fins d'analyse, à condition d'accorder aux personnes concernées le bénéfice d'une éventuelle contre-expertise. La législation allemande, qui punissait l'étiquetage insuffisant de denrées alimentaires commercialisées d'une peine maximale d'un an d'emprisonnement ou d'une amende, admettait cependant les preuves recueillies par les autorités compétentes en l'absence d'une contre-expertise. La Cour fut interrogée sur la conformité de cette règle de droit procédural allemand au regard de la directive, dont le préambule assurait qu'elle entendait faciliter la libre circulation des marchandises et sauvegarder les droits de recours des opérateurs économiques. Dans son arrêt, la CJCE invita le juge national à vérifier la compatibilité de cette règle avec le principe d'effectivité du droit communautaire d'une part (pt.68), et avec le principe du contradictoire compris dans le droit à un procès équitable, d'autre part (pt.78)¹⁰⁹⁰.

¹⁰⁸⁴ Pour un examen de ces directives, cf. P. CRAIG, G. DE BURCA, *EU Law*, 2003, p.777-782.

¹⁰⁸⁵ C-506/04 *Graham J. Wilson*, 19 septembre 2006, *Rec.*, 2006, p.I-8613.

¹⁰⁸⁶ Directive 98/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un Etat membre autre que celui où la qualification a été acquise, *J.O.*, 14 mars 1998, L , n°77, p. 36-43.

¹⁰⁸⁷ C-208/00 *Überseering*, 4 décembre 2001, *Rec.*, 2001, p.I-9919. Une fois encore, l'alliance n'apparaît explicitement que dans les conclusions de l'AG Ruiz-Jarabo Colomer du 4 décembre 2001.

¹⁰⁸⁸ C-276/01 *Steffensen*, 10 avril 2003, *Rec.*, 2003, p. I-3735.

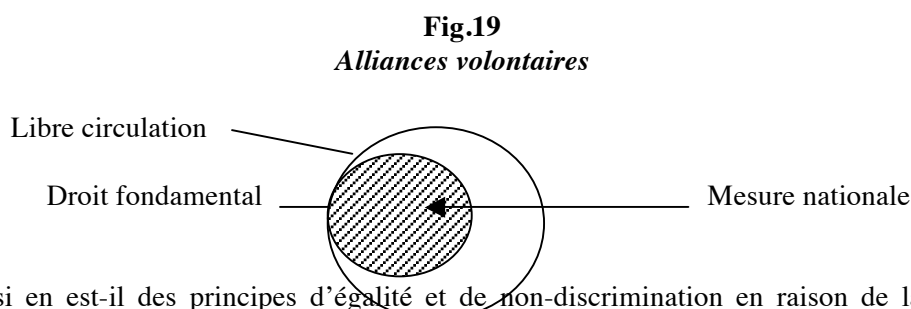
¹⁰⁸⁹ *J.O.*, L 186/23.

¹⁰⁹⁰ Pour un cas de figure similaire, cf. C-424/99 *Commission c. Autriche*, 27 novembre 2001, *Rec.*, 2001, p.I-9285.

857. – Dans l'affaire *E.D. SRL*¹⁰⁹¹, la Cour de justice fut interrogée sur la compatibilité d'une réglementation italienne avec – notamment – la libre circulation des marchandises et des capitaux. Cette réglementation interdisait aux juges nationaux de prononcer une injonction de payer lorsque la signification de celle-ci devait être effectuée en dehors du territoire italien. En l'espèce, une entreprise italienne contestait la validité de cette législation au motif qu'elle la privait d'un moyen efficace de recouvrer une créance auprès d'un débiteur établi en Allemagne. Dans ses conclusions précédant l'arrêt de la Cour, l'avocat général Cosmas établit un lien particulièrement net entre l'éventuelle atteinte aux libertés fondamentales et le droit à un juge. Il estima qu'au vu des faits de la cause, « (...) la restriction la plus probable de la libre circulation des marchandises et des capitaux passe, en principe, à travers la restriction de l'octroi de la protection juridictionnelle pour les litiges nés dans le cadre de l'exercice de ces libertés fondamentales » (pt.26). Par suite, il s'interrogea sur la compatibilité de la réglementation italienne avec le « (...) principe général du droit communautaire, fondé sur les traditions constitutionnelles des Etats membres et consacré aussi par les articles 6 et 13 de la [CSDH], conformément auquel il incombe aux Etats membres d'assurer aux ressortissants de la Communauté la nécessaire protection juridictionnelle des droits qu'ils puisent dans le traité » (pt.27).

§4. *Alliances volontaires*

858. – Certaines alliances entre droits fondamentaux et libre circulation ne doivent leur existence ni à des considérations génétiques, ni à quelque contingence, ni même à des rapports de causalité plus ou moins convaincants, mais bien à la seule *volonté* de ceux qui les instituent – juges, avocats généraux, parties au litige, etc. Dans ces cas de figure, les droits de l'homme et la libre circulation sont unis *par principe*, et ne doivent répondre à aucune autre justification¹⁰⁹² :



859. – Ainsi en est-il des principes d'égalité et de non-discrimination en raison de la nationalité, consacrés – entre autres – aux articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux. Le droit à l'égalité de traitement entre les ressortissants des différents Etats membres constitue, depuis toujours, un corollaire indissociable des « quatre libertés ». Reconnaissons pourtant qu'il ne devait pas nécessairement en aller ainsi. Le principe de libre circulation aurait pu se limiter à commander l'abolition des frontières *entre* les Etats membres, sans chercher à égaliser le statut des ressortissants communautaires dans le droit interne de chaque Etat. Les « maîtres des traités » ont cependant voulu aller plus loin en affirmant notamment que la libre circulation des travailleurs « (...) implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des Etats membres » (art.39, §2, CE). Cette alliance volontaire a été consolidée par la Cour de justice, qui n'a eu de cesse que de relier les « quatre libertés » à un principe général de non-discrimination. Et s'il est vrai que la libre circulation communautaire ne se résume pas à un droit à l'égalité de traitement entre les ressortissants de l'Union européenne, force est toutefois de constater que celui-ci contribue largement à définir le contenu de celle-là. Les derniers soubresauts de la jurisprudence *Keck et Mithouard*¹⁰⁹³ témoignent de l'importance du critère de la discrimination pour délimiter la portée des libertés de circulation.

¹⁰⁹¹ C-412/97 *E.D. Srl*, 22 juin 1999, *Rec.*, p.I-4845. L'alliance économique ne se retrouve que dans les conclusions présentées par l'AG COSMAS le 21 janvier 1999.

¹⁰⁹² Même s'ils sont parfois justifiables au regard de considérations génétiques, contingentes ou causales. C'est précisément le cas de l'alliance examinée ici, entre la libre circulation et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité.

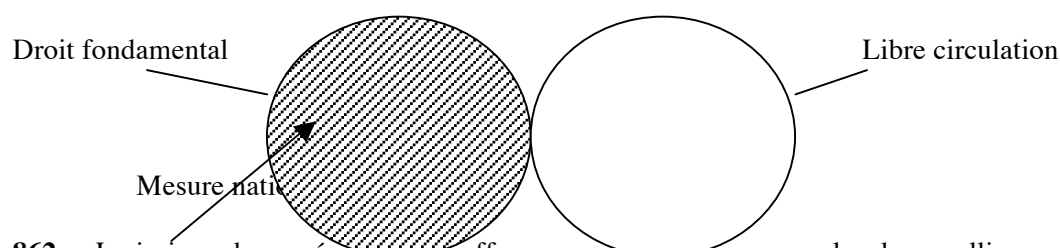
¹⁰⁹³ Sur la jurisprudence *Keck*, cf. *supra*, n°476-477, 622, 639, 699-702, et *infra*, n°871, 1281, 1402-1404, 1421.

860. – Insistons-y, cette union entre le droit à l'égalité de traitement et le principe de libre circulation est le fruit d'une alliance *volontaire*. Ce qui fait la particularité de celle-ci, c'est que même si elle *peut* s'expliquer par des considérations d'effectivité, de « contingence », ou de « génétique », elle ne *doit* pas le faire, toujours-déjà légitimée par la seule volonté de son auteur.

§5. Alliances de voisinage

861. – On terminera ce panorama des alliances économiques par l'analyse d'une configuration inédite, que l'examen comparatif opéré dans la première partie de cette étude ne nous a pas donné l'occasion d'observer. Les alliances *de voisinage* – c'est d'elles qu'il s'agit – surgissent dans les affaires où la libre circulation se présente – éventuellement par le truchement du droit dérivé – comme un lointain point de rattachement au droit communautaire, qui permet à la Cour d'assurer la protection des droits fondamentaux des acteurs économiques dans des domaines qui lui sont d'ordinaire inaccessibles. C'est la présence de la libre circulation *dans le voisinage* de la violation d'un droit de l'homme qui justifie l'intervention de la Cour de justice. L'intégration économique sert ici de point de contact, d'agent de liaison, entre le droit communautaire et les droits fondamentaux.

Fig.20
Alliances de voisinage



862. – La jurisprudence récente nous offre – au moins – deux exemples de ces alliances économiques très « lâches », créées dans le seul but d'étendre l'emprise du droit communautaire et la compétence de la Cour de justice¹⁰⁹⁴. L'affaire *Kofisa*¹⁰⁹⁵ portait sur les modalités du droit de recours prévu par la réglementation italienne en matière de TVA prélevée à l'importation. Dans la mesure où cette réglementation renvoyait au régime procédural mis en place par le code des douanes communautaire, le juge *a quo* estima qu'il convenait d'interroger la Cour de justice sur l'interprétation dudit code. Il demanda notamment à la CJCE si, en cas de recours devant l'autorité judiciaire, le pouvoir de surseoir à l'exécution d'une décision des autorités douanières, prévu à l'article 244 du code, était exclusivement attribué aux autorités douanières ou s'il était également octroyé au juge chargé de l'examen du recours. Contre l'avis de son avocat général, la Cour estima qu'elle était compétente pour se prononcer sur cette question. Si le litige portait sur l'application d'une réglementation nationale *a priori* étrangère au droit communautaire, le renvoi opéré par cette réglementation au code des douanes communautaire établissait un lien sans équivoque avec l'ordre juridique européen. S'appuyant sur une jurisprudence constante, la Cour rappela à cet égard que « [l]orsque (...) une législation nationale se conforme, pour les solutions qu'elle apporte à une situation interne, à celles retenues en droit communautaire (...), il existe un intérêt communautaire certain à ce que (...) les dispositions ou les notions reprises du droit communautaire reçoivent une interprétation uniforme (...) » (pt.32 de l'arrêt).

863. – Se penchant sur les questions qui lui étaient soumises, la Cour de justice considéra que l'article 244 du code des douanes ne conférait qu'aux seules autorités douanières le pouvoir de surseoir à l'exécution d'une décision attaquée. Elle s'empessa toutefois d'ajouter qu'une telle disposition « (...) »

¹⁰⁹⁴ Analysée dans le cadre des alliances « contingentes », l'affaire *Karner* (cf. *supra*, n°843) peut sans doute être considérée comme donnant lieu à une alliance « de voisinage ». En effet, la Cour y examine la mesure querellée au regard de la liberté d'expression juste après avoir estimé que ladite mesure tombe *en dehors* du champ d'application de la libre circulation en vertu de la jurisprudence *Keck*.

¹⁰⁹⁵ C-1/99 *Kofisa Italia*, 11 janvier 2001, *Rec.*, 2001, p.I-207.

ne saurait limiter le droit à une protection juridictionnelle effective. En effet, l'exigence d'un contrôle juridictionnel (...) constitue un principe général de droit communautaire, qui découle des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres et qui a trouvé sa consécration dans les articles 6 et 13 de la [CSDH] ». Dans la foulée, la Cour déclara que l'efficacité du droit communautaire exigeait que le juge national fût en mesure d'accorder le sursis à l'exécution d'une décision administrative contestée. Ce faisant, les juges du Kirchberg assuraient la protection des droits fondamentaux des opérateurs économiques bien au-delà des limites ordinaires de leur office.

864. – Le raisonnement développé par l'avocat général Piores Maduro dans l'affaire *Carbonati*¹⁰⁹⁶ nous offre une seconde illustration de ces alliances un peu particulières. En l'espèce, la Cour était interrogée sur la compatibilité avec le droit communautaire d'une taxe italienne sur les marbres extraits sur le territoire d'une commune et transportés hors de celui-ci. Ladite taxe affectait de la même manière le marbre destiné aux autres régions de l'Italie que celui exporté au-delà du territoire national. L'avocat général rappela qu'en application de la jurisprudence constante de la Cour, une telle taxe devait être assimilée à une mesure équivalente à un droit de douane contraire à l'article 25 CE. Il poursuivit toutefois en soulignant l'incohérence d'une telle solution, contraire à la lettre des traités et en porte-à-faux avec « (...) le principe classique d'inapplicabilité des règles de libre circulation aux situations purement internes » (pt.47). L'avocat général proposa alors une solution alternative. Une telle taxe devait être jugée contraire au droit communautaire non pas parce qu'elle était contraire à la libre circulation des marchandises, mais bien plutôt parce que l'inapplicabilité de la libre circulation à une telle situation – purement interne – engendrait une discrimination qui, elle, était contraire au principe général d'égalité consacré par le droit communautaire.

§6. Alliances implicites

865. – Le lecteur aura sans doute remarqué que l'on s'est jusqu'ici peu ou prou limité à recenser les situations d'alliances *explicites* entre un droit fondamental et la dynamique de la libre circulation. Il s'en faut toutefois de beaucoup que cet état de lieu couvre l'ensemble des hypothèses dans lesquelles une alliance *pourrait* être invoquée par les plaideurs, par les avocats généraux ou par les juges. Ce hiatus entre le « réel » et le « potentiel » est ici peut-être encore plus prononcé que dans le cas des *conflits* entre libre circulation et droits de l'homme. Dans bien des cas, il apparaît également plus naturel.

866. – Ainsi, l'on jugera sans doute qu'il n'est pas nécessaire de rappeler, chaque fois qu'on les invoque, que les libertés de circulation sont l'expression particulière de la liberté de commerce ou du droit au libre exercice de l'activité économique. De même, la libre circulation a si souvent partie liée avec le principe de non-discrimination que leur invocation séparée peut paraître inutile, voire redondante. Il en va encore ainsi de la protection juridictionnelle, que le principe d'effectivité – bien connu du droit communautaire – rattache inévitablement au régime des libertés de circulation, sans qu'il soit nécessaire de s'en remettre par surcroît au droit fondamental à un juge. Ce « silence des droits de l'homme » paraît à peine plus gênant lorsqu'il masque des alliances « contingentes » – qui rentrent dans la deuxième catégorie décrite plus haut. En témoigne par exemple la pléthore d'arrêts qui n'évoquent pas le droit à la liberté d'expression alors même qu'ils se prononcent sur la validité, au regard de la libre circulation, de mesures nationales réglementant la publicité de produits¹⁰⁹⁷ ou le démarchage de clients¹⁰⁹⁸. Dans un registre similaire, on constatera l'absence de toute référence au droit fondamental à la propriété dans un grand nombre d'affaires portant sur la compatibilité, avec la libre circulation des capitaux et la liberté d'établissement, de réglementations restreignant l'acquisition de biens immobiliers¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁶ C-72/03 *Carbonati Apuani*, 9 septembre 2004, *Rec.*, 2004, p.I-8027. Conclusions présentées le 6 mai 2004.

¹⁰⁹⁷ Cf. e.a. C-470/93 *Mars*, 6 juillet 1995, *Rec.*, 1995, p.I-1923 ; C-412/93 *Leclerc-Siplec*, 9 février 1995, *Rec.*, 1995, p.I-179 ; C-34/95 *De Agostini*, 9 juillet 1997, *Rec.*, 1997, p.I-3843.

¹⁰⁹⁸ Cf.e.a. C-384/93 *Alpine Investments*, 10 mai 1995, *Rec.*, 1995, p.I-1141 ; C-20/03 *Burmanjer*, 26 mai 2005, *Rec.*, 2005, p.I-4133.

¹⁰⁹⁹ Cf. e.a. C-302/97 *Klaus Konle*, 1^{er} juin 1999, *Rec.*, 1999, p.I-3099 ; C-515/99 *e.a. Reischl*, 5 mars 2002, *Rec.*, 2002, p.I-2157 ; C-300/01 *Salzmann*, 15 mai 2003, *Rec.*, 2003, p.I-4899 ; C-452/01 *Ospelt*, 23 septembre 2003, *Rec.*, 2003, p.I-9743 ;

867. – On remarquera que ces silences n’ont pas tous la même portée. Tandis que les uns se limitent à occulter l’origine « droit-de-l’homme » du principe invoqué – que l’on pense à la non-discrimination ou à la protection juridictionnelle effective –, les autres vont jusqu’à dissimuler la présence même d’un droit fondamental aux côtés des impératifs de l’intégration économique.

868. – Nul doute que ces omissions résultent parfois d’un simple oubli dans le chef des parties ou des juges. On ne saurait pour autant exclure que dans certains cas du moins, le discours des droits fondamentaux soit volontairement exclu des plaidoiries, des conclusions et des arrêts. Lorsqu’ils sont délibérés, ces silences reposent probablement le plus souvent sur le postulat selon lequel l’invocation d’une atteinte à un droit fondamental n’apporte *aucune plus-value* au grief tiré de la violation d’une liberté de circulation. Ce présupposé se heurte pourtant à une double objection. La première est d’ordre idéologique. En n’accordant *par principe* aucune valeur particulière aux alliances entre droits fondamentaux et libertés de circulation, il semble que l’on décline la fameuse invitation « dworkinienne » à prendre les droits au sérieux. Nous reviendrons plus loin sur cette réflexion et sur le « trilemme » auquel elle aboutit, entre scepticisme, incohérence et indécidabilité¹¹⁰⁰.

869. – La seconde objection, d’ordre empirique, nous intéresse immédiatement. Elle remet en cause le bien-fondé de ce scepticisme de principe à partir d’une analyse de la jurisprudence de la Cour. Il ressort en effet de certaines affaires que les alliances économiques entre droits fondamentaux et libre circulation sont susceptibles d’avoir une incidence sur le raisonnement des juges et des avocats généraux. En d’autres termes, l’observation de la jurisprudence montre que l’invocation de l’atteinte à un droit de l’homme aux côtés d’une violation de la libre circulation peut apporter une « plus-value » à l’acteur économique qui s’en prévaut. Il nous appartient maintenant de démontrer cette affirmation.

C. Les effets de l’alliance

870. – Notre opération de « démonstration » de l’utilité des alliances économiques s’appuie sur une prémisse relativement simple et peu contestable : les alliances économiques ont une valeur ajoutée s’il ressort d’un examen de la jurisprudence qu’elles réduisent l’autonomie des Etats – et partant, accroissent la liberté des acteurs économiques – davantage que ne le ferait la seule invocation d’une atteinte à la libre circulation. Pour mener à bien cette démonstration, l’on s’efforcera de distinguer les différents types d’effets qui découlent de ces situations de coalition. Nous verrons ainsi que les droits fondamentaux sont susceptibles tantôt de *compléter* la libre circulation (§1^{er}), tantôt de la *renforcer* (§2), tantôt encore d’*étendre* son champ d’application¹¹⁰¹ (§3). Enfin, l’on tentera de montrer en quoi la présence même d’alliances entre droits fondamentaux et libre circulation dans la jurisprudence communautaire témoigne d’une *extension des compétences de la Cour de justice* (§4).

C-213/04 *Burtscher*, 1^{er} décembre 2005, *Rec.*, 2005, p.I-10309. *Adde, mutatis mutandis*, aff. 182/83 *Fearon*, 6 novembre 1984, *Rec.*, 1984, p.3677. On épinglera également, de manière plus générale, l’absence quasi-totale de référence aux droits fondamentaux dans le contentieux relatif à la libre circulation des soins de santé. Nous avons vu plus haut (*supra*, n°657) que selon la jurisprudence de la Cour, les ressortissants européens peuvent se prévaloir du droit à la libre prestation des services pour recevoir un traitement médical dans un autre Etat membre et pour en réclamer ensuite le remboursement aux organismes de leur Etat d’origine. Ce contentieux est indubitablement le siège d’une alliance « potentielle » entre la libre prestation des services et le droit à la protection de la santé consacré à l’article 35 de la Charte. Ce partenariat a toutefois été évoqué par l’AG Ruiz-Jarabo Colomer dans ses conclusions du 11 janvier 2007 dans l’affaire C-444/05 *OAEF*, non encore publiés eu *Recueil*, pt.56. La présence d’une alliance entre libre circulation et droits fondamentaux a également été aperçue par le juge *a quo* dans l’affaire C-326/00 *IKA* (25 février 2003, *Rec.*, 2003, p.I-1703), qui a interrogé la Cour sur la compatibilité du système grec de remboursement de soins de santé avec la libre prestation des services *et*, subsidiairement, avec l’article 1^{er} du protocole additionnel à la CSDH.

¹¹⁰⁰ Cf. *infra*, n°1343 et s.

¹¹⁰¹ Ces distinctions entre les différents « effets des alliances » ont déjà été esquissées dans le cadre de notre examen comparatif : cf. *supra*, n°454-457. A travers l’analyse de ces « effets », les pages qui suivent visent à démontrer l’efficacité des alliances économiques. À dire vrai, une telle efficacité pourrait seule être démentie par la présence de situations de *regroupement* qui verraient le juge opérer un « *package balancing* » insensible à la spécificité respective des arguments tirés des droits fondamentaux et de l’intégration économique. Il nous semble toutefois que les décisions de la Cour et les conclusions des avocats généraux n’ont pas donné lieu à ce type de raisonnement, que l’on a cru trouver sous la plume de la Cour constitutionnelle belge ou de juridictions britanniques (cf. *supra*, n°419-421 ; le « surplus » évoqué au n°429).

§1^{er}. Complémentation de la libre circulation

871. – Nombreuses sont les affaires dans lesquelles les arguments tirés du respect des droits de l’homme et les moyens fondés sur les « quatre libertés » font l’objet d’une analyse séparée. Loin de se confondre, ces deux griefs se superposent et viennent chacun à leur façon corseter l’autonomie des Etats. L’arrêt rendu par la Cour dans l’affaire *Karner*¹¹⁰² participe incontestablement de cette première dynamique. Les juges y estimèrent que l’interdiction faite aux vendeurs de dévoiler l’origine de leurs produits lorsque ceux-ci émanent d’une faillite tombait en dehors du champ d’application de la libre circulation des marchandises. Une telle mesure constituait en effet une « modalité de vente » non-discriminatoire – en droit comme en fait – au sens de la jurisprudence *Keck*. La Cour considéra toutefois que s’il permettait d’échapper à l’article 28 CE, ce « sauf-conduit » prétorien ne blanchissait pas pour autant *ipso facto* la mesure en cause au regard des droits de l’homme. Elle jugea donc nécessaire d’évaluer la proportionnalité de la mesure à l’aune de son atteinte à la liberté d’expression¹¹⁰³.

872. – Il arrive également que confrontée à une alliance économique entre une liberté de circulation et un droit de l’homme, une mesure nationale doit satisfaire à *deux* contrôles de proportionnalité séparés. Les conclusions de l’AG van Gerven dans l’affaire *Grogan*¹¹⁰⁴ illustrent à merveille ce cas de figure. L’avocat général y vérifie d’abord la compatibilité de l’interdiction irlandaise avec la libre prestation des services dont jouissent les hôpitaux britanniques pratiquant l’avortement. Il estime à cet égard que la protection de la vie à naître constitue un objectif d’ordre public au sens du traité et que la réglementation nationale est proportionnée à la satisfaction de cet objectif (pt.26). Il considère en revanche que « constitueraient par exemple des mesures disproportionnées – parce qu’entravant la liberté des échanges commerciaux de manière excessive – l’interdiction faite aux femmes enceintes de se rendre à l’étranger ou une réglementation qui les soumettrait à des examens inopportuns à leur retour de l’étranger » (pt.29). Ce n’est que dans un second temps que l’avocat général entreprend d’examiner la conformité de l’interdiction irlandaise au regard des droits fondamentaux, et en particulier de la liberté d’expression des étudiants. Si le verdict final est le même – proportionnalité de la mesure –, la technique pour y arriver est manifestement différente. L’avocat général se réfère cette fois directement à la CSDH et à la jurisprudence des organes du Conseil de l’Europe. Après avoir reconnu l’existence de « quelques nuances » entre les tests de proportionnalité pratiqués à Strasbourg et à Luxembourg, il souligne la présence *in casu* d’un conflit de droits fondamentaux. Il en conclut qu’à suivre la jurisprudence strasbourgeoise, un tel conflit doit être résolu par l’octroi d’une large marge d’appréciation à l’Etat concerné (pt.37).

873. – L’affaire *TV10*¹¹⁰⁵ donnera l’occasion à la Cour de prolonger cette approche. Les juges y examinent d’abord la proportionnalité de la législation néerlandaise au regard de la libre prestation des services télévisuels. S’attaquant ensuite au grief tiré d’une atteinte à la liberté d’expression garantie par la CSDH, ils constatent que « (...) le maintien du pluralisme qu’entend garantir la politique audiovisuelle néerlandaise vise à préserver la diversité des opinions, et donc la liberté d’expression qu’entend précisément protéger ladite convention » (pt.25)¹¹⁰⁶.

¹¹⁰² Arrêt précité, n°769, 843.

¹¹⁰³ Les droits fondamentaux remplissent peu ou prou le même rôle dans le raisonnement présenté par l’AG Poiares Maduro dans l’affaire *Carbonati* examinée précédemment. Là aussi, l’argument tiré des droits fondamentaux – en l’occurrence de l’interdiction de discrimination – est invoqué alors même que la mesure nationale est jugée tomber en dehors du champ d’application de la libre circulation. Ces scénarii de « prise de relais » ne sont cependant pas identiques. Alors que dans l’arrêt *Karner*, la Cour examine l’argument tiré de la liberté d’expression *malgré* l’échec du grief fondé sur la libre circulation, les conclusions présentées dans l’affaire *Carbonati* invitent à contrôler la mesure nationale au regard du principe de non-discrimination *en raison* de l’inapplicabilité de la libre circulation des marchandises.

¹¹⁰⁴ Cf. *supra*, n°607-612.

¹¹⁰⁵ Cf. *supra*, n°613-616.

¹¹⁰⁶ Dans le même sens, pour une application successive d’un double test de proportionnalité cf. les conclusions de l’AG Tesauro dans l’affaire *Familiapress* précitée. Le raisonnement de l’avocat général n’est cependant pas dénué d’ambiguïté. Si celui-ci analyse séparément la proportionnalité de la mesure au regard de la libre circulation et de la liberté d’expression, il n’hésite pas à opérer un renvoi entre les deux tests. Il estime ainsi que les conclusions qu’il tire quant à l’adéquation et à la

874. – On notera enfin que les droits fondamentaux peuvent également se juxtaposer à la libre circulation par l’intermédiaire du droit dérivé. Rappelons ainsi que dans l’affaire *Steffensen*¹¹⁰⁷, l’autonomie procédurale de l’Allemagne se vit limitée à la fois par le principe d’effectivité du droit communautaire et par le droit fondamental à un procès équitable. La Cour estima en effet qu’il incombait à la juridiction nationale de vérifier si, en admettant des preuves sur lesquelles le requérant n’avait pu exercer le droit à une contre-expertise qui lui était octroyé par une directive, le droit procédural allemand violait soit le principe d’effectivité attaché à cette directive – laquelle contribuait à l’établissement du marché intérieur –, soit le droit à un procès équitable consacré à l’article 6 de la CSDH. L’arrêt *Kofisa*¹¹⁰⁸ a donné lieu à une situation similaire. Dans cette affaire, après avoir considéré que le code des douanes communautaire n’accordait pas aux opérateurs économiques un droit de recours suspensif devant une juridiction de l’ordre judiciaire, la Cour estima qu’un tel droit devait néanmoins être octroyé eu égard à la nature fondamentale du droit à un juge.

§2. Renforcement de la libre circulation

875. – Les arguments tirés du respect des droits de l’homme et de la dynamique de l’intégration économique apparaissent parfois combinés l’un à l’autre dans le raisonnement des juges et des avocats généraux. Dans ces cas de figure, l’atteinte à un droit fondamental contribue bien souvent à *renforcer* la violation d’une liberté de circulation et, partant, à *accroître* la sévérité du contrôle opéré par la Cour.

876. – Le premier lieu d’expression de cet effet de renforcement est à ce point évident qu’il pourrait facilement passer inaperçu. La « plus-value normative » d’une alliance entre la libre circulation et un droit de l’homme se manifeste dans la sévérité accrue qui accompagne le contrôle de la justification d’une atteinte *discriminatoire* à une liberté de circulation. Il est en effet de jurisprudence constante que seules les *raisons expresses* limitativement énumérées dans le traité – ordre public, santé publique, moralité publique, sécurité publique, etc. – peuvent être invoquées pour justifier une entorse à la libre circulation qui se double d’une violation du droit à l’égalité des ressortissants communautaires. Les atteintes non-discriminatoires – *de iure* – à la libre circulation peuvent en revanche être justifiées au nom de tout type de raison impérative d’intérêt général. La Cour ne semble pas près d’abandonner ce « régime dissocié », qui soumet à un contrôle plus sévère les mesures comptables d’une entrave à la libre circulation *et* d’une atteinte au « droit fondamental à l’égalité des nationalités européennes ». Dans son arrêt *Laval*¹¹⁰⁹, elle a ainsi déclaré que le droit communautaire s’opposait à une réglementation du droit d’actions collectives qui, sans répondre à une raison expresse d’intérêt général, introduisait une discrimination entre les entreprises étrangères et nationales.

877. – Cet effet de renforcement ne se laisse pas observer dans les seuls scénarios d’alliances entre la libre circulation et le droit à l’égalité de traitement. D’autres droits fondamentaux viennent régulièrement affermir le contrôle d’une mesure nationale *prima facie* contraire à l’une des « quatre libertés ». L’arrêt *Festersen*¹¹¹⁰ est à cet égard particulièrement illustratif : la Cour estime qu’il lui appartient d’apprécier la proportionnalité de l’obligation de résidence imposée par la loi autrichienne à tout acquéreur d’un domaine agricole. Elle précise à cet égard que « [d]ans une telle appréciation, il y a lieu de tenir compte de la circonstance que ladite obligation restreint non seulement la liberté des mouvements des capitaux, mais également le droit pour l’acquéreur de choisir librement sa résidence, droit qui lui est pourtant garanti par l’article 2, paragraphe 1, du protocole n°4 à la [CSDH] (...). L’obligation de résidence portant ainsi atteinte à un droit fondamental garanti par la [CSDH] s’avère *dès lors particulièrement* contraignante » (pts.35 et 37 – nous soulignons). L’effet cumulatif des droits

nécessité de la mesure par rapport à la libre circulation peuvent être transposées telles quelles à l’examen de la proportionnalité au regard de la liberté d’expression (pt.29 des conclusions). *Adde, mutatis mutandis*, les conclusions de l’AG Mengozzi dans l’affaire C-244/06 *Dynamic Medien*, précitées, pts.88 et s.

¹¹⁰⁷ Cf. *supra*, n°856.

¹¹⁰⁸ Cf. *supra*, n°862.

¹¹⁰⁹ Cf. *supra*, n°631-635, 844.

¹¹¹⁰ Cf. *supra*, n°846.

de l'homme et de la libre circulation apparaît ici très clairement. Il s'agit non pas de juxtaposer deux griefs appelant une évaluation différente mais d'*accumuler* la « force normative » de l'un et de l'autre dans le cadre d'une même pesée d'intérêts¹¹¹¹.

878. – Cet effet « boule de neige » se retrouve également sous la plume de certains avocats généraux. On relèvera ainsi cette phrase de l'AG Jacobs dans l'affaire *Gourmet*, selon lequel « (...) l'existence d'un quelconque empiètement sur le droit fondamental à la liberté d'expression des annonceurs (qui peut être justifié par des raisons analogues à celles invocables dans le cadre d'une restriction à la liberté de fournir des services (...)) signifie nécessairement que l'incompatibilité avec l'article 59 du traité CE doit être considérée de manière *particulièrement sérieuse* » (pt.74 – nous soulignons)¹¹¹².

879. – Qu'il nous soit encore permis de rappeler le raisonnement développé par l'AG Jarabo-Colomer dans l'affaire *Uberseering*¹¹¹³, qui au moment d'évaluer la proportionnalité de l'atteinte à la liberté d'établissement causée par la législation allemande, estima que celle-ci « (...) crée, en pratique, un obstacle de taille à la liberté d'établissement des sociétés. La mesure suppose un véritable dépouillement du patrimoine juridique (...). Il s'agit, en tout état de cause d'une ingérence grave au droit fondamental à un procès équitable (...) une restriction sérieuse à la libre jouissance de la propriété privée (...) ainsi qu'une privation du droit à un recours effectif (...). En conséquence, il est permis d'affirmer que le refus de reconnaître la capacité d'ester en justice en tant que demanderesse à une personne juridique (...) constitue une grave restriction à un droit fondamental » (pts 56-61).

880. – Enfin, on relèvera avec intérêt l'examen de proportionnalité opéré par l'AG Alber dans l'affaire *Karner* précitée. Celui-ci commence par rappeler que l'interdiction de communiquer l'origine des biens mis en vente est en principe justifiée par le souci de protéger les consommateurs. Il poursuit en soulignant qu'à cette justification, les requérants opposent le droit à la liberté d'expression. Cet argument supplémentaire paraît jouer un rôle important dans le contrôle de proportionnalité qui s'ensuit en mettant l'accent sur le caractère véridique de l'information censurée. Dans la foulée, l'avocat général conclut à la disproportion de la mesure¹¹¹⁴.

881. – Signalons encore que les droits de l'homme peuvent parfois aussi prêter main-forte à la dynamique de l'intégration économique *positive*. On en veut pour preuve l'arrêt *Commission c. Autriche* du 27 novembre 2001¹¹¹⁵, dans lequel l'invocation du droit à un juge semble avoir été l'élément qui fit pencher la balance en défaveur de l'Autriche et amena la Cour à condamner celle-ci pour défaut de transposition d'une directive octroyant un recours judiciaire aux acteurs économiques opérant dans le secteur des médicaments.

§3. *Extension de la libre circulation*

882. – Il ressort de l'analyse de la jurisprudence communautaire que le « discours des droits fondamentaux » peut contribuer de deux manières à l'*extension* du champ d'application de la libre circulation « économique ». Il arrive d'abord que les impératifs de protection des droits de l'homme

¹¹¹¹ Un même raisonnement a présidé, nous semble-t-il, aux décisions rendues dans les affaires *Familiapress* et *ERT* précitées. L'effet cumulatif de la libre circulation et des droits de l'homme y est cependant plus difficile à déceler. Dans l'arrêt *Familiapress*, on en trouve toutefois un signe aux points 24 (« Par ailleurs... ») et 27 (« tant pour les échanges intracommunautaires que pour la liberté d'expression » (nous soulignons)). L'arrêt *ERT* paraît quant à lui mettre en scène un raisonnement en forme de « goulot » : la mesure nationale en cause ne peut être jugée conforme à la libre circulation que si elle est justifiée par une raison d'ordre public, de santé publique ou de sécurité publique (1^{re} étape) ; ensuite, cette « porte de sortie » doit encore être interprétée « (...) à la lumière de l'article 10 de la [CSDH] » (pt.45) (2^{ème} étape).

¹¹¹² Dans le même sens, cf. AG Poiras Maduro, conclusions du 12 septembre 2007, C-380/05 *Centro Europa 7*, précitées, pt.39 : « Il est d'autant plus impératif qu'il soit satisfait à ces exigences dans une situation (...) dans laquelle la procédure d'appel d'offres (...) visait à garantir le pluralisme des médias » (nous soulignons).

¹¹¹³ Cf. *supra*, n°855.

¹¹¹⁴ *Adde* : C-444/05 *OAEE*, conclusions de l'AG Colomer présentées le 11 janvier 2007, non encore publiées au Recueil, pt.56 : « Les justifications avancées cèdent le pas à la liberté de prestation de services des établissements de soins privés et au droit à la santé ».

¹¹¹⁵ Cf. *supra*, n°856.

exercent sur celle-ci un effet d'*entraînement* (a). Il arrive ensuite que le rappel de l'origine « droit-de-l'hommesque » des « quatre libertés » contribue à leur *libéralisation* (b).

a) L'effet d'entraînement

883. – Notre analyse comparative nous a déjà permis de mettre en lumière cet étonnant processus par lequel les droits fondamentaux fournissent à la libre circulation son « ticket d'entrée » dans le prétoire¹¹¹⁶. On a ainsi pu constater que cet effet d'entraînement est entièrement sous-tendu par des considérations liées à l'effectivité de l'intégration économique : c'est parce que l'atteinte à un droit fondamental risque d'entraver la jouissance effective des quatre libertés qu'elle doit être déclarée contraire au traité CE.

884. – L'élasticité d'un tel argument en assure tout le potentiel intégrateur ; graduelle, la notion d'effectivité ne connaît guère de limite. Il n'est pas jusqu'au simple *risque* d'une violation d'un droit de l'homme qui ne soit susceptible d'être ramené dans l'orbite du droit communautaire en raison de son effet dissuasif sur les candidats à la libre circulation. Illimité, cet « effet d'attraction » des droits fondamentaux par les libertés de circulation dépasse largement la frontière des alliances « explicites ». Incontestablement, ce n'est pas leur qualité de « droit de l'homme » qui fait des principes de non-discrimination en raison de la nationalité et de protection juridictionnelle effective des corollaires indissociables de la libre circulation. C'est leur « substance » davantage que leur « statut » qui justifie le rapport d'effectivité très étroit qu'ils entretiennent avec les quatre libertés.

885. – On aurait toutefois tort de déduire de ces exemples que l'effet d'entraînement se révèle totalement insensible aux étiquettes. D'une part, nous verrons dans la section suivante qu'il ne manque pas d'esprits brillants pour considérer que toute atteinte à un droit fondamental constitue, *par principe* – par essence, pourrait-on dire –, une entrave à l'exercice effectif de la libre circulation. D'autre part, il n'est pas interdit de penser que la reconnaissance explicite de l'origine « droit-de-l'hommesque » d'un attribut de la libre circulation permet à la Cour de justifier une appréciation particulièrement libérale du rapport d'effectivité qui unit celui-ci à celle-là. Dans cette perspective, on est par exemple en droit de se demander si des considérations liées à l'effectivité de la liberté d'établissement auraient suffi à elles seules à motiver la décision rendue par la Cour dans l'affaire *Wilson*¹¹¹⁷. Il semble au contraire qu'en rappelant que le droit à une protection juridictionnelle effective est l'expression d'un droit de l'homme, la Cour justifie une interprétation généreuse des exigences qui découlent des libertés de circulation à cet égard. On reconnaîtra toutefois que ces réflexions demeurent affaires de conjectures et qu'aucune preuve tangible n'est susceptible de les étayer.

b) L'effet de libéralisation

886. – Les arguments tirés de la protection des droits de l'homme peuvent également favoriser d'une autre manière l'extension du champ d'application des libertés de circulation. Nous avons vu plus haut qu'il était possible – et pertinent – de considérer celles-ci comme le produit d'une alliance entre la dynamique intégratrice du marché intérieur et l'idéologie libérale des droits fondamentaux. On est tenté de penser que ce phénomène de fusion est lui aussi susceptible de générer une valeur ajoutée lorsque son existence est mise à jour. Plus précisément, nous voudrions revenir un instant sur les effets rhétoriques que peut produire le rappel des liens qui unissent la libre circulation et le droit fondamental au libre exercice de l'activité économique (ou à la liberté de commerce). Il apparaît en effet que les interprètes du traité s'appuient parfois sur l'origine « droit-de-l'hommesque » des libertés de circulation pour en justifier une interprétation extensive. On évoquera deux exemples en soutien de cette hypothèse.

¹¹¹⁶ Cf. *supra*, n°370.

¹¹¹⁷ Cf. *supra*, n°854.

887. – Le premier est tiré de l'affaire *Heylens*¹¹¹⁸, dont il a été question précédemment. Rappelons que cette affaire concernait un ressortissant belge poursuivi pour avoir entraîné une équipe de football d'un club français alors même que sa demande de reconnaissance d'équivalence du diplôme belge d'entraîneur avait été refusée par les autorités françaises. Interrogée sur la compatibilité de la réglementation française avec la libre circulation des travailleurs, la Cour estima d'abord qu'« en l'absence d'harmonisation des conditions d'accès à une profession, les Etats membres sont en droit de définir les connaissances et les qualifications nécessaires à l'exercice de cette profession et d'exiger la production d'un diplôme attestant la possession de ces connaissances et qualifications » (pt.10). Elle poursuivit toutefois en déclarant que « *le libre accès à l'emploi constituant un droit fondamental conféré par le traité individuellement à tout travailleur de la Communauté, l'existence d'une voie de recours de nature juridictionnelle contre toute décision d'une autorité nationale refusant le bénéfice de ce droit est essentielle pour assurer au particulier la protection effective de ce droit* » (pt.14 – nous soulignons). La Cour obligeait ainsi les Etats à prévoir une voie de recours juridictionnelle contre toute décision de refus d'équivalence de diplôme à l'encontre d'un ressortissant communautaire. Nul ne sait si la référence au « droit fondamental » était destinée à légitimer cette interprétation large de la libre circulation des travailleurs. Il n'est en tout cas pas interdit de le penser.

888. – Notre second exemple est tiré de l'affaire *Centros*, qui concernait une réglementation danoise interdisant la création, sur le territoire national, de succursales de sociétés dont le siège social avait été établi dans un pays étranger dans le seul but de contourner la sévérité de la législation danoise. La Cour avait déjà consacré le droit pour les Etats de se doter de législations visant à empêcher les « abus » de liberté de circulation. Contre toute attente cependant, l'avocat général La Pergola – bientôt suivi par la Cour – considéra que la mesure d'interdiction danoise constituait une entrave à la liberté d'établissement des ressortissants danois. À l'appui de cette interprétation extensive de la liberté d'établissement, il déclara :

« Le droit d'établissement est essentiel aux fins de la mise en oeuvre des objectifs préfigurés par le traité, qui entend garantir, indistinctement à tous les citoyens communautaires, la liberté d'entreprise économique à travers les instruments apprêtés par le droit national, en leur assurant la *chance* de s'insérer sur le marché, quelles que soient les intentions qui habitent concrètement le bénéficiaire. Autrement dit, il s'agit de protéger l'*opportunité* d'une initiative économique et, ensemble avec elle, la *liberté commerciale* de se servir des instruments prévus à cette fin dans les ordres juridiques des Etats membres »¹¹¹⁹

889. – Sans s'appesantir sur l'existence et le bien-fondé d'une véritable stratégie rhétorique dans le chef de l'avocat général, on conviendra qu'ici encore, le « langage des droits fondamentaux » surgit fort à propos pour appuyer une lecture audacieuse des dispositions du traité.

§4. Extension de la compétence de la Cour à l'égard des droits fondamentaux

890. – Les alliances économiques ne sont pas sans conséquence sur la répartition des compétences entre les Etats et la Communauté. Sans conteste, elles contribuent à réduire la marge d'autonomie des autorités nationales et à accroître d'autant l'emprise du droit communautaire. Quelles que soient les formes de leur coalition, les impératifs de la libre circulation et les exigences liées au respect des droits de l'homme oeuvrent de concert à la suppression des frontières nationales et au développement d'un grand marché.

891. – Cette dynamique centripète ne s'engendre cependant pas toute seule. Si elle requiert l'*input* des plaideurs et des *amici curiae*, elle demande surtout à être orchestrée par une autorité habilitée pour ce faire. La présence d'alliances économiques dans la jurisprudence de la Cour de justice porte à croire que cette dernière a été investie d'une telle fonction. Force est toutefois de reconnaître que tel n'est pas

¹¹¹⁸ Cf. *supra*, n° 852.

¹¹¹⁹ Conclusions présentées le 16 juillet 1998 dans l'affaire C-212/97 *Centros, Rec.*, 1999, p.I-1459, pt.20. Souligné dans le texte.

le cas. Les juges du Kirchberg ne disposent en effet d'aucune « autorisation écrite » les habilitant à contrôler le respect des droits de l'homme par les Etats membres de la Communauté. Qu'il suffise de rappeler à cet égard les « oublis » du traité d'Amsterdam – répétés dans le traité de Nice – qui, ignorant superbement vingt ans d'évolution jurisprudentielle, charge la Cour de contrôler le respect des droits de l'homme « en ce qui concerne l'action des institutions » (art.46 UE)¹¹²⁰.

892. – On conviendra certes qu'aux termes de son article 51, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne s'adresse aux organes de l'Union européenne ainsi qu'aux Etats membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. On rappellera cependant qu'un protocole annexé au traité de Lisbonne ôte à la Cour de justice le pouvoir de contrôler le respect de la Charte par les autorités britanniques et polonaises. Plus fondamentalement – et pour autant que de besoin, eu égard aux milliers de pages consacrées à ce problème dans la littérature¹¹²¹ –, il convient d'attirer l'attention du lecteur sur le fait que cette extension demeure limitée (« uniquement », dit le texte) aux situations dans lesquelles les Etats « mettent en œuvre » le droit de l'Union européenne. La portée de cette expression demeure singulièrement nébuleuse. Selon les uns, elle enjoint la Cour de justice à faire marche-arrière en limitant son contrôle aux seuls actes nationaux qui exécutent ou transposent une mesure de droit dérivé¹¹²². Selon les autres – majoritaires –, cette formulation maladroite n'entend pas revenir sur les acquis jurisprudentiels et autorise la Cour à contrôler les mesures nationales qui *dérogent* au droit primaire, et notamment aux « quatre libertés »¹¹²³.

893. – En tout état de cause, l'on conviendra que même interprété généreusement, le mandat ainsi adressé à la Cour de justice recouvre difficilement l'ensemble des alliances économiques analysées ci-dessus¹¹²⁴. Celles-ci découlent directement du droit primaire et n'épargnent aucun secteur, aucun domaine des ordres juridiques nationaux. Leur existence même témoigne, à notre sens, d'une extension des compétences de la Cour en matière de droits de l'homme.

894. – Notre grille d'analyse conduit toutefois à dépasser le stade de l'observation empirique. Elle permet en effet d'aborder à frais nouveaux la sempiternelle question des limites des compétences de la Cour en matière de droits fondamentaux. Nul besoin de rappeler les éternels débats qui agitent la doctrine¹¹²⁵ – et la jurisprudence – sur l'étendue de cette compétence à l'égard des mesures nationales

¹¹²⁰ Pour un commentaire éclairant de cette disposition, cf. K. LENAERTS, « Le respect des droits fondamentaux en tant que principe constitutionnel de l'Union européenne », in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, 1999, p.423-457, spéc. p.430-432.

¹¹²¹ Cf. 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, p.945-994. Cf. en outre, *ex multissimis*, L.F.M. BESSELINK, « The Member States, the National Constitutions and the Scope of the Charter », *M.J.*, 2001, p.68-101; A. ARNULL, « Protecting Fundamental Rights in Europe's New Constitutional Order », in T. TRIDIMAS, P. NEBBIA (eds.), *European Union Law for the Twenty-First Century*, 2003, p.95-112, spéc. p.99-102; P. CAROZZA, « The Member States », in S. PEERS, A. WARD (eds.), *The European Union Charter of Fundamental Rights*, 2004, p.35-58, spéc. p.43-45; R. DAVIS, « A Brake? The Union's New « Bill of Rights » », *E.H.R.L.R.*, 2005, p.449-460, spéc. p.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, O. DE SCHUTTER (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 2002, p.117-147, spéc. p.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, p.35-42, spéc. p.37-38; S. KOUKOULIS-SPILIOTOPOULOS, « Incorporating the Charter into the Constitutional Treaty : What Future for Fundamental Rights ? », in C.G. RODRIGUEZ IGLESIAS *et al.*, *Problèmes d'interprétation - A la mémoire de Constantinos N. Kakouris*, 2004, p.223-258, spéc. p.248-252.

¹¹²² Cf. e.a. F. PICOD, « Article II-111 », in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, tome 2, spéc. p.651.

¹¹²³ En ce sens, cf. e.a. E. BRIBOSIA, O. DE SCHUTTER, *loc. cit.*, spéc. p.283-284; L. AZOULAI, « Article II-113 », in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, tome 2, spéc. p.701-703.

¹¹²⁴ Que l'on pense notamment à l'arrêt *Karner* ou aux conclusions de l'AG Maduro dans l'affaire *Carbonati*.

¹¹²⁵ Cf.e.a. les articles suivants, sélectionnés pour leur clarté, leur exhaustivité ou leur originalité : J. COPPEL, D. O'NEILL, « The European Court of Justice: Taking Rights Seriously? », *C.M.L.R.*, 1992, vol.29, p.669-692; B. DE WITTE, « The Past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights », in P. ALSTON, J. WEILER (eds.), *The EU and Human Rights*, 1999, p.859-897; F. MANCINI, « Safeguarding Human Rights: The Role of the European Court of Justice », in F. MANCINI, *Democracy and Constitutionalism in the European Union - Collected Essays*, 2000, p.81-95; J. TEMPLE LANG, « The Sphere in Which Member States Are Obligated to Comply with the General Principles of Law and Community Fundamental Rights Principles », *L.J.E.I.*, 1991, p.23-35; J. WEILER, « The European Court at a Crossroads: Community Human Rights and Member State Action », in F. CAPOTORTI *et al.*, *Du droit international au droit de*

qui, telles celles qui dérogent aux libertés de circulation, se trouvent aux confins du champ d'application du droit communautaire. L'examen des alliances économiques qui peuplent la jurisprudence communautaire nous invite à remettre en question les termes mêmes de ce débat. Plutôt que de répartir les mesures nationales en catégories étanches – celles qui *exécutent* le droit communautaire, celles qui le *mettent en œuvre*, celles qui y *dérogent*, et celles qui lui *échappent* – afin d'évaluer la légitimité du droit de regard de la Cour sur chacune d'elles, il attire notre attention sur *l'intensité des liens* qui unissent les arguments tirés de l'intégration économique et du respect des droits fondamentaux.

895. – À peine opéré, ce changement de perspective dévoile une nouvelle trace du « flou du droit » dans la jurisprudence communautaire. Loin d'être homogène, la liste des alliances économiques se décline sur le mode de la progressivité et de la gradualité. Le lien « contingent » qui unit si souvent la liberté d'expression libertés de circulation n'est assurément pas le même que celui qui, « génétiquement », relie celles-ci à la liberté de commerce. De même, on ne saurait comparer le rapport d'effectivité qu'entretiennent le droit à un juge et la liberté d'établissement avec les situations dans lesquelles la libre circulation joue le rôle de simple trait d'union entre un droit fondamental et l'ordre juridique communautaire. La grande diversité de ces alliances nous enseigne que non seulement le champ d'application du droit communautaire ne se décompose pas en catégories étanches, mais qu'en outre ses limites sont bien plus mouvantes et incertaines qu'il n'y paraît de prime abord. Elle nous fournit aussi, peut-être, un nouveau critère pour évaluer la légitimité du contrôle opéré par la Cour à l'égard des mesures nationales. Nous y reviendrons.

*
* *

896. – L'analyse des alliances économiques n'a pas été une entreprise aisée. Elle a mis en lumière des phénomènes et des mécanismes complexes qui n'apparaissent pas nécessairement à la lecture de la jurisprudence communautaire. Avant de poursuivre notre chemin, il convient donc de récapituler les enseignements de cette section.

897. – On rappellera d'abord que la notion d'« alliance économique » vise les situations dans lesquelles des arguments tirés de l'intégration économique et de la protection des droits fondamentaux sont invoqués ensemble à l'encontre d'une mesure nationale qui bride la liberté des opérateurs économiques.

898. – Nous avons pu constater que cette dénomination commune abritait des situations très différentes. Ces différences tiennent d'abord à la diversité des *origines* de ces alliances. Tantôt « génétique », tantôt « contingente », tantôt encore « nécessaire » ou « volontaire », la présence des droits fondamentaux aux côtés des arguments tirés de la libre circulation peut obéir à de multiples raisons. Du reste, ces raisons semblent parfois à ce point légères qu'elles paraissent inspirées du seul désir de ramener dans l'orbite du droit communautaire la protection du droit fondamental invoqué – alliances « de voisinage ».

899. – Cette hétérogénéité s'explique également par la diversité des *effets* que sont susceptibles de produire les alliances économiques. Si celles-ci contribuent invariablement à réduire l'autonomie des Etats et à assurer le fonctionnement du marché intérieur, il s'en faut de beaucoup que la dynamique centripète qu'elles véhiculent s'exprime partout de la même façon. Complétant, renforçant, étendant la

l'intégration . Liber Amicorum Pierre Pescatore, 1987, p.821-842 ; J. WEILER, « Eurocracy and Distrust : Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Human Rights Within the Legal Order of the European Communities », *W.L.R.*, 1986, p.1103-1142 ; J. WEILER, N. LOCKHART, « 'Taking Rights Seriously' Seriously: the European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence », *C.M.L.R.*, 1995, p.51-94 (part I); *C.M.L.Rev.*, 1995, p.579-627 ; F. ZAMPINI, « La Cour de justice des Communautés européennes, gardienne des droits fondamentaux "dans le cadre du droit communautaire" », *RTDE*, 1999, vol.35(4), p.660-707.

portée des libertés de circulation, les arguments tirés des droits fondamentaux servent de bien des manières la cause de l'intégration européenne. On aura toutefois noté que par-delà cette diversité d'*outputs*, les alliances économiques partagent une assise commune : tout en même temps elles requièrent et alimentent une extension des compétences de la Cour de justice en matière de droits fondamentaux.

900. – Enfin, une dernière source de complexité tient à la présence massive d'alliances économiques *implicites* dans la jurisprudence communautaire, que seul un regard « nominaliste élargi » permet de déceler. Ce « silence des droits fondamentaux » suscite d'autant plus la perplexité qu'il n'est pas uniforme. Tantôt il se limite à taire la nature fondamentale du droit invoqué aux côtés de la libre circulation, tantôt il va jusqu'à ignorer la présence même dudit droit. On a estimé que lorsqu'il était délibéré, ce silence procédait sans doute d'un certain scepticisme à l'égard de l'« utilité marginale » que peut revêtir l'invocation des droits de l'homme aux côtés de la liberté de circulation.

901. – L'examen des effets des alliances économiques conduit à mettre en doute le bien-fondé de ce présupposé. Contre le second « type » de silence que nous avons identifié, il démontre la plus-value générée par l'invocation d'un droit fondamental aux côtés d'une liberté de circulation. Loin d'être théorique, cette valeur ajoutée peut jouer un rôle décisif dans le verdict final, comme semblent en témoigner certains arrêts. Contre le premier type de silence, il enseigne que l'utilité des alliances économiques est parfois dépendante de la reconnaissance du label de « droit fondamental » au « partenaire » de la libre circulation. A cet égard, on rappellera la puissance à la fois rhétorique et symbolique du « discours des droits », qui permet de justifier la hardiesse de certains raisonnements.

Section 2. Alliances citoyennes – les droits de l'homme à la suite du marché

« The process of integration to date has opted for market efficiency and competition, ideologies which at national level have been fiercely debated and which have had marked social, political and even historical consequences. To proceed, even at this stage of integration, without deepening the social legitimacy of the Community would be a grave error. To ignore the essential role which individual Member State nationals should play in defining the content and limits of this new European polity (...) would be even graver. The construction of a relationship between the protection of fundamental rights in Community law and Community citizenship could provide some solutions »¹¹²⁶.

A. Les antécédents de l'alliance

902. – La catégorie des « alliances citoyennes » touche à la libre circulation des personnes¹¹²⁷. Comme la notion d'alliance économique, elle vise des situations dans lesquelles la libre circulation et les droits fondamentaux sont invoqués ou appliqués de concert par ou devant le juge communautaire. Au contraire de cette notion cependant, les alliances qu'elle abrite n'ont pas pour première vocation de

¹¹²⁶ S. O'LEARY, « The Relationship between Community Citizenship and the Protection of Fundamental Rights in Community Law », *C.M.L.R.*, 1995, p.554.

¹¹²⁷ Cette expression n'a pas de définition juridique précise. En toute logique, il faut considérer qu'elle recouvre la libre circulation des travailleurs (art.39 CE), la liberté d'établissement (art.43 CE), une partie de la libre prestation des services (art.49 CE), et la libre circulation des citoyens (art.18 CE). Dans cette section, nous utiliserons toutefois cette expression dans un sens à la fois plus vague et plus symbolique, pour désigner la liberté de circuler qui est accordée aux *personnes*, *par-delà* leurs activités économiques éventuelles. Elle s'attache prioritairement à la libre circulation des citoyens économiquement inactifs, mais touche aussi à certains aspects de la libre circulation des travailleurs qui s'expliquent davantage par la considération des travailleurs en tant que personnes qu'en tant que moyens de production. Nous reconnaissons que cette définition est éminemment personnelle et subjective mais elle véhicule une impression qui ne l'est pas moins. Du reste, cette imprécision ne devrait toutefois guère déteindre sur les raisonnements juridiques développés dans cette section.

protéger les opérateurs économiques et de contribuer à la mise en place d'un grand marché. En forçant un peu le trait, on pourrait avancer que loin de l'Europe des marchands, c'est l'Europe des citoyens qui se trouve ici en arrière-plan.

903. – Bien entendu, nous prendrons garde de ne pas céder à une dichotomie simpliste. Les citoyens sont bien souvent des marchands, et l'union « politique » ne se conçoit guère sans une intégration économique préalable. Rien d'étonnant dès lors à ce que la libre circulation des travailleurs occupe une place importante dans la jurisprudence que nous examinerons. Longtemps considérés comme de simples facteurs de production soumis aux lois du grand marché, les travailleurs auront sans conteste été les pionniers de l'Europe des citoyens. Rien de surprenant non plus à ce que la frontière entre alliances économiques et citoyennes s'avère par moments particulièrement fine, voire poreuse¹¹²⁸.

904. – Cette difficulté à tracer une ligne de démarcation claire ne nous a pas semblé une raison suffisante pour abandonner notre distinction. C'est que par-delà leurs similitudes, les alliances économiques et citoyennes pointent dans des directions très différentes. Là où les premières oeuvrent au développement d'un marché sans frontières, les secondes s'inspirent d'une « philosophie anthropocentrique », pour reprendre les termes de l'avocat général Cosmas¹¹²⁹. Cette différence d'orientation rejait sur les rapports qu'y entretiennent les droits de l'homme et la libre circulation. Les ordres de priorité semblent à cet égard radicalement opposés : tandis que les alliances économiques témoignent d'une subordination des droits de l'homme aux impératifs du marché – intérieur –, les alliances citoyennes consacrent à l'inverse une utilisation de l'intégration économique au service des droits de l'homme.

905. – Ces considérations préliminaires laissent entrevoir un champ d'investigation excessivement large, qu'il semble totalement illusoire de couvrir en quelques dizaines de pages. Nous avons dès lors pris soin de limiter doublement notre domaine d'analyse. D'une part, nous n'examinerons pas les mesures de droit dérivé qui « cristallisent » les alliances citoyennes. Pour importantes qu'elles soient¹¹³⁰, ces réglementations ne seront évoquées que dans les hypothèses où elles se trouvent elles-mêmes alliées aux droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour de justice. D'autre part, nous n'aborderons pas la jurisprudence relative aux ressortissants d'Etats tiers qui n'ont aucun lien familial avec des citoyens communautaires. En particulier, nous excluons de notre analyse les affaires concernant la libre circulation fondée sur des accords d'association entre la Communauté et des Etats tiers¹¹³¹.

B. Les types d'alliance

906. – Tout comme pour les alliances économiques, nous procéderons à une classification des alliances citoyennes sur base de leur « origine ». Nous constaterons qu'ici aussi, les alliances entre droits fondamentaux et libre circulation s'expliquent tantôt par la filiation (§1^{er}), tantôt par la contingence (§2), tantôt par la nécessité (§3), tantôt par la volonté (§4), tantôt encore par le simple « voisinage » (§5). Pour finir, nous prendrons acte une fois de plus de la présence d'alliances implicites dans la jurisprudence communautaire (§6).

¹¹²⁸ Ainsi peut-on contester notre choix d'évoquer la libre circulation des patients et la construction de « l'Europe des soins de santé » dans le cadre des alliances économiques, mais d'intégrer au sein des alliances citoyennes d'autres affaires (*Bickel, Cowan*) concernant la liberté des « touristes » de recevoir des services.

¹¹²⁹ Conclusions présentées le 16 mars 1999 dans l'affaire C-378/97 *Wijsenbeek*, *Rec.* 1999, p.I-6207, pt.83.

¹¹³⁰ À titre d'exemple, on relèvera, dans la directive 2004/38/CE, la présence d'alliances entre la liberté de circulation et 1°) le droit à la protection de la vie familiale (art.2) ; 2°) le droit à ne pas être discriminé en raison de la nationalité (art.24) ; 3°) le droit à un procès équitable et à un recours juridictionnel effectif (art.31). Pour une analyse de cette directive à la lumière des droits de l'homme, cf. M. CANDELA SORIANO, « Libre circulation et séjour dans l'U.E. : la directive 2004/38 au regard des droits de l'homme », *J.T.D.E.*, 2005, p.191-200.

¹¹³¹ Sur les problèmes de discrimination susceptibles de surgir entre les ressortissants communautaires et les ressortissants d'Etats tiers, cf. E. BRIBOSIA, « Les discriminations fondées sur la nationalité dans l'Union européenne à la lumière de la protection des droits fondamentaux », in E. BRIBOSIA, E. DARDENNE, P. MAGNETTE, A. WEYEMBERGH (dir.), *Union européenne et nationalités*, 1999, p.189-225.

§1^{er}. Alliances génétiques

907. – En vertu de l'article 18 CE, « [t]out citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, sous réserve des limitations et conditions prévues par le présent traité et par les dispositions prises pour son application ». Introduite par le traité de Maastricht, cette disposition a fait couler beaucoup d'encre, aussi bien dans la littérature scientifique que dans les recueils des arrêts de la Cour de justice.

908. – Ce que l'on voudrait souligner ici, c'est la parenté multiple sur laquelle repose le « droit de circuler » consacré par l'article 18 CE et la jurisprudence communautaire. À l'instar de ses homologues canadienne et américaine¹¹³², la libre circulation des personnes constitue un attribut fondamental de la citoyenneté européenne, qui découle à la fois de la dynamique centripète de l'intégration économique et de la logique libérale des droits de l'homme.

909. – Que l'article 18 CE plonge ses racines dans le terreau fertile du marché intérieur, voilà qui n'est guère surprenant. Nul n'ignore que la libre circulation des citoyens n'est que l'ultime avatar d'un processus historique de longue haleine au commencement duquel l'ouverture des frontières bénéficiait aux seuls facteurs de production. Du reste, au lendemain du traité de Maastricht, de nombreux Etats membres ont plaidé pour le maintien de l'article 18 CE au statut d'ectoplasme juridique, dénué de toute normativité en dehors de ses manifestations « économiques » concrètes aux articles 28, 39, 43, 49 et 56 du traité CE.

910. – Et pourtant, on ne saurait nier que de l'article 18 CE – et de l'interprétation qu'en a donnée la Cour – se dégage quelque chose de plus que le souffle du marché, comme si avec cette disposition, la libre circulation sortait de sa gangue originelle pour se mettre au service d'un projet plus vaste et plus ambitieux. Cette impression est décrite avec emphase et justesse par l'avocat général Cosmas¹¹³³ :

« Une catégorie de personnes, les citoyens de l'Union, deviennent titulaires d'un droit déterminé – en l'espèce, le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres – indépendamment de la question de savoir si la jouissance de ce droit s'accompagne de la promotion d'autres aspirations ou objectifs communautaires. C'est ici que se situe l'une des différences les plus essentielles entre l'article [18] et les articles [39] et suivants du traité. Ces derniers articles ont instauré en faveur des ressortissants des États membres une possibilité de caractère *fonctionnel*, qui leur est accordée pour qu'ils l'exercent en vue de la création d'un marché commun, ledit marché ne pouvant avoir pour objectif que de permettre aux personnes d'exercer leurs activités économiques dans de meilleures conditions. L'article [18], au contraire, instaure en faveur des ressortissants des États membres (désignés dorénavant dans leur qualité de citoyens de l'Union), une possibilité revêtant un *caractère substantiel*, à savoir un droit, au véritable sens du terme, qui existe en vue de l'exercice autonome d'un but, au bénéfice de son titulaire même et non au bénéfice de la Communauté et de la réussite de ses objectifs.

Il s'ensuit que le nouveau régime de libre circulation, introduit par l'article [18], ne se distingue pas seulement du régime antérieur par l'étendue du cercle des personnes bénéficiaires de cette liberté. (...) L'article [18] consacre en outre un *droit de nature différente, un droit propre de circuler, découlant de la qualité de citoyen de l'Union*, qui ne revêt pas une forme subsidiaire par rapport à l'unification européenne, économique ou non ». (pts 83-85 ; souligné dans le texte)

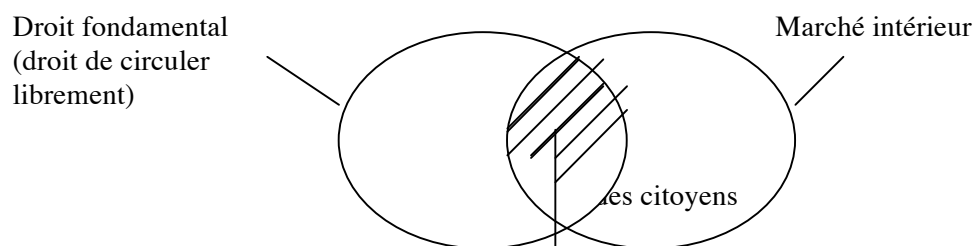
¹¹³² Cf. *supra*, n°338 et s. et n°350 et s.

¹¹³³ Dans le même sens, cf. les propos d'un ancien référendaire de l'AG Cosmas, G. DELLIS, « La Cour de justice et la libre circulation du citoyen européen », in C.G. RODRIGUEZ IGLESIAS *et al.*, *Problèmes d'interprétation - A la mémoire de Constantinos N. Kakouris*, 2004, p.47-75, spéc. p.65-66.

911. – Outil conçu pour favoriser l'intégration économique, la liberté de circulation se voit ici subvertir, transfigurer par une autre dynamique, qui est incontestablement celle des droits fondamentaux. Il ne s'agit plus simplement de relier la libre circulation à la liberté de commerce ou au libre exercice de l'activité économique qui, s'ils jouissent du statut de droit de l'homme, n'en conservent pas moins le marché pour horizon ultime. L'alliance citoyenne apparaît à la fois plus explosive et plus féconde que l'alliance économique. Qui ne voit en effet que « (...) le droit du citoyen de circuler librement est lié au droit fondamental à la liberté personnelle qui est au faîte des droits individuels » (*Ibid.*, pt.89) ? Qui ignore par ailleurs que le droit de circuler et de choisir librement sa résidence se trouve inscrit à l'article 2 du Protocole n°4 à la CSDH ?

912. – On se gardera bien toutefois d'assimiler à un droit de l'homme la liberté de circulation consacrée à l'article 18 CE. À mille lieues de l'universalité qui caractérise ceux-ci, le bénéfice de cette liberté communautaire est réservé aux citoyens européens et à leur famille. Voilà qui prouve à ceux qui en doutaient encore que davantage que le produit d'un clonage, la libre circulation des personnes est le fruit d'une alliance, d'une fusion entre la dynamique du marché intérieur et la logique des droits de l'homme. Il n'empêche. Nous verrons un peu plus loin que l'ascendance « droit-de-l'homme » de la libre circulation n'est certainement pas sans conséquence sur le régime juridique qui s'y attache.

Fig.21
Alliances citoyennes génétiques



§2. *Alliances contingentes*

913. – Lors de l'examen des alliances économiques, nous avons pu constater que l'exercice d'une liberté de circulation impliquait parfois *ipso facto* la mise en oeuvre d'un droit fondamental. A titre d'exemple, on rappellera qu'à suivre la jurisprudence de la Cour, la diffusion d'informations par-delà les frontières nationales engage à la fois la libre prestation des services et la liberté d'expression de l'opérateur économique responsable de l'expédition du message. Dans pareils cas de figure, toute entrave à la libre circulation entraîne automatiquement une atteinte au droit fondamental concerné.

914. – De telles situations de « superposition » ressortent également d'un examen attentif des alliances citoyennes. Non pas que la libre circulation des personnes soit parfois le siège « contingent » de l'exercice d'un droit fondamental¹¹³⁴ – ce que l'on pourrait appeler une superposition « active » –, mais bien que certaines restrictions apportées à celle-ci entraînent *per se* une atteinte à un droit de l'homme – ce que l'on pourrait nommer une superposition « passive ».

915. – L'affaire *Watson et Belmann*¹¹³⁵ nous en fournit une illustration éclairante. En l'espèce, la Cour de justice était interrogée sur la compatibilité d'une loi italienne au regard de la liberté de circulation. Cette loi obligeait d'une part les ressortissants étrangers à se présenter à un poste de police dans les trois jours suivant leur arrivée sur le sol italien, et imposait d'autre part aux ressortissants italiens hébergeant des étrangers de communiquer dans les vingt-quatre heures l'identité de ces derniers aux autorités de l'Etat. Ces obligations étaient assorties de sanctions pénales relativement lourdes. Sans préjuger du succès qu'un tel recours aurait rencontré, on conviendra que la validité de cette législation aurait également pu être contestée à Strasbourg sur le pied de l'article 8 CSDH. L'alliance est ici

¹¹³⁴ Et encore... cf. l'affaire *Rutili* examinée ci-dessous.

¹¹³⁵ Aff. 118/75 *Watson et Belmann*, 7 juillet 1976, *Rec.*, 1976, p.1185.

patente : l'entrave imposée à la libre circulation constitue en elle-même une atteinte au droit à la vie privée. Le juge *a quo* l'avait du reste aperçu, qui invita la Cour de justice à se prononcer sur l'applicabilité, dans le cadre du droit communautaire, des « principes fondamentaux énoncés à la Convention européenne des droits de l'homme ».

916. – Le contentieux des expulsions est incontestablement le domaine le plus propice aux alliances – citoyennes – contingentes. Trois affaires méritent à cet égard d'être mentionnées. La première concernait une décision des autorités françaises de limiter le droit de séjour et de circulation d'un syndicaliste italien à certaines parties du territoire national¹¹³⁶. Les autorités avaient en effet estimé qu'en raison de ses activités syndicales, ledit travailleur représentait une menace pour l'ordre public au sens de la directive 64/221 du Conseil. Le lecteur n'aura sans doute aucune peine à retrouver dans cette affaire la présence d'une alliance entre la libre circulation – des travailleurs – et la liberté d'association telle qu'elle se traduit dans la liberté syndicale. La Cour semble elle-même l'admettre lorsqu'elle déclare que « (...) l'article 8 du règlement n° 1612/68, qui garantit l'égalité de traitement en matière d'affiliation aux organisations syndicales et d'exercice des droits syndicaux, fait reconnaître que la réserve relative à l'ordre public ne saurait être invoquée (...) pour l'exercice de ces droits ; Que, dans leur ensemble, ces limitations apportées au pouvoir des Etats membres en matière de police des étrangers se présentent comme la manifestation spécifique d'un principe plus général consacré par les articles 8, 9, 10, et 11 de la [CSDH] » (pts 31 et 32 de l'arrêt).

917. – Les deux autres affaires que l'on voudrait examiner mettent en scène une coalition entre la liberté de circulation et le droit à la vie privée et familiale. Dans la première, les autorités allemandes avaient rejeté la demande de prolongation de permis de séjour et ordonné l'expulsion d'un ressortissant grec, toxicomane et multirécidiviste, qui purgeait alors une peine de prison¹¹³⁷. L'intéressé résidait en Allemagne depuis l'âge de treize ans, avait épousé une ressortissante allemande et avait eu avec elle trois enfants. Interrogée sur la validité d'un tel ordre d'expulsion, la Cour se pencha sur sa compatibilité avec la libre circulation des travailleurs d'une part, et avec le droit à la protection de la vie privée et familiale de l'autre.

918. – Dans la seconde affaire, qui s'inscrit dans la droite ligne de la précédente, la Cour était saisie d'un recours en manquement intenté par la Commission européenne contre l'Allemagne¹¹³⁸. La Commission reprochait notamment aux autorités allemandes leurs pratiques administratives en matière d'expulsion des ressortissants d'autres Etats membres. Elle demandait à la Cour de constater que l'Allemagne avait violé les obligations qui lui incombent au titre des articles 18 et 39 CE d'une part, et du droit au respect de la vie familiale d'autre part, en ne prenant pas suffisamment en compte ce dernier droit dans le cadre de ses décisions d'expulsion. Dans son arrêt, la Cour prit manifestement toute la mesure de l'alliance en déclarant que « (...) l'examen effectué au cas par cas par les autorités nationales de l'existence éventuelle d'un comportement personnel constituant une menace actuelle pour l'ordre public et, le cas échéant, de la question de savoir où se situe le juste équilibre entre les intérêts légitimes en présence doit se faire dans le respect des principes généraux du droit communautaire (...). À cet égard, il doit être tenu compte des droits fondamentaux dont la Cour assure le respect » (pts.107-108).

§3. *Alliances nécessaires*

919. – Les alliances citoyennes sont très souvent placées sous le signe de l'effectivité. Le respect des droits fondamentaux des ressortissants communautaires apparaît alors comme une condition nécessaire à la jouissance pleine et entière de la liberté de circulation. Selon ce raisonnement, la méconnaissance de ses droits par l'Etat membre d'accueil empêche le citoyen migrant de tirer pleinement profit de la liberté de mouvement que lui confère le traité. Si l'atteinte aux droits de l'homme emporte dès lors une entrave à l'exercice de la libre circulation, il s'en faut néanmoins de

¹¹³⁶ Aff.36/75 *Roland Rutili*, 28 octobre 1975, *Rec.*, 1975, p.1219

¹¹³⁷ C-482/01 et C-493/01 *Orfanopoulos et Oliveri*, 29 avril 2004, *Rec.*, 2004, p.I-5257.

¹¹³⁸ C-441/02, *Commission c. Allemagne*, 27 avril 2006, *Rec.*, 2006, p.I-3449.

beaucoup que cette entrave s'impose toujours avec la même force. Nous verrons ainsi que le non-respect d'un droit fondamental apparaît tantôt comme un obstacle dirimant, rendant *impossible* l'exercice de la liberté de circulation, tantôt comme une atteinte au contenu de la liberté de mouvement, privant celle-ci d'une partie de son effectivité, tantôt enfin comme un simple motif de dissuasion, rendant simplement *moins attrayante* la perspective d'un déplacement dans un autre Etat membre.

920. – Il va sans dire que cette classification tripartie n'est pas taillée dans le marbre et que les catégories qu'elle distingue sont moins étanches qu'elles ne paraissent de prime abord. Comme il a été dit précédemment, l'effectivité est une notion particulièrement flexible qui se décline sur le mode de la progressivité et de la gradualité. Les relations qu'elle met en lumière se situent sur un continuum s'étendant des rapports de causalité immédiate aux concaténations les plus incertaines. Cette indétermination rend parfois difficile le départ entre les alliances « nécessaires » et les alliances « volontaires » que nous analyserons dans le prochain paragraphe. Il arrive en effet que le lien d'effectivité entre droits fondamentaux et marché intérieur paraisse à tel point distendu qu'il se ramène à une pétition de principe énoncée par le juge, son avocat général ou l'une des parties au litige. La protection des droits fondamentaux apparaît alors comme un objectif autonome, dont le lien avec la libre circulation n'est établi que dans la mesure où il est nécessaire à assurer la compétence de la Cour.

921. – Gardant à l'esprit ces difficultés, l'on peut se risquer à considérer que deux droits fondamentaux entretiennent avec les libertés de circulation des rapports d'effectivité indiscutables : le droit à la vie privée et familiale d'une part, le droit de ne pas être discriminé en raison de sa nationalité, de l'autre¹¹³⁹.

a) Le droit à la protection de la vie privée et familiale

922. – La première affaire que l'on voudrait examiner concerne un recours en manquement intenté – une fois encore – par la Commission contre l'Allemagne¹¹⁴⁰. Celle-là reprochait à celle-ci de subordonner « (...) le renouvellement de la carte de séjour des membres de la famille de travailleurs migrants de la Communauté à la condition que ceux-ci vivent dans un logement approprié, et ce non seulement au moment où ils s'installent avec le travailleur migrant concerné, mais pendant toute la durée de leur séjour » (pt.1 de l'arrêt). Les ressortissants allemands n'étaient bien évidemment pas soumis à de telles exigences. La Commission jugeait une telle réglementation contraire à l'article 39 CE ainsi qu'à l'article 10, §3, du règlement n°1612/68, qui – selon elle – limitait l'exigence d'un logement approprié au moment de l'arrivée des membres de la famille sur le territoire de l'Etat membre d'accueil.

923. – La Cour considéra « (...) qu'il faut interpréter le règlement n°1612/68 à la lumière de l'exigence du respect de la vie familiale mentionné par l'article 8 de la [CSDH] (...). Il y a lieu de remarquer, enfin, que l'article 10, paragraphe 3, du règlement n°1612/68, doit être interprété en fonction du système et de la finalité de ce règlement. Or, il résulte de l'ensemble de ses dispositions que, en vue de faciliter la circulation des membres de la famille des travailleurs, le Conseil a pris en considération, d'une part, l'importance que revêt du point de vue humain, pour le travailleur, le regroupement à ses côtés de sa famille et, d'autre part, l'importance que revêt, à tout point de vue, l'intégration du travailleur et de sa famille dans l'Etat membre d'accueil, sans aucune différence de traitement par rapport aux nationaux » (pts.10 et 11).

924. – Si des considérations d'effectivité n'apparaissent pas explicitement dans le raisonnement de la Cour, on sent qu'elles pèsent néanmoins sur l'interprétation du règlement proposée par celle-ci. La Cour est évidemment bien consciente de l'importance que revêt, pour l'effectivité de la libre circulation des travailleurs, la protection de la vie familiale de ces derniers. Nul doute qu'un

¹¹³⁹ Nous verrons que dans plusieurs affaires, ces deux droits fondamentaux apparaissent en réalité combinés l'un à l'autre.

¹¹⁴⁰ C-249/86 *Commission c. Allemagne*, 18 mai 1989, *Rec.*, 1989, p.1263.

ressortissant communautaire hésitera à deux fois avant d'accepter un emploi dans un autre Etat membre s'il n'est pas assuré que sa famille pourra l'y rejoindre.

925. – L'affaire *Carpenter* offre probablement la meilleure illustration du lien d'effectivité que peuvent nouer entre eux la libre circulation et le droit à la protection de la vie familiale¹¹⁴¹. En l'espèce, la Cour était saisie d'une question préjudicielle portant sur une mesure d'expulsion prononcée à l'encontre d'une ressortissante philippine qui résidait au Royaume-Uni avec son mari, un citoyen allemand. Contestant l'idée selon laquelle il s'agissait d'une situation purement interne échappant à la compétence de la Cour de justice, Mme Carpenter estima que sa déportation était de nature à affecter le droit de son époux à la libre prestation des services.

926. – La Cour abonda en son sens. Elle nota d'abord que « [l]es prestations de services effectuées par M. Carpenter correspondent à une partie significative de son activité économique qui se déroule tant sur le territoire de son État d'origine en faveur de personnes établies sur le territoire d'autres États membres que sur le territoire de ces derniers. Il convient dans ce contexte de rappeler que le législateur communautaire a reconnu l'importance d'assurer la protection de la vie familiale des ressortissants des États membres afin d'éliminer les obstacles à l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité » (pts.37-38). Or, poursuivit la Cour « il est constant que la séparation des époux Carpenter nuirait à leur vie familiale et, partant, aux conditions de l'exercice d'une liberté fondamentale par M. Carpenter. En effet, cette liberté ne pourrait pas produire son plein effet si M. Carpenter était détourné de l'exercer par les obstacles mis, dans son pays d'origine, à l'entrée et au séjour de son conjoint » (pt.39). En s'occupant des enfants ou en l'accompagnant dans ses voyages, Mme Carpenter contribuait à l'exercice effectif du droit de son mari à la libre prestation des services. La protection de la vie familiale du couple Carpenter n'était donc pas indifférente au droit communautaire.

927. – Le rapport d'effectivité entre la libre circulation et la vie de famille revêt parfois une plus grande intensité. L'affaire *R* concernait le refus des autorités britanniques d'autoriser le séjour d'une ressortissante américaine qui, autrefois mariée à un ressortissant français mais divorcée depuis lors, résidait au Royaume-Uni depuis son mariage¹¹⁴². La requérante estimait que, dès lors que les enfants issus de son mariage – et dont elle avait la garde – avaient le droit de séjourner au Royaume-Uni pour y continuer leur formation scolaire, elle devait aussi être autorisée à demeurer sur le territoire britannique, sous peine de voir compromise l'effectivité des droits de ses enfants.

928. – Ici encore, la Cour entérina ce raisonnement. Après avoir rappelé qu'« (...) il faut (...) interpréter le règlement n°1612/68 à la lumière de l'exigence du respect de la vie familiale prévu à l'article 8 de la CEDH, ce respect faisant partie des droits fondamentaux qui (...) sont reconnus par le droit communautaire », les juges déclarèrent que « [l]e droit reconnu (...) à l'enfant d'un travailleur migrant de poursuivre (...) sa scolarité dans l'État membre d'accueil implique nécessairement que ledit enfant ait le droit d'être accompagné par la personne assurant effectivement sa garde et, dès lors, que cette personne soit en mesure de résider avec lui dans ledit État membre pendant ses études. Refuser l'octroi d'une autorisation de séjour au parent qui garde effectivement l'enfant exerçant son droit de poursuivre sa scolarité dans l'État membre d'accueil porterait atteinte à ce droit » (pts.72-73).

929. – L'affaire *Chen* met encore davantage en évidence le lien de dépendance entre l'exercice effectif du droit d'un enfant à la libre circulation et l'octroi d'un permis de résidence à ses parents¹¹⁴³. Née en Irlande de parents chinois, Catherine Chen avait acquis la nationalité irlandaise en vertu de la législation de cet Etat. Après l'accouchement, sa mère et elle étaient rentrées au Royaume-Uni pour y rejoindre M. Chen, qui y travaillait temporairement pour le compte d'une société chinoise. Mme Chen avait alors introduit une demande de permis de séjour de longue durée pour elle et sa fille. Après avoir essuyé une décision de refus, Mme Chen introduisit un recours devant une juridiction nationale, qui posa une question préjudicielle à la Cour. Cette-ci fut amenée à se prononcer sur la validité de la

¹¹⁴¹ C-60/00 *Carpenter*, 11 juillet 2002, *Rec.*, 2002, p.I-6279.

¹¹⁴² C-413/99 *Baumbast et R*, 17 septembre 2002, *Rec.*, 2002, p.I-7091.

¹¹⁴³ C-200/02 *Zhu et Chen*, 19 octobre 2004, *Rec.*, 2004, p.I-9925.

décision de refus au regard des articles 18 CE, 8 et 14 CSDH, ainsi que de divers instruments de droit dérivé. Après avoir estimé que l'article 18 CE conférait à Catherine le droit de résider au Royaume-Uni, la Cour affirma que le refus d'accorder à Mme Chen le droit de séjourner avec son enfant « (...) priverait de tout effet utile le droit de séjour de ce dernier. En effet, il est clair que la jouissance du droit de séjour par un enfant de bas âge implique nécessairement que cet enfant ait le droit d'être accompagné par la personne assurant effectivement sa garde et, dès lors, que cette personne soit en mesure de résider avec lui dans l'Etat membre d'accueil pendant ce séjour » (pt.45).

930. – Le rapport d'effectivité entre le droit à la vie familiale et l'exercice de la libre circulation sera encore mis en exergue lors de diverses affaires ayant trait au droit d'entrée, sur le territoire d'un Etat membre, d'un ressortissant d'un Etat tiers. Dans les affaires *MRAX*¹¹⁴⁴ et *Commission c. Espagne*¹¹⁴⁵, la Cour rappellera ainsi que le législateur communautaire a reconnu « (...) l'importance d'assurer la protection de la vie familiale des ressortissants des Etats membres *afin* d'éliminer les obstacles à l'exercice des libertés fondamentales » (nous soulignons).

931. – L'affaire *Akrich*¹¹⁴⁶ nous enseigne toutefois que la flexibilité de ce lien d'effectivité n'est pas sans limite. La Cour était en l'espèce saisie d'une question relative au refus des autorités britanniques de révoquer l'ordonnance d'expulsion prononcée à l'encontre de M. Akrich, un ressortissant d'origine marocaine marié à une citoyenne britannique. Celui-ci avait été précédemment expulsé, conformément à son désir, vers l'Irlande, où résidait et travaillait son épouse. Après être restés quelques mois sur le sol irlandais, M. et Mme Akrich avaient décidé de retourner vivre au Royaume-Uni. Ils avaient dès lors demandé la révocation de l'ordonnance d'expulsion de M. Akrich en se fondant sur le droit de Mme Akrich à la liberté de circulation (art.39 CE) et sur l'article 10, §1, du règlement n°1612/68, qui accorde au conjoint du travailleur – communautaire – migrant le droit de venir s'installer avec ce dernier dans l'Etat membre d'accueil.

932. – La Cour rappela toutefois que l'article 10, §1^{er} n'était pas d'application dans le cas de l'espèce. En effet, cette disposition visait à éviter qu'un citoyen européen soit *dissuadé* d'aller travailler dans un autre Etat membre en raison des liens familiaux qu'il conserve dans son pays d'origine. Or, M. Akrich ne résidait légalement ni au Royaume-Uni, ni en Irlande. Dès lors, Mme Akrich ne pouvait en toute logique être dissuadée d'exercer son droit à la libre circulation par la perspective que son mari perde un droit de résidence qu'il n'avait jamais eu.

b) le droit à l'égalité et à la non-discrimination en raison de la nationalité

933. – Le droit fondamental de ne pas être discriminé en raison de la nationalité est généralement considéré comme un corollaire indissociable de la liberté de circulation¹¹⁴⁷. On a vu plus haut que les maîtres des traités, rapidement suivis par la Cour de justice, ont associé « par principe » – alliances volontaires – les libertés de circulation à un principe de stricte égalité de traitement entre opérateurs économiques nationaux et ressortissants communautaires. Les « quatre libertés » comportent ainsi

¹¹⁴⁴ C-459/99 *MRAX*, 25 juillet 2002, *Rec.*, 2002, p.I-6591, pt.53.

¹¹⁴⁵ C-503/03 *Commission c. Espagne*, 31 janvier 2006, *Rec.*, 2006, p.I-1097, pt.41

¹¹⁴⁶ C-109/01 *Akrich*, 9 septembre 2003, *Rec.*, 2003, p.I-9607.

¹¹⁴⁷ On remarquera que de nombreuses affaires examinées ci-dessous parlent non pas du « droit fondamental à l'égalité de traitement » mais bien plutôt du « principe de non-discrimination ». Notre lecture nominaliste devrait donc conduire à reléguer ces différentes affaires au rang des alliances implicites – alliances « manquées », pour être plus précis. Nous ne renions pas cette approche. Comme nous avons pu le constater dans le cadre des alliances économiques, elle met en évidence la valeur rhétorique du simple label « droit fondamental ». Cet effet rhétorique qui se dégage du « discours des droits » apparaît également dans le cadre des alliances citoyennes. Ainsi n'est-ce sans doute pas un hasard si, comme nous le verrons, certains avocats généraux invoquent le « droit fondamental à l'égalité » – droit « le plus fondamental du citoyen européen », « consacré dans la Charte »... – plutôt que le banal « principe de non-discrimination » pour en justifier une application particulièrement généreuse. On ne saurait toutefois, en l'occurrence, assimiler l'absence de ce label à une absence d'alliance ; nous verrons en effet qu'additionné à la libre circulation, le principe de non-discrimination apporte à celle-ci une véritable plus-value. Il nous a dès lors paru opportun d'assimiler ces combinaisons à des alliances explicites. Une assimilation que, nous semble-t-il, le bon sens ne renie pas...

toujours une interdiction de discrimination *dans le cadre de l'exercice de l'activité économique* qu'elles protègent (la fourniture d'un service, la prestation d'un travail, etc.).

934. – Les développements qui suivent se concentrent sur les situations dans lesquelles l'impératif de non-discrimination ne concerne pas *directement* l'activité économique visée par la liberté de circulation. De plus en plus en effet, la Cour de justice semble considérer que la liberté de circuler entraîne un droit à l'égalité de traitement *total – i.e.*, indépendant de toute connexion avec l'exercice de quelque activité économique – entre les ressortissants nationaux et les « libres circulants ». Pour justifier cette extension du principe de non-discrimination, les juges du Kirchberg – mais aussi le législateur communautaire – ont généralement recours à des considérations d'effectivité. Toute rupture du principe d'égalité, raisonnent-ils, constitue un frein à l'exercice de la libre circulation. Ce sont quelques-unes de ces alliances « nécessaires » que l'on examine rapidement ci-dessous.

935. – L'invocation de pareil « rapport de nécessité » apparaît déjà dans le cinquième considérant du préambule du règlement n°1612/68, selon lequel « le droit de libre circulation exige, pour qu'il puisse s'exercer dans des conditions objectives de liberté et de dignité, que soit assurée, en fait et en droit, l'égalité de traitement pour tout ce qui se rapporte à l'exercice même d'une activité salariée et à l'accès au logement, et aussi que soient éliminés les obstacles qui s'opposent à la mobilité des travailleurs, notamment en ce qui concerne le droit pour le travailleur de se faire rejoindre par sa famille, et les conditions d'intégration de cette famille par l'Etat membre d'accueil ». Irrémédiablement liée à l'effectivité de la libre circulation, l'égalité de traitement en raison de la nationalité étendra progressivement son emprise dans les domaines les plus divers. Le règlement 1612/68 lui-même ne contribuera pas peu à ce développement. Son préambule fournira bien souvent à la Cour l'inspiration nécessaire à une interprétation généreuse de ses dispositions¹¹⁴⁸.

936. – Le lien d'effectivité unissant la libre circulation au principe de non-discrimination en raison de la nationalité amènera la Cour à faire application de ce dernier bien au-delà des situations prévues par le règlement 1612/68. Dans l'affaire *Bickel et Franz*, relative à des poursuites pénales intentées contre des touristes allemand et autrichien dans la province italienne bilingue de Bolzano, la CJCE considérera ainsi que « (...) la possibilité pour les citoyens de l'Union de communiquer dans une langue donnée, avec les autorités administratives et judiciaires d'un Etat, au même titre que les nationaux, est de nature à *faciliter* l'exercice de la liberté de circuler et de séjourner dans un autre Etat membre »¹¹⁴⁹ (pt.16 ; nous soulignons).

937. – De même, dans son arrêt *Baumbast et R*, la Cour a estimé que la perte du statut de travailleur migrant n'entraînait pas la déchéance du droit à l'égalité de traitement dont jouissent les enfants desdits travailleurs en vertu de l'article 12 du règlement n°1612/68¹¹⁵⁰. En effet, « (...) empêcher l'enfant d'un citoyen de l'Union de continuer sa scolarité dans l'Etat membre d'accueil en lui refusant une autorisation de séjour pourrait être de nature à *dissuader* ledit citoyen d'exercer les droits de libre circulation prévus à l'article 39 CE et créerait donc une entrave à l'exercice effectif de la liberté ainsi garantie par le traité CE » (pt.52 ; nous soulignons).

938. – Enfin, dans l'affaire *D'Hoop*¹¹⁵¹, la Cour a jugé contraire au principe de non-discrimination le refus de l'Office National de l'Emploi d'octroyer une allocation d'attente à une ressortissante belge qui, après avoir terminé ses études secondaires en France, était revenue dans son pays d'origine pour y chercher un emploi. Les juges estimèrent que les « facilités ouvertes par le traité en matière de circulation (...) ne pourraient en effet produire leurs pleins effets si un ressortissant d'un Etat membre pouvait être dissuadé d'en faire usage par les obstacles mis, à son retour dans son pays d'origine, par une réglementation pénalisant le fait qu'il les a exercées » (pts.30-31).

¹¹⁴⁸ Cf.e.a. aff. 9/74 *Casagrande*, 3 juillet 1974, *Rec.*, 1974, p.773 ; aff. 137/84 *Mutsch*, 11 juillet 1985, *Rec.*, 1985, p.2681 ; C-308/89 *di Leo*, 13 novembre 1990, *Rec.*, 1990, p.I-4185.

¹¹⁴⁹ C-274/96 *Bickel et Franz*, 24 novembre 1998, *Rec.*, 1998, p.I-7637

¹¹⁵⁰ Cf. *supra*, n°927-928.

¹¹⁵¹ C-224/98 *D'Hoop*, 11 juillet 2002, *Rec.*, 2002, p.I-6191.

939. – L'examen de la jurisprudence nous révèle que s'il conditionne l'effectivité de la liberté de circulation, le principe de non-discrimination en raison de la nationalité fait peut-être en même temps *davantage* que ça. On en veut d'abord pour preuve le préambule du règlement 1612/68, qui déclare que pour être exercée « dans des conditions objectives de *liberté et de dignité* » (nous soulignons), la libre circulation doit s'accompagner du respect du droit à l'égalité. Comme si, par-delà sa valeur instrumentale, le principe de non-discrimination contribuait à humaniser le droit à la libre circulation. On notera ensuite que le lien d'effectivité est parfois tellement ténu – que l'on songe aux affaires *Bickel* et *Baumbast* – qu'il ne suffit guère à justifier la décision de la Cour. Comme si, à travers des relations causales toujours plus incertaines, transparaissait la vocation à l'autonomisation du droit à l'égalité. On renverra enfin aux alliances étudiées dans le paragraphe suivant, et dont nul artifice argumentatif ne vient couvrir l'origine « volontariste ». Comme si, lassée des contraintes qui enserrant sa compétence, la Cour s'apprêtait à faire du droit à l'égalité de traitement en raison de la nationalité un droit fondamental du citoyen européen, invocable en toutes circonstances.

§4. *Alliances volontaires*

940. – L'examen de la jurisprudence récente de la Cour de justice dévoile l'existence d'un quatrième type d'alliances entre liberté de circulation et droits fondamentaux. Les coalitions que regroupe cette catégorie se caractérisent par leur « lâcheté » et leur « artificialité ». Ici, point d'origine génétique, contingente ou causale : si les impératifs tirés de la protection des droits de l'homme sont bel et bien reliés à l'exercice de la libre circulation, rien ne semble justifier ce rattachement en dehors de la volonté de son auteur. Mais qui dit lâche dit aussi élastique ; cette approche « volitive » des relations entre droits de l'homme et libre circulation permet virtuellement d'attirer dans l'orbite du droit communautaire toute atteinte portée aux droits fondamentaux d'un citoyen européen. Nous verrons que par certains côtés, la jurisprudence communautaire semble aujourd'hui déjà bien engagée dans cette voie.

941. – Afin de prendre toute la mesure des développements jurisprudentiels analysés ci-dessous, il faut encore souligner le paradoxe dont ils témoignent. Il nous semble en effet que les alliances « volontaires » procèdent à la fois de la nécessité impérieuse de raccrocher la protection des droits fondamentaux à l'exercice de la libre circulation, sous peine de mettre en péril la compétence de la Cour, et du désir ardent d'affranchir cette protection de la tutelle du marché et de l'intégration économique, sous peine de perdre l'« esprit des droits ». Le rôle des libertés de circulation apparaît donc ambivalent. Précieux agents de liaison avec l'ordre juridique communautaire, celles-ci constituent en même temps un allié encombrant qui subordonne la protection des droits de l'homme à un projet politique – l'intégration européenne.

942. – Ce quatrième type d'alliance a trouvé à s'exprimer de manière privilégiée dans les relations unissant la liberté de circulation au droit à la protection de la vie privée et familiale d'une part, et au droit à ne pas être discriminé en raison de la nationalité, de l'autre. En ce sens, les développements qui suivent s'inscrivent dans la droite ligne de la jurisprudence examinée au paragraphe précédent. Ils poussent simplement un peu plus loin la dynamique déjà à l'œuvre dans les alliances « nécessaires », ou du moins dans certaines d'entre elles.

a) Le droit à la protection de la vie privée et familiale

943. – On doit à l'avocat général Jacobs d'avoir pour la première fois déclaré que, *par principe*, toute atteinte aux droits fondamentaux d'un citoyen européen qui a fait usage de sa liberté de circulation constitue une atteinte à celle-ci et rentre dans le domaine du droit communautaire – et de la compétence de la Cour. Cette célèbre prise de position intervint dans l'affaire *Konstantinidis*, laquelle concernait un ressortissant grec qui s'était installé en Allemagne pour y exercer sa profession de

kinésithérapeute¹¹⁵². Celui-ci estimait qu'en procédant à une translittération erronée de son nom – Konstantinidis en alphabet grec était devenu Konstadinidis dans la version « latine » – les autorités allemandes de l'état civil avaient porté atteinte à sa liberté d'établissement.

944. – La Cour et l'avocat général Jacobs donnèrent tous deux raison à M. Konstantinidis. Celui-ci avait fait l'objet d'une discrimination – indirecte – fondée sur la nationalité, et cette discrimination n'était pas sans influence sur l'exercice de sa liberté d'établissement. La mauvaise translittération de son patronyme constituait notamment une source de confusion pour les clients de M. Konstantinidis. L'avocat général Jacobs alla toutefois plus loin. Après avoir noté que le droit au nom faisait incontestablement partie du droit à la protection de la vie privée consacré à l'article 8 CSDH, il poursuivit en ces termes devenus fameux :

« Mais supposons que l'on considère que le traitement imposé par les autorités allemandes à M. Konstantinidis n'est *pas* discriminatoire. Cela signifie-t-il qu'il ne saurait être contraire à l'article 52, bien qu'il porte atteinte aux droits fondamentaux de M. Konstantinidis ? (...) Supposons qu'un Etat membre introduise un code pénal draconien en vertu duquel le vol est punissable de l'amputation de la main droite. Un ressortissant d'un autre Etat membre se rend dans ce pays en exerçant les droits de libre circulation (...), vole une miche de pain et est condamné à avoir la main droite coupée. Cette peine constituerait sans nul doute une sanction inhumaine et dégradante, contraire à l'article 3 [CSDH]. Mais constituerait-elle également une atteinte aux droits de la personne au titre du droit communautaire, même si elle était appliquée de façon non discriminatoire ? Nous pensons que oui.

A notre avis, un ressortissant communautaire qui se rend dans un autre Etat membre en qualité de travailleur salarié ou non salarié au sens des articles 48, 52 ou 59 du traité n'a pas seulement le droit de poursuivre son entreprise ou sa profession et de bénéficier des mêmes conditions de vie et de travail que les ressortissants de l'Etat d'accueil ; il a droit, en outre, à l'assurance que, où qu'il se rende pour gagner sa vie dans la Communauté, il sera traité selon un code commun de valeurs fondamentales, en particulier celles inscrites dans la [CSDH]. En d'autres termes, il a le droit d'affirmer « *civis europeus sum* » et d'invoquer ce statut pour s'opposer à toute violation de ses droits fondamentaux » (pts.45-46 ; souligné dans le texte).

945. – Des questions préjudicielles relatives à des réglementations nationales en matière de détermination du nom patronymique surgirent encore à l'occasion des affaires *Garcia Avello*¹¹⁵³ et *Niebuß*¹¹⁵⁴. Coïncidence étonnante, la rédaction des conclusions dans ces deux affaires fut à nouveau confiée à l'AG Jacobs. Nous reviendrons plus loin sur l'affaire *Avello*. Qu'il nous suffise pour l'instant de signaler qu'elle mettait en cause la compatibilité de certains aspects de la législation belge avec la liberté de circulation de citoyens espagnols. L'AG Jacobs, bientôt suivi par la Cour, estima que l'application de la réglementation belge aboutissait à établir une différence de traitement injustifiée entre les ressortissants espagnols et les citoyens belges. Moins téméraire que dix ans auparavant, il en conclut que rien ne lui servait de pousser plus avant ses investigations : « Etant parvenu à la conclusion que les circonstances de l'espèce font apparaître une discrimination en raison de la nationalité interdite par les dispositions combinées des articles 12 CE et 17 CE ; nous estimons qu'il n'est pas nécessaire de s'interroger sur le point de savoir s'il y a violation d'un autre droit fondamental garanti par le droit communautaire, tel le droit de ne pas subir d'ingérence dans sa vie privée et familiale, reconnu à l'article 8 [CSDH] ».

946. – Deux ans plus tard, l'avocat général recevait une nouvelle occasion de réitérer son « *civis europeus sum* ». L'affaire *Niebuß* concernait la validité, au regard de la libre circulation des personnes, d'une règle de droit international privé allemand. Celle-ci soumettait la détermination du nom patronymique « (...) à la seule loi nationale de l'enfant (et/ou de ses parents) – en l'espèce, la loi

¹¹⁵² C-168/91 *Konstantinidis*, 16 décembre 1992, *Rec.*, 1992, p.I-6577. Les conclusions de l'AG Jacobs ont été présentées le 9 décembre 1992.

¹¹⁵³ C-148/02 *Garcia Avello*, 2 octobre 2003, *Rec.*, 2003, p.I-11613. Les conclusions de l'AG Jacobs ont été présentées le 22 mai 2003.

¹¹⁵⁴ C-96/04 *Niebuß*, 27 avril 2006, *Rec.*, 2006, p.I-3561. Les conclusions de l'AG Jacobs furent présentées le 30 mai 2005.

allemande –, sans tenir compte de la loi de son Etat de naissance – en l’espèce, le Danemark –, ce qui a pour conséquence que le nom diffère au regard des deux systèmes juridiques » (pt.2 des conclusions). Contrairement aux législations mises en cause dans les affaires *Konstantinidis* et *Avello*, la réglementation allemande n’introduisait aucune discrimination en raison de la nationalité dès lors « (...) que toutes les personnes possédant la seule nationalité allemande sont traitées de la même manière, et que toutes les personnes ayant (ou dont les parents ont) plus d’une nationalité sont traitées de manière différente, mais sans discrimination aucune quant à leur nationalité » (pt.53 des conclusions).

947. – L’avocat général Jacobs considéra néanmoins que ce constat ne suffisait pas à écarter l’hypothèse d’une atteinte à la liberté de circulation. Prenant appui sur les dispositions du traité et sur la jurisprudence relative à la citoyenneté, il réaffirma avec force la position qu’il avait soutenue dans l’affaire *Konstantinidis*. Une fois encore, nous ne résistons pas au plaisir de reproduire *in extenso* les termes de son plaidoyer :

« Même si les difficultés pratiques (...) [que l’enfant en question] est susceptible de rencontrer peuvent ne pas être dues à une discrimination fondée sur la nationalité, elles constitueront clairement un obstacle à son droit en tant que citoyen de l’Union de circuler et de résider librement sur le territoire des États membres. Bien que des difficultés de ce type peuvent être similaires, par leur nature, à celles rencontrées par M. Konstantinidis, *l’effet combiné des articles 17 CE et 18, paragraphe 1, CE signifie qu’il n’est plus nécessaire aujourd’hui d’établir un lien économique pour démontrer l’existence d’une atteinte au droit de libre circulation.*

Au-delà des difficultés pratiques résultant d’une telle situation, qui peuvent aller de simples embêtements à – étant donné le climat de suspicion qui a suivi les événements du 11 septembre 2001 – des problèmes extrêmement sérieux, *le nom d’une personne est un élément fondamental de son identité et de sa vie privée, dont la protection est largement reconnue dans les Constitutions nationales et instruments internationaux.*

Il nous semble par conséquent totalement incompatible avec le statut et les droits d’un citoyen de l’Union européenne – qui, selon l’expression utilisée par la Cour, « a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres » – que de devoir porter des noms différents au regard de la législation de différents États membres » (pts.54-56 ; nous soulignons).

948. – Cette approche n’a jamais été explicitement entérinée par la Cour de justice¹¹⁵⁵. La position des juges du Kirchberg à cet égard n’en demeure pas moins teintée d’une certaine ambiguïté. En contrepoint du discours officiel perce parfois le désir de la Cour de se libérer du carcan institutionnel qui borne ses compétences en matière de droits fondamentaux. Nous en reparlerons un peu plus loin, dans le cadre de l’examen des « alliances de voisinage »¹¹⁵⁶.

949. – Avant de se tourner vers l’autre droit fondamental « volontairement allié » à la libre circulation des personnes, l’on voudrait encore évoquer les réflexions développées par l’AG Poiares Maduro dans le sillage des prises de position avant-gardistes de l’AG Jacobs. Dans ses conclusions présentées le 12 septembre 2007 dans l’affaire *Centro Europa 7* précitée¹¹⁵⁷, l’AG Poiares Maduro a rappelé que la Cour n’avait jamais suivi les suggestions émises par l’AG Jacobs dans *Konstantinidis*. Rappelant l’importance grandissante des droits de l’homme dans le droit primaire, il a poursuivi en proposant à la Cour d’affiner sa jurisprudence sans pour autant aller aussi loin que l’AG Jacobs ne l’aurait souhaité. Il a ainsi plaidé pour l’adoption d’une position de principe fondée sur des considérations d’effectivité :

¹¹⁵⁵ Celle-ci s’est déclarée incompétente dans l’affaire *Niebuß* dès lors qu’à son estime, l’autorité nationale qui lui adressait les questions préjudicielles ne remplissait pas une fonction juridictionnelle au sens de l’article 234 du traité CE. Ce faisant, la Cour ne s’est sans doute accordé guère plus qu’un maigre sursis. Le 28 août 2006, l’Amtsgericht Flensburg – une véritable juridiction – a en effet posé une question préjudicielle identique dans le cadre de la même affaire : cf. C-353/06 *Grunkin et Paul*.

¹¹⁵⁶ Cf. *infra*, n°965 et s.

¹¹⁵⁷ Cf. *supra*, n°841.

« 20. (...) Bien que le degré de protection des droits fondamentaux au niveau national ne doit pas nécessairement être le même que le degré de protection des droits fondamentaux au niveau de l'Union européenne, il doit exister une certaine équivalence afin de garantir que le droit communautaire puisse s'appliquer efficacement dans l'ordre juridique national.

21. Le scénario peut paraître improbable au premier abord, mais je n'écarte pas, a priori, l'idée qu'une violation grave et persistante des droits fondamentaux puisse se produire dans un État membre, rendant impossible pour cet État de se conformer à nombre de ses obligations communautaires, et limitant effectivement la possibilité pour les particuliers de jouir pleinement des droits que leur accorde le droit communautaire. Il serait par exemple difficile d'envisager que des citoyens de l'Union exercent leur droit à la libre circulation dans un État membre dans lequel la protection des droits fondamentaux présente des défauts de nature structurelle. De tels défauts équivaldraient, en fait, à une violation des règles sur la libre circulation.

22. Je ne suggère pas que toute violation des droits fondamentaux au sens de l'article 6, paragraphe 2, UE constitue, en soi, une violation des règles sur la libre circulation. Seules des violations graves et persistantes qui soulignent un problème de nature systémique dans la protection des droits fondamentaux de l'État membre en cause, constitueraient, selon moi, des violations des règles sur la libre circulation, en raison de la menace qu'elles feraient directement peser sur la dimension transnationale de la citoyenneté européenne et sur l'intégrité de l'ordre juridique communautaire. Toutefois, aussi longtemps que la protection des droits fondamentaux dans un État membre n'est pas gravement déficiente dans le sens des critères susmentionnés, je pense que la Cour ne devrait vérifier la conformité des mesures nationales aux droits fondamentaux que lorsque ces mesures relèvent du champ d'application de la compétence de la Cour, tel qu'il est défini par sa jurisprudence actuelle ».

950. – La solution proposée par l'AG Poiares Maduro n'est pas sans intérêt¹¹⁵⁸. Elle quitte peu ou prou l'orbite dangereuse des alliances volontaires pour s'ancrer dans le domaine plus pragmatique des alliances « nécessaires ». Peut-être manque-t-elle cependant d'un peu d'ambition, tant paraissent rares et exceptionnelles les situations qu'elle vise – violation grave et persistante des droits fondamentaux. Reste à voir si elle sera adoptée et appliquée par la Cour de justice.

b) Le droit à l'égalité et à la non-discrimination en raison de la nationalité

951. – Le droit à l'égalité et à la non-discrimination en raison de la nationalité est, on l'a dit, un corollaire indispensable à l'exercice effectif de la liberté de circulation. Il n'y est toutefois pas totalement subordonné. L'article 12 du traité CE et, plus récemment, l'article 20 de la Charte des droits fondamentaux assurent une existence autonome au principe de non-discrimination en raison de la nationalité. Cette autonomie demeure cependant elle aussi toute relative. Le principe d'attribution des compétences implique que seules sont interdites, en vertu du droit communautaire, les discriminations qui tombent dans le champ d'application de celui-ci. Pour être tautologique, cette remarque prend cependant tout son sens à la lumière de la jurisprudence de la Cour. Comme nous le verrons, celle-ci n'aura de cesse que d'émanciper le droit à l'égalité de traitement de ses origines économiques en distendant au maximum le lien qui l'unit aux libertés de circulation¹¹⁵⁹.

952. – C'est sans doute l'arrêt *Cowan*¹¹⁶⁰ qui a ouvert la voie aux alliances volontaires entre la libre circulation et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité. En l'espèce, après avoir été agressé dans le métro parisien, un touriste britannique avait sollicité une indemnisation auprès de la commission d'indemnisation des victimes d'infraction du tribunal de grande instance de Paris. Sa

¹¹⁵⁸ On y revient *infra*, n°1435.

¹¹⁵⁹ En ce sens, cf. K. LENAERTS, « Union Citizenship and the Principle of Non-Discrimination on Grounds of Nationality », in *Festschrift til Claus Gulmann – Liber Amicorum*, 2006, p.289-309.

¹¹⁶⁰ Aff. 186/87 *Cowan*, 2 février 1989, *Rec.* 1989, p.195.

demande s'était vue refusée au motif que la procédure d'indemnisation en question était réservée – moyennant quelques exceptions – au bénéfice des seuls citoyens français.

953. – La Cour estima qu'un tel régime discriminatoire rentrait dans le champ d'application du traité et devait, partant, être déclaré contraire au droit communautaire. Après avoir rappelé que les touristes qui se rendaient dans un autre Etat membre constituaient des destinataires de services au sens de l'article 49 CE, elle affirma que « lorsque le droit communautaire garantit à une personne la liberté de se rendre dans un autre Etat membre, la protection de l'intégrité de cette personne dans l'Etat membre en cause (...) constitue le corollaire de cette liberté de circulation. Il s'ensuit que le principe de non-discrimination s'applique à des destinataires de services au sens du traité, pour ce qui concerne la protection contre le risque d'agression et le droit d'obtenir la compensation pécuniaire prévue par le droit national lorsque ce risque se réalise ».

954. – La Cour laisse ici pour la première fois dans l'ombre le lien qui unit le principe de non-discrimination aux libertés économiques garanties par le traité. Contrairement aux parties, qui invoquaient l'effet dissuasif qu'une telle discrimination risquait d'avoir sur l'exercice de la libre circulation, la Cour ne mentionne pas la raison pour laquelle l'égalité de traitement doit être considérée *in casu* comme le corollaire de la liberté de circulation. C'est dans ce silence que se laissent apercevoir les premières traces d'une alliance volontaire.

955. – Une fois enclenché, ce processus d'émancipation – relative – du droit à l'égalité de traitement tirera pleinement profit de l'insertion, dans le traité de Maastricht, d'un titre sur la citoyenneté européenne. Rendues à quelques mois d'intervalle, les conclusions des AG La Pergola et Jacobs dans les affaires *Sala*¹¹⁶¹ et *Bickel*¹¹⁶² s'inscrivent incontestablement dans cette tendance. L'affaire *Sala* concernait le refus des autorités allemandes d'octroyer une allocation d'éducation à une ressortissante espagnole qui résidait – légalement – en Allemagne depuis l'âge de douze ans et qui, après avoir exercé divers emplois salariés, y bénéficiait désormais de l'aide sociale. La décision de refus était motivée par le fait que Mme Sala ne jouissait pas de la nationalité allemande et n'était pas en possession d'un titre de séjour en bonne et due forme. Bien qu'elle ait été autorisée à résider en Allemagne, Mme Sala n'avait en effet pas reçu de carte de séjour en témoignant.

956. – L'avocat général La Pergola estima que le refus des autorités allemandes était contraire au droit communautaire dans la mesure où il constituait une discrimination en raison de la nationalité. L'Allemagne contestait pourtant l'applicabilité du droit communautaire au cas de l'espèce ; Mme Sala n'était plus une travailleuse salariée – elle ne jouissait donc pas de la libre circulation des travailleurs – et seule une forme de tolérance administrative lui avait permis de demeurer en Allemagne. L'avocat général considéra que « (...) la création de la citoyenneté de l'Union a une incidence sur le champ d'application du traité (...). Si un citoyen – comme dans notre cas – est *en tout état de cause* autorisé à résider dans un autre Etat membre, différent de celui dont il est ressortissant, son droit de ne pas être discriminé par rapport aux nationaux de l'Etat d'accueil reste entier aussi longtemps qu'il y réside » (pt.20). La Cour se rangea à l'avis de son avocat général, déclarant que le principe de non-discrimination consacré à l'article 12 CE bénéficie à toute personne qui rentre dans le champ d'application *ratione personae* du traité, c'est-à-dire à tout ressortissant d'un Etat membre qui réside légalement sur le territoire d'un autre Etat membre. Le droit à l'égalité de traitement s'éloignait ainsi progressivement de l'orbite de la liberté de circulation.

957. – Les conclusions de l'AG Jacobs dans l'affaire *Bickel* participent de la même dynamique. Celui-ci estimera d'abord, à la lumière de l'arrêt *Cowan* et de la consécration de la citoyenneté européenne dans le traité, que le ressortissant d'un Etat A doit bénéficier du droit à l'égalité de traitement dans l'Etat B dès lors qu'il se trouve dans l'Etat B après avoir exercé sa liberté de circulation. Nul besoin, partant, d'identifier en outre un lien d'effectivité, de généalogie, de contingence ou de voisinage entre la libre circulation et le droit fondamental. Mais l'avocat général ira encore plus loin en estimant qu'en

¹¹⁶¹ C-85/96 *Martinez Sala*, 12 mai 1998, *Rec.*, 1998, p.I-2691.

¹¹⁶² Cf. *supra*, n°936.

toute hypothèse, le citoyen européen jouit du droit à l'égalité de traitement *même lorsqu'il n'a pas exercé sa libre circulation*. Ainsi en sera-t-il par exemple d'un « ressortissant de l'Etat membre A poursuivi dans l'Etat membre B pour des remarques publiées dans l'Etat membre B » (pt.22). En effet, poursuit l'avocat général, « [l]a notion de citoyenneté de l'Union implique une communauté de droits et obligations unissant les citoyens de l'Union par un lien commun qui transcende la nationalité de l'Etat membre. L'introduction de cette notion a été largement inspirée par le souci de rapprocher l'Union de ses citoyens et de traduire la nature de l'Union en tant qu'entité autre que purement économique (...). La non-discrimination est le droit le plus fondamental conféré par le traité et doit être tenue pour un facteur de base de la citoyenneté de l'Union » (pts.23-24).

958. – Sans s'aventurer aussi loin que l'AG Jacobs, la Cour continuera elle aussi à étirer le lien entre le droit à l'égalité de traitement et l'exercice de la libre circulation. Dans l'affaire *Grzelczyk*¹¹⁶³, elle estimera ainsi contraire aux articles 12 et 17 CE le refus des autorités belges d'accorder le minimex à un étudiant français qui se trouve en dernière année d'études. Ce refus était motivé par le fait que le demandeur n'était ni un ressortissant belge, ni un travailleur au sens du règlement n°1612/68. La Cour reconnaîtra que ledit étudiant ne peut *a priori* pas se prévaloir d'un droit à la libre circulation dès lors qu'il ne dispose pas des ressources suffisantes pour assurer sa subsistance sur le territoire belge, comme l'exige la directive 93/96 relative à la libre circulation des étudiants¹¹⁶⁴. Elle n'en conclura pas moins que des mesures d'expulsion « (...) ne peuvent devenir la conséquence automatique du recours à l'assistance sociale de l'Etat membre d'accueil par un étudiant ressortissant d'un autre Etat membre » (pt.43). Bien au contraire, le droit communautaire admet « une certaine solidarité financière » entre citoyens d'Etats membres différents, « notamment si les difficultés que rencontre le bénéficiaire du droit de séjour sont d'ordre temporaire » (pt.44).

959. – Cette conclusion sera encore renforcée par l'arrêt *Trojani*¹¹⁶⁵, dans lequel la Cour estimera qu'un ressortissant français sans emploi et sans ressource – privé, dès lors, du bénéfice de la libre circulation – jouit néanmoins du droit à l'égalité de traitement en matière de minimex dès lors que les autorités belges lui ont accordé un titre de séjour. Ces deux arrêts mettent en lumière le franchissement d'une nouvelle étape dans le processus d'autonomisation du principe de non-discrimination en raison de la nationalité : celui-ci « survit » à l'extinction – ou à l'absence – du droit à la libre circulation.

960. – S'il n'est pas subordonné à l'existence d'un *droit* à la libre circulation le principe d'égalité de traitement ne paraît pas non plus tributaire d'une quelconque *circulation* dans le chef du « discriminé ». Dans l'affaire *Garcia Avello*¹¹⁶⁶, un ressortissant espagnol résidant en Belgique contestait la validité de la législation belge en matière d'attribution du nom patronymique. M. Garcia Avello estimait qu'en traitant de façon similaire des situations différentes – elle attribuait à tous les enfants le nom de leur père, indépendamment de leur nationalité –, l'administration belge se rendait coupable d'une discrimination contraire à l'article 12 CE. Nés en Belgique et titulaires de la nationalité belge, les enfants de M. Avello n'avaient cependant jamais exercé leur droit à la libre circulation et leur situation paraissait donc tomber en dehors du champ d'application du traité CE. L'AG Jacobs donna pourtant raison au requérant en établissant un lien d'effectivité entre le comportement discriminatoire de l'administration et la liberté de circulation de M. Avello lui-même¹¹⁶⁷. La Cour ne se donna pas cette peine. Elle se contenta de déclarer qu'un « (...) rattachement au droit communautaire existe à l'égard de personnes se trouvant dans une situation telle que celle des

¹¹⁶³ C-184/99 *Grzelczyk*, 20 septembre 2001, *Rec.*, 2001, p.I-6193.

¹¹⁶⁴ Pour être tout à fait précis, on relèvera que la Cour a estimé dans cet arrêt que ladite directive exige seulement une *déclaration* ou la fourniture de toute autre *preuve* qui permette à l'étudiant d'assurer à l'autorité nationale qu'il dispose des ressources suffisantes pour éviter de devenir une charge pour l'assistance sociale de l'Etat membre d'accueil (pt.40 de l'arrêt).

¹¹⁶⁵ C-456/02 *Trojani*, 7 septembre 2004, *Rec.*, 2004, p.I-7573.

¹¹⁶⁶ Cf. *supra*, n°945.

¹¹⁶⁷ « Le refus d'autoriser que le nom de M. Garcia Avello soit transmis conformément à la méthode de sa formation est une conséquence de l'exercice qu'il a fait du droit à la libre circulation étant donné que, s'il n'avait pas exercé ce droit, la situation dans le cadre de laquelle le refus a été formulé ne se serait pas produite. Partant, l'existence d'une pratique administrative aboutissant systématiquement à un tel refus est susceptible de rendre *moins attractif* l'exercice de ce droit » (nous soulignons).

enfants de M. Garcia Avello, qui sont des ressortissants d'un État membre séjournant légalement sur le territoire d'un autre État membre » (pt.27). L'affaire *Schempp*¹¹⁶⁸ procède de la même dynamique. En l'espèce, la Cour a estimé qu'un ressortissant allemand pouvait se prévaloir de l'article 12 CE pour contester la validité d'une réglementation fiscale nationale qui l'affectait plus lourdement que ses compatriotes en raison du fait que son ex-conjointe était partie s'installer en Autriche. M. Schempp était ainsi protégé par le droit communautaire alors même que c'était son épouse et non lui qui avait fait usage de sa liberté de circulation.

961. – Il importe de remarquer que cette tendance à l'autonomisation du principe de non-discrimination s'opère également le long d'une autre voie, plus obscure et moins bien balisée par la jurisprudence et par la Cour. Rappelons que depuis l'arrêt *Sala*, la Cour répète inlassablement que l'article 12 CE ne trouve à s'appliquer qu'aux situations qui rentrent dans le champ d'application du traité *ratione personae* et *ratione materiae*¹¹⁶⁹. On observera que le processus d'affranchissement de l'article 12 CE, tel que nous l'avons relaté jusqu'ici, s'est peu ou prou résumé à une extension du champ d'application *personnel* du droit communautaire. Nous avons en effet constaté qu'à travers la jurisprudence de la Cour, le droit de ne pas être discriminé avait été étendu non seulement au-delà du cercle des acteurs économiques et des personnes financièrement indépendantes – que l'on pense aux affaires *Sala*, *Grzelczyk* et *Trojani* – mais également au-delà du cercle des personnes qui ont fait usage de leur liberté de circulation – que l'on pense à l'affaire *Avello* et, déjà, au raisonnement de l'AG Jacobs dans l'affaire *Bickel*.

962. – Il convient à présent d'observer que cette tendance à l'autonomisation du droit à l'égalité de traitement s'est également manifestée par une extension du champ d'application *ratione materiae* du traité. Il est vrai que la jurisprudence de la Cour témoigne d'une plus grande frilosité à cet égard. L'attitude de la Cour dans ce domaine est en effet encore largement tributaire d'un raisonnement en termes d'effectivité. Nous verrons ainsi que bien souvent, selon qu'on les analyse du point de vue du *bénéficiaire* du droit à l'égalité de traitement – *ratione personae* – ou de *l'assiette* de celui-ci – *ratione materiae* –, les affaires que nous examinons mettent en scène tantôt des alliances *volontaires*, tantôt des alliances *nécessaires*.

963. – Pour déterminer les limites matérielles du champ d'application du traité, la Cour s'est ainsi parfois contentée de prendre appui sur un lien d'effectivité qui avait déjà été établi par le législateur communautaire. Dans les affaires *Sala* et *Grzelczyk* par exemple, elle a constaté que les prestations sollicitées par les requérants faisaient partie des avantages sociaux octroyés aux travailleurs communautaires par les règlements n°1612/68 et/ou 1408/71 pour assurer l'exercice effectif de leur libre circulation¹¹⁷⁰. En d'autres occasions¹¹⁷¹, la Cour a fait preuve de plus d'audace en considérant que même si la discrimination alléguée touchait à un domaine qui ressortit à la compétence des États membres, ceux-ci devaient exercer celle-là dans le respect des libertés de circulation. En laissant entendre que la discrimination en cause compromettrait l'exercice effectif de la liberté de circulation, la Cour ne dépassait toutefois pas le cadre des alliances « nécessaires ». Du reste, on notera que cette

¹¹⁶⁸ C-403/03 *Schempp*, 12 juillet 2005, *Rec.*, 2005, p.I-6421.

¹¹⁶⁹ Pour une critique de ce raisonnement en deux temps, cf.e.a. D. MARTIN, « De *Martinez Sala* à *Bidar*, les paradoxes de la jurisprudence sur la libre circulation des citoyens », in J-Y. CARLIER, E. GUILD (dir.), *L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'U.E.*, 2006, p.159-170 ; C. TOMUSCHAT, note sous C-85/96 *Maria Martinez Sala v. Freistaat Bayern*, *C.M.L.R.*, 2000, p.449-457.

¹¹⁷⁰ La notion d'avantage social au sens desdits règlements n'en fait pas moins parfois l'objet d'une interprétation fort généreuse. Cf. p.ex., à propos d'une indemnité funéraire, C-237/94 *O'Flynn*, 23 mai 1996, *Rec.*, 1996, p.I-2617.

¹¹⁷¹ Cf.e.a. les affaires précitées *Garcia Avello* (pt.25), *D'Hoop* (pts.29-31) et, *mutatis mutandis*, *Schempp* (pt.24), auxquelles on ajoutera les affaires *Pusa* (C-224/02, 29 avril 2004, *Rec.*, 2004, p.I-5763, pt.22), *Elsen* (C-35/99, 23 novembre 2000, *Rec.*, 2000, p.I-10409, pt.33), *Angonese* (C-281/98, 6 juin 2000, *Rec.*, 2000, p.I-4139) et *Tas-Hagen* (C-192/05, 26 octobre 2006, *Rec.*, 2006, p.I-10451, pts.27-28). Ce dernier arrêt contraste singulièrement avec la position de la Cour – mais s'accorde avec celle de l'AG Jarabo-Colomer – dans l'affaire *Baldinger* (C-386/02, 16 septembre 2004, *Rec.*, 2004, p.I-8411), dans laquelle une indemnisation d'anciens prisonniers de guerre avait été jugée en dehors du champ d'application matériel du traité au terme d'une lecture littérale du règlement n°1408/71.

approche n'a été retenue que dans des situations qui concernaient des citoyens communautaires *pénalisés* pour avoir exercé leur droit à la libre circulation¹¹⁷².

964. – Observons cependant que dans deux affaires au moins, la CJCE s'est avancée au-delà des alliances « nécessaires ». Dans l'affaire *Collins*¹¹⁷³ d'une part, elle a considéré que des prestations financières destinées à faciliter l'accès à l'emploi relèvent du champ d'application du traité au sens des articles 12 et 39, §2, CE « [c]ompte tenu de l'instauration de la citoyenneté de l'Union et de l'interprétation jurisprudentielle du droit à l'égalité de traitement dont jouissent les citoyens de l'Union » (pt.63). Dans l'affaire *Bidar*¹¹⁷⁴ d'autre part, les juges ont estimé qu'il en va de même des prêts octroyés aux étudiants pour couvrir leurs frais d'entretien, dès lors que le traité de Maastricht a introduit la citoyenneté de l'Union dans le traité CE et a investi la Communauté de certaines compétences en matière d'éducation.

§5. Les alliances de voisinage

965. – Rappelons que les alliances de voisinage visent les situations dans lesquelles la simple *proximité* de la libre circulation conduit la Cour de justice à contrôler une mesure nationale à l'aune du respect des droits fondamentaux. Ces alliances diffèrent des précédentes en ce que les situations qu'elles recouvrent *échappent au champ d'application* de la libre circulation communautaire et, *a fortiori*, ne comportent aucune atteinte à cette libre circulation. Le simple *voisinage* de celle-ci sert de prétexte à la Cour de justice pour intervenir dans le domaine des droits de l'homme. Le pas ainsi franchi est encore plus audacieux que celui opéré par les alliances volontaires, dans lesquelles l'extension de la compétence de la Cour reste dissimulée derrière une extension correspondante du champ d'application des libertés de circulation.

966. – Un passage de l'arrêt *Akrich* témoigne de la présence de ces « alliances de voisinage » au sein de la catégorie des alliances citoyennes. On se souviendra que dans cette affaire examinée plus haut¹¹⁷⁵, la Cour avait jugé que le droit à l'égalité de traitement – corollaire de la liberté de circulation de Mme Akrich – n'était pas de nature à conférer à M. Akrich le droit de résider légalement au Royaume-Uni. A peine était-elle parvenue à cette conclusion que la Cour s'empresse de rappeler au juge national que « [l]orsque le mariage est authentique et que, au moment du retour du citoyen de l'Union dans l'État membre dont il a la nationalité, son conjoint, ressortissant d'un pays tiers, avec lequel il vivait dans l'État membre qu'il quitte, ne séjourne pas légalement sur le territoire d'un État membre, il convient néanmoins de tenir compte du droit au respect de la vie familiale au sens de l'article 8 de la [CSDH]. Ce droit fait partie des droits fondamentaux qui (...) sont protégés dans l'ordre juridique communautaire » (pt.58). Ce rappel adressé aux autorités étatiques ne manque pas de surprendre dans un arrêt qui constate d'abord l'impuissance du droit communautaire. L'absence de toute atteinte à la libre circulation n'empêche pas la Cour de donner ses consignes aux juges nationaux sur la question du respect des droits de l'homme. Cette audace témoigne sans doute de la difficulté qu'éprouve la Cour à abandonner « ses » citoyens dans des situations qui, tout en présentant un élément transfrontière, ne mettent pas directement en jeu des droits liés à la liberté de circulation.

967. – La Cour sera rappelée à l'ordre par l'avocat général Geelhoed dans ses conclusions précédant l'arrêt *Jia*¹¹⁷⁶. Après avoir épinglé des contradictions entre l'approche adoptée par la Cour dans l'affaire *MRAX* et celle privilégiée dans l'affaire *Akrich*, l'avocat général se déclarera en faveur de la première, jugée plus respectueuse de la répartition des compétences entre la Communauté et les États membres. Il estimera ainsi que, conformément à la solution retenue dans l'arrêt *MRAX*, le droit communautaire ne s'applique aux ressortissants d'États tiers – membres de la famille d'un citoyen

¹¹⁷² On vise par là les situations dans lesquelles le citoyen européen se voit privé d'un avantage – pas nécessairement matériel – dont il aurait bénéficié s'il n'avait pas exercé son droit à la libre circulation.

¹¹⁷³ C-138/02 *Collins*, 23 mars 2004 (ass.plén.), *Rec.*, 2004, p.I-2703. Cf. également la décision de la Cour, rendue sur base du seul article 39 CE, dans l'affaire C-258/04 *Ioannidis*, 15 septembre 2005, *Rec.*, 2005, p.I-8275.

¹¹⁷⁴ C-209/03 *Bidar*, 15 mars 2005 (gde ch.), *Rec.*, 2005, p.I-2119.

¹¹⁷⁵ Cf. *supra*, n°931-932.

¹¹⁷⁶ C-1/05 *Jia*, 9 janvier 2007, *Rec.*, 2007, p.I-1. Les conclusions de l'AG Geelhoed ont été présentées le 27 avril 2006.

européen – qu’à partir du moment où ceux-ci résident légalement sur le territoire d’un Etat membre. En revanche, poursuivra-t-il, seuls les Etats sont compétents pour décider, au préalable, d’accorder un titre de séjour aux étrangers en provenance d’un Etat tiers. En d’autres termes, les ressortissants d’Etats tiers ne peuvent bénéficier de la protection du droit communautaire qu’une fois qu’ils se sont vus octroyer un droit de résidence dans un premier Etat membre, conformément à la législation qui y est en vigueur, et à l’exclusion d’un quelconque droit de regard du législateur ou du juge communautaire.

968. – La position défendue par l’AG Geelhoed repose sur l’idée selon laquelle la protection de la vie familiale des citoyens européens – qui justifie l’octroi d’un titre de séjour aux membres de leur famille ressortissants de pays tiers – n’intéresse le droit communautaire que dans la mesure où elle conditionne l’effectivité du droit de ces citoyens à la libre circulation. L’AG Geelhoed s’inscrit donc en faux contre tout type d’alliance « volontaire » ou « de voisinage », dès lors que selon lui, seules des considérations liées à l’exercice effectif de la libre circulation guident le législateur communautaire dans la protection qu’il accorde au droit à la vie privée et familiale des travailleurs migrants. Il déclarera à cet égard que « (...) même s’il est clair que l’article 10 du règlement n°1612/68 et l’article 1^{er}, §1^{er}, de la directive 73/148 ont pour effet de protéger la vie familiale, on ne saurait à notre avis soutenir que c’était l’un des objectifs de ces dispositions » (pt.72).

969. – Fort de ce raisonnement, l’AG Geelhoed ajoutera que « [d]ès lors que les Etats membres n’agissent pas dans le cadre du droit communautaire, comme c’est le cas lorsqu’ils prennent des décisions ouvrant leur territoire à des ressortissants de pays tiers, s’ils sont tenus également de respecter les obligations que leur impose l’article 8 [CSDH], ce n’est pas en vertu du droit communautaire mais en leur qualité de signataires de la convention ». Par conséquent, conclura-t-on à sa place, il n’appartenait pas à la Cour d’inviter les juridictions nationales à prendre en compte le droit à la vie familiale de M Akrich en statuant sur le droit de séjour de celui-ci.

§6. Les alliances implicites

970. – La jurisprudence relative aux alliances citoyennes recèle, nous semble-t-il, nettement moins de « non-dits » que celle qui met en scène des alliances économiques. Il est vrai que le langage et la logique des droits fondamentaux s’imposent plus facilement à l’esprit dans des domaines qui touchent à la sphère personnelle des individus que dans des matières impliquant la libre circulation des capitaux ou des marchandises¹¹⁷⁷. Du reste, l’entremise de la citoyenneté favorise encore davantage la rencontre entre les droits de l’homme et la libre circulation.

971. – On ne manquera cependant pas de relever l’effet pervers qu’induit un tel rapprochement. Nul besoin de revenir sur le flou qui enveloppe l’étendue de la compétence de la Cour en matière de droits de l’homme ni sur les critiques nourries qu’a souvent provoquées l’exercice de cette compétence. Etant entendu que la proximité renforce la suspicion, il ne fait pas de doute que certains guettent l’occurrence « droits fondamentaux » dans les arrêts consacrée à la libre circulation des personnes dans l’espoir de dénoncer un éventuel faux pas des juges du Kirchberg. Le « dérapage » de la Cour au paragraphe 58 de l’affaire *Akrich*¹¹⁷⁸ montre du reste que cet espoir n’est pas vain.

972. – Il n’est pas interdit de penser que, consciente de cette réalité, la Cour hésite à deux fois avant de tendre à son auditoire le bâton pour se faire battre. Dans certains arrêts, la Cour semble s’abstenir délibérément d’invoquer les droits fondamentaux dès lors qu’une telle référence ne paraît pas absolument nécessaire à la résolution du cas de l’espèce. L’arrêt *Chen* est particulièrement illustratif à cet égard : alors que les parties invoquent – indubitablement à bon escient – le droit au respect de la vie familiale, la Cour préfère cantonner son raisonnement à la liberté de circulation. Sans même citer

¹¹⁷⁷ Cf. cependant l’arrêt *Singh* (C-370/90, 7 juillet 1992, *Rec.*, 1992, p.I-4265), dans lequel la Cour a traité un problème de regroupement familial sous le seul angle de l’effectivité de la libre circulation des travailleurs, sans même mentionner le droit fondamental à la vie privée et familiale.

¹¹⁷⁸ Cf. *supra*, n°966.

l'article 8 CSDH, elle estime que le refus d'octroyer un permis de résidence à Mme Chen prive sa fille de l'exercice effectif de son droit à la libre circulation.

973. – Pour être de bon aloi, ce silence prudent n'en demeure pas moins difficile à masquer. Il force la Cour à développer des justifications alambiquées qui, loin de les dissimuler, soulignent davantage encore les non-dits qui pèsent sur son verdict. Les affaires *Grzelczyk* et *Trojani* nous offrent une excellente illustration de ce retour du refoulé. La Cour a beau distendre au maximum le lien entre la liberté de circulation et le principe d'égalité de traitement, elle ne parvient pas, en toute rigueur, à étendre la protection du droit communautaire à l'indigence de l'étudiant laborieux et du vagabond travailleur. Seuls des considérations téléologiques et des arguments d'autorité lui permettent de franchir le fossé devant lequel se cabre la logique. Qui ne voit cependant que ce « saut vers l'humanité » répond à des considérations étrangères aux canons du raisonnement juridique ? Sans doute la sollicitude et la compassion expliquent-elles mieux la solution retenue par les juges qu'une combinaison périlleuse des articles 12 et 18 CE. Cet élan d'humanisme eût toutefois pu être récupéré à l'avantage du droit si la Cour s'était autorisée à le formaliser et le généraliser. Las, paralysée devant tant d'audace, elle refuse de suivre les brisées de l'avocat général Jacobs dans l'affaire *Konstantinidis* et d'affirmer avec lui que, par principe, toute atteinte à un droit fondamental portée à un citoyen européen migrant intéresse le droit communautaire et que la dignité humaine fait bel et bien partie des droits reconnus par ce dernier.

C. Les effets de l'alliance

974. – Après avoir observé les alliances citoyennes d'un point de vue statique, il convient à présent d'en fournir une analyse plus dynamique. Dans cette perspective, l'on s'interrogera sur les effets qui résultent de l'invocation simultanée des impératifs de protection des droits de l'homme et de la nécessité de favoriser la libre circulation. Nous constaterons, à l'instar de ce que l'on a pu observer dans le cadre des alliances économiques, que ces coalitions entre les droits fondamentaux et la libre circulation contribuent à réduire l'autonomie des Etats membre. Les droits de l'homme font le jeu de l'intégration européenne, tantôt en complétant les injonctions de la libre circulation (§1^{er}), tantôt en les renforçant (§2), tantôt encore en en étendant le champ d'application (§3), et presque toujours en entraînant une extension des compétences de la Cour (§4).

975. – Cette section sera plus brève que la précédente, dès lors qu'elle se nourrit du même « matériau » et que les questions qu'elle met en lumière recoupent partiellement des réflexions exposées plus haut. Du reste, les propos qu'on y tient recèlent inévitablement une part d'arbitraire ou, à tout le moins, de subjectivité. Les juges et les avocats généraux s'attardent rarement sur la manière dont ils conçoivent les rapports entre droits fondamentaux et libre circulation, de telle sorte que toute tentative de classification implique un acte d'interprétation dans le chef de celui qui s'y risque.

§1^{er}. Complémentation de la libre circulation

976. – Les droits fondamentaux et les impératifs de libre circulation sont parfois considérés comme des balises complémentaires qui viennent, chacune selon sa logique et son champ d'action, borner l'autonomie des Etats membres. Ce rôle de « complémentation » assuré par les droits de l'homme apparaît en divers endroits dans la jurisprudence communautaire et dans les conclusions des avocats généraux.

977. – L'affaire *Akrich* examinée plus haut nous en fournit une bonne illustration. Loin de les combiner ou de les confondre, la Cour analyse tour à tour les arguments tirés de la libre circulation et des droits de l'homme. Cet examen différencié la conduit à poser un jugement qui ne l'est pas moins : d'une part, elle constate l'incapacité de la liberté de circulation à limiter le pouvoir des autorités britanniques de l'immigration, mais d'autre part, elle rappelle à celles-ci de prendre en compte le respect du droit à la vie familiale consacrée à l'article 8 CSDH. Les conclusions de l'AG Geelhoed semblent elles aussi postuler une complémentarité entre le bouclier des droits de l'homme et

l'assistance des libertés de circulation. Il estime ainsi que le refus d'octroyer un droit de séjour à M. Akrich doit être apprécié à la lumière d'une pondération des intérêts opposant d'une part, « l'intérêt que constitue une législation nationale sur l'immigration qui soit applicable et efficace » et d'autre part, « les intérêts individuels du couple Akrich ». Il poursuit en constatant que ces intérêts individuels « sont de deux ordres : - le droit d'une personne, telle que Mme Akrich, d'exercer sans entrave le droit à la libre circulation qu'elle tire du droit communautaire ; - le respect du droit à la vie familiale ». Enfin, se gardant bien de *cumuler* la force normative de ces deux intérêts, il examine *séparément* la proportionnalité de la décision des autorités anglaises au regard de la liberté de circulation d'abord, et des droits fondamentaux ensuite.

978. – Dans certains cas, la complémentarité des arguments semble faire écho à la complémentarité entre les juridictions. Il ne manque en effet pas de brillants esprits pour considérer que si le contentieux de la libre circulation relève indubitablement de la compétence de la Cour de justice, les griefs fondés sur la protection des droits de l'homme doivent autant que possible être examinés par le juge étatique lorsqu'ils touchent à une mesure nationale. On évoquera dans ce sens les conclusions rendues par l'AG Stix-Hackl dans les affaires *Carpenter* et *MRAX*. L'avocat général s'y prononce en détail sur la compatibilité des mesures en cause avec les règles de libre circulation. Concernant les droits fondamentaux en revanche, elle se fait nettement plus prudente, se limitant à fournir au juge national des directives qu'il lui incombera de transposer au cas de l'espèce. Après avoir expurgé le litige de sa composante proprement communautaire – les libertés de circulation et les mesures de droit dérivé qui en dérivent – l'avocat général laisse aux autorités nationales le soin d'évaluer, *in concreto*, la proportionnalité de la mesure au regard des droits fondamentaux¹¹⁷⁹.

979. – Dans l'affaire *Jia* précitée, l'avocat général Geelhoed rappellera que cette complémentarité entre juridictions s'impose *a fortiori* lorsque la situation en cause échappe à l'emprise du droit communautaire. Il considèrera à cet égard que les libertés de circulation ne bénéficient pas au ressortissant d'un pays tiers qui, quoique membre de la famille d'un travailleur migrant, ne séjourne pas légalement sur le territoire d'un Etat membre. Constatant l'inapplicabilité du droit communautaire, il en déduira que si les autorités nationales ont bel et bien le devoir de respecter l'article 8 CSDH, « (...) ce n'est pas en vertu du droit communautaire mais en leur qualité de signataire de la convention » (pt.73). Il s'estimera dès lors incompétent pour fournir au juge *a quo* des directives sur ce point.

980. – Pour finir, on épinglera le raisonnement en deux temps de l'AG Tizzano dans l'affaire *Chen*. L'avocat général observe d'abord que le refus d'accorder un permis de résidence à Mme Chen compromet l'effectivité du droit à la libre circulation dont jouit sa fille. Cette effectivité n'est toutefois pas inexistante, laisse-t-il entendre, dès lors que la petite Catherine pourrait être élevée sur le territoire britannique même en l'absence de sa mère. Pour autant, s'empresse-t-il d'ajouter, cet abandon forcé est contraire au droit au respect de la vie familiale. On aperçoit bien ici le rôle complémentaire des droits de l'homme, qui viennent définitivement colmater une brèche – très théorique, il est vrai – dans la protection offerte par les libertés de circulation.

§2. Renforcement de la libre circulation

981. – Les arguments tirés des droits de l'homme conjuguent parfois leur force normative à celle de la libre circulation. Les droits fondamentaux apparaissent alors comme des arguments *a fortiori*, des plus-values de droit qui, quelquefois, permettent de « faire la différence ».

982. – Cet effet renforçateur s'est fait déjà sentir, il y a plus de trente ans, sous la plume de l'avocat général Trabucchi dans l'affaire *Watson et Belmann* examinée précédemment. Après avoir rappelé que les Etats qui établissent des différences de traitement injustifiées entre leurs nationaux et les ressortissants d'autres Etats membres violent la libre circulation de ces derniers, l'avocat général

¹¹⁷⁹ Cf. les pts. 92-97 des conclusions dans l'affaire *MRAX* précitée, et le pt. V, A, 2, c), des conclusions dans l'affaire *Carpenter* précitée.

poursuit en affirmant – ayant à l’esprit le droit à la vie privée – : « Tel serait à *plus forte raison* le cas s’il fallait constater que l’action de l’Etat viole un droit fondamental de la personne humaine » (pt.5).

983. – Cet effet de renforcement n’est bien évidemment pas à sens unique. Certains avocats généraux semblent en effet considérer que la présence d’une entrave aux libertés de circulation doit entraîner un surcroît de sévérité au niveau des droits de l’homme – et une diminution corrélative de la marge d’appréciation des Etats. Dans l’affaire *Avello*, l’AG Jacobs rappelle ainsi que l’article 8 CSDH, tel qu’interprété par la Cour de Strasbourg, tolère des restrictions à la possibilité de changer de nom et laisse aux Etats membres une large marge d’appréciation dans ce domaine. Toutefois, continue-t-il, « (...) l’existence d’une large marge d’appréciation dans le contexte de ladite convention n’a pas, à notre avis, d’incidence directe sur la portée de la marge disponible dans le contexte différent de la citoyenneté européenne ». Dans le même sens, l’AG Stix-Hackl¹¹⁸⁰ estimera que les décisions d’expulsion de ressortissants communautaires doivent d’autant plus tenir compte du droit de ces derniers à la protection de la vie familiale que ces citoyens jouissent en principe d’un droit de séjour en vertu du droit communautaire :

« En effet, alors que la CEDH elle-même ne garantit pas un droit de séjour en tant que tel, le droit communautaire prévoit une série de facteurs de rattachement pour le droit de séjour. À l’encontre d’une protection renforcée des personnes bénéficiant d’un droit de séjour, le gouvernement allemand fait valoir que la CEDH s’oppose à un standard différent en matière de protection des droits fondamentaux. Cela n’est pas exact. On peut plutôt déduire de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme que l’expulsion de certains groupes de personnes, comme les immigrés de la deuxième génération ou les personnes qui bénéficient d’un titre de séjour illimité, est soumise à des critères particulièrement stricts » (pt.151).

984. – Si certains avocats généraux semblent plutôt favorables à l’effet de renforcement, il n’en va pas différemment de la Cour de justice. Dans l’affaire *Orfanopoulos*, elle rappelle aux autorités nationales que l’opération de mise en balance des intérêts qui précède toute décision d’expulsion doit tenir compte aussi bien « du caractère fondamental du principe de la libre circulation des personnes » que du droit au respect de la vie familiale (pts.97-98). La Cour adoptera un raisonnement similaire – mais en des termes moins explicites – dans ses arrêts *Commission c. Espagne*¹¹⁸¹ et *Commission c. Allemagne*¹¹⁸².

985. – L’affaire *MRAX* nous enseigne quant à elle que la combinaison entre libre circulation et droits de l’homme peut avoir des retombées bien concrètes. La Cour y déclare que la liberté de circulation – telle que mise en œuvre par les directives 68/360 et 73/148 – oblige les Etats membres à accorder aux ressortissants d’Etats tiers, membres de la famille d’un travailleur migrant, « toutes facilités pour obtenir les visas qui leur seraient nécessaires ». À elle seule toutefois, la libre circulation n’interdit pas formellement aux Etats de refouler de telles personnes lorsqu’elles ne sont pas en possession d’un visa en règle. La Cour poursuit néanmoins en affirmant que « [c]ompte tenu de l’importance que le législateur communautaire a attachée à la protection de la vie familiale (...), le refoulement est, en tout état de cause, disproportionné et, partant, interdit si le ressortissant d’un pays tiers, conjoint d’un ressortissant d’un Etat membre, est en mesure de prouver son identité ainsi que le lien conjugal et s’il n’existe pas d’éléments de nature à établir qu’il représente un danger pour l’ordre public, la sécurité

¹¹⁸⁰ Conclusions dans l’affaire C-441/02 *Commission c. Allemagne*, précitée.

¹¹⁸¹ Affaire précitée, pts 45-48 : « La Cour a, pour sa part, toujours souligné que l’exception d’ordre public constitue une dérogation au principe fondamental de la libre circulation des personnes, devant être entendue strictement et dont la portée ne saurait être déterminée unilatéralement par les Etats membres. (...) Il convient de souligner que, dans le cas d’un ressortissant d’un Etat tiers, conjoint d’un ressortissant d’un Etat membre, cette interprétation stricte de la notion d’ordre public permet également de protéger le droit de ce dernier au respect de sa vie familiale au sens de l’article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 (...). Dans ces conditions, force est de constater que la notion d’ordre public au sens de l’article 2 de la directive 64/221 ne correspond pas à celle de l’article 96 de la CAAS ».

¹¹⁸² Affaire précitée, pt.103 (position de la Commission) et pts 107-109 (position moins explicite de la Cour).

publique ou la santé publique au sens des articles 10 de la directive 68/360 et 8 de la directive 73/148 » (pt.61 ; nous soulignons).

986. – Pour finir, on notera que lorsqu'elle interprète un règlement communautaire « à la lumière » de la protection des droits de l'homme, la Cour consacre bien souvent un effet de renforcement. Les affaires *Rutili*¹¹⁸³ et *Baumbast*¹¹⁸⁴ illustrent clairement ce phénomène. Si les règlements 64/221 et 1612/68 accordent une large protection aux titulaires de la libre circulation des travailleurs, certaines de leurs dispositions contiennent néanmoins une part d'indétermination. Dès lors, seule une interprétation de ces dispositions « à la lumière » des droits fondamentaux permet à la Cour d'en fournir une lecture généreuse et, dans la foulée, d'interdire à un Etat de bannir un ressortissant européen d'une partie de son territoire (*Rutili*) ou de refuser à l'enfant d'un ancien travailleur communautaire d'y terminer ses études (*Baumbast*).

§3. *Extension de la libre circulation*

987. – Les alliances citoyennes ont souvent pour effet d'étendre le champ d'application des libertés de circulation. Dicté par l'invocation des droits fondamentaux, ce processus d'extension peut prendre deux formes différentes : tantôt il répond à un effet d'entraînement (a), tantôt il s'opère à travers l'humanisation de la libre circulation (b).

a) L'effet d'entraînement

988. – Nous avons déjà pu observer que le respect des droits de l'homme est souvent perçu comme une condition nécessaire à l'exercice effectif de la liberté de circulation. Le titulaire de celle-ci se trouve en effet moins enclin à en faire usage dès lors que se dresse devant lui la perspective d'une atteinte à l'un de ses droits fondamentaux. Nul ne contestera qu'une telle approche des rapports entre droits de l'homme et libertés de circulation, qui veut que la violation des premiers constitue une entrave à l'exercice des secondes, alimente une interprétation extensive des libertés consacrées dans le traité. Il s'en faut toutefois de beaucoup que cette extension se manifeste toujours dans des proportions égales. Selon qu'il répond à une véritable nécessité ou qu'il procède d'une pétition de principe, l'effet d'entraînement exercé par les droits fondamentaux n'aura pas le même impact sur le champ d'application de la libre circulation.

989. – Les affaires *Chen*¹¹⁸⁵ et *R*¹¹⁸⁶ illustrent des situations dans lesquelles le rapport entre l'atteinte au droit fondamental et l'exercice de la libre circulation est à ce point évident qu'il n'implique guère d'extension du champ d'application des libertés communautaires. Le refus d'octroyer un droit de séjour aux parents d'un citoyen communautaire en bas âge constitue un obstacle à la libre circulation de celui-ci, *indépendamment* du fait qu'il emporte en outre une violation de son droit à la vie familiale. On se trouve ici à la frontière entre les alliances contingentes et nécessaires : la présence d'une atteinte à un droit fondamental renforce incontestablement le constat d'une entrave à la liberté de circulation, mais elle ne lui est pas pour autant indispensable. Rappelons à cet égard que la Cour de justice n'a pas cru nécessaire de mentionner une violation de l'article 8 CSDH dans son arrêt *Chen*.

990. – D'autres affaires mettent en scène des effets d'entraînement plus tangibles, qui tablent sur l'effet dissuasif que peut exercer, sur le citoyen européen candidat à l'émigration, la perspective d'une atteinte à ses droits fondamentaux. Les droits de l'homme apparaissent ici comme les vecteurs d'une

¹¹⁸³ Cf. *supra*, n°133.

¹¹⁸⁴ Cf. *supra*, n°927-928, spéc. pt.72.

¹¹⁸⁵ Cf. *supra*, n°929.

¹¹⁸⁶ Affaire *R et Baumbast* précitée, n°927-928.

extension du champ d'application des libertés de circulation. À la faveur de l'argument tiré de la dissuasion, celles-ci se dressent contre des atteintes aux droits fondamentaux qui n'ont pas de lien direct avec l'exercice concret de la libre circulation. Le meilleur exemple en est sans doute l'arrêt *Avello*¹¹⁸⁷, dans lequel une inégalité de traitement en matière de transmission du nom patronymique est considérée comme une atteinte à la liberté de circulation d'un ressortissant espagnol. On épinglera également les arrêts *MRAX*¹¹⁸⁸, *Commission c. Espagne*¹¹⁸⁹ et *Carpenter*¹¹⁹⁰, qui permirent à la Cour de rappeler que la protection de la vie familiale d'un travailleur migrant conditionne l'exercice effectif de sa liberté de circulation.

991. – Enfin, l'effet d'entraînement prend parfois la forme d'une « profession de foi performative », qui entend établir un lien de principe entre droits fondamentaux et libre circulation rien qu'en proclamant l'existence. Ce sont bien évidemment les alliances volontaires scellées par l'AG Jacobs dans les affaires *Konstantinidis* et *Niebuhl* que l'on a ici à l'esprit, et qui mettent en jeu rien de moins qu'une révolution copernicienne. Le citoyen européen se trouve désormais au centre de l'ordre juridique communautaire et peut se prévaloir, dans quelque Etat membre qu'il se rende, du respect inconditionnel d'un socle commun de droits fondamentaux. La méconnaissance de ces droits entraîne immédiatement et par principe une violation de la liberté de circuler.

992. – La Cour de justice ne s'est jamais résolue à franchir ce Rubicon¹¹⁹¹. Elle n'en est pourtant plus très éloignée. D'une part, l'affaire *Avello* nous montre que les juges du Kirchberg sont disposés à exploiter toute l'élasticité de l'effet de dissuasion des droits de l'homme. On ne saurait nier qu'en tirant ainsi sur la corde de l'effectivité, la Cour se rapproche *de facto* fortement des thèses de l'AG Jacobs. D'autre part, la jurisprudence semble désormais accepter qu'une entrave *non discriminatoire* à la libre circulation d'un citoyen européen suffise à porter atteinte à l'article 18 CE¹¹⁹². Cet alignement¹¹⁹³ sur le régime des quatre libertés « classiques » représente un pas important dans la direction indiquée par l'AG Jacobs, dès lors qu'il permet d'étendre la portée de la libre circulation aux atteintes non discriminatoires aux droits fondamentaux des citoyens européens. Enfin, on a déjà tenté de montrer que certaines décisions dissimulent des alliances implicites sans doute trop généreuses pour être assumées en plein jour. Et que derrière les silences des arrêts *Grzelczyk* et *Trojani*, la Cour accomplit un « saut vers l'humanité » que n'aurait pas désavoué l'avocat général Jacobs.

b) L'effet d'humanisation

993. – Nous avons évoqué plus haut l'origine « droit-de-l'hommesque » de la libre circulation des personnes¹¹⁹⁴. Attribut essentiel de la citoyenneté européenne, expression juridique de la liberté d'aller et de venir, prérogative partiellement découplée du statut économique de ses destinataires, elle n'est sans conteste pas étrangère à la logique des droits fondamentaux. Cette proximité a conduit la Cour et les avocats généraux à user plus facilement de la notion de droit fondamental à l'endroit de la liberté consacrée à l'article 18 CE que pour désigner les quatre libertés traditionnelles.

¹¹⁸⁷ Cf. *supra*, n°945, 960.

¹¹⁸⁸ Cf. *supra*, n°930.

¹¹⁸⁹ Cf. *supra*, n°930.

¹¹⁹⁰ Cf. *supra*, n°925-926.

¹¹⁹¹ Cf. C-177/94. *Procédure pénale c. Gianfranco Perfili*, 1^{er} février 1996, *Rec.*, 1996, p.I-161. Dans le même sens, cf. les conclusions de l'AG Geelhoed dans l'affaire *Jia* précitée, pts.73 et 91.

¹¹⁹² Pour des entraves résultant de discriminations indirectes, cf.e.a. les affaires *Pusa* et *Schempp* précitées. Pour des entraves résultant de mesures totalement non discriminatoires (sur le plan de la nationalité), cf. C-406/04 *De Cuyper*, 18 juillet 2006, *Rec.*, 2006, p.I-6947, et C-192/05 *K. Tas-Hagen*, 26 octobre 2006, précité. Cf. également les plaidoyers en ce sens dans les conclusions des AG Jacobs (dans l'affaire *Pusa* précitée, pts.16 et s.) et Kokott (dans l'affaire *K. Tas-Hagen* précitée, ainsi que dans le texte d'une conférence présentée au Durham European Law Institute, intitulée « EU citizenship – citoyens sans frontières ? », p.8-9, disponible sur www.dur.ac.uk/resources/deli/annuallecture/2005_DELI_Lecture.pdf).

¹¹⁹³ En fait d'alignement, on assiste en réalité quasiment à un chassé-croisé, à l'heure où la Cour paraît de plus en plus encline à limiter le champ d'application des « quatre libertés » aux mesures discriminatoires *de iure* ou *de facto*.

¹¹⁹⁴ Cf. *supra*, n°907 et s.

994. – Les effets juridiques qui découlent de cette « labellisation » sont cependant les mêmes que ceux que l'on a pu observer dans le cadre des alliances économiques¹¹⁹⁵. Difficilement démontrable, le pouvoir des mots sur le statut juridique des concepts qu'ils désignent n'en demeure pas moins décelable en divers endroits de la jurisprudence de la Cour. En l'occurrence, il apparaît que l'assimilation de la libre circulation des personnes à un droit fondamental tend à entraîner – ou à justifier – une *extension* de celle-ci par le biais d'une *humanisation* des limites qui l'enserrent.

995. – À l'appui de ce constat – ou, plus prudemment, de cette hypothèse –, on rappellera les propos tenus par la Cour dans les affaires *Chen*¹¹⁹⁶ et *Commission c. Belgique*¹¹⁹⁷. En l'espèce, la Cour de justice était interrogée sur la portée exacte de dispositions de droit dérivé qui subordonnaient la libre circulation des citoyens économiquement inactifs à la « condition qu'ils disposent, pour eux-mêmes et pour les membres de leurs familles, (...) de ressources suffisantes pour éviter qu'ils ne deviennent, pendant leur séjour, une charge pour l'assistance sociale de l'Etat membre d'accueil »¹¹⁹⁸. Certains Etats considéraient que cette condition devait s'interpréter comme couvrant les seules ressources dont le candidat à la libre circulation bénéficiait en propre, à l'exclusion de celles qu'il dérivait de ses liens familiaux.

996. – Si elle n'était pas dénuée de tout fondement, cette lecture fut rejetée par la Cour de justice. Celle-ci rappela d'abord que « le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des Etats membres » et qu'il confère directement à ces ressortissants le droit de séjourner sur l'ensemble du territoire de l'Union. Elle estima dans la foulée que l'interprétation suggérée par certains Etats ajouterait à la condition relative au caractère suffisant des ressources « une exigence relative à la provenance des ressources qui constituerait une *ingérence disproportionnée dans l'exercice du droit fondamental de libre circulation et de séjour garanti par l'article 18 CE*, en ce qu'elle n'est pas nécessaire à l'objectif poursuivi, à savoir la protection des finances publiques des Etats membres »¹¹⁹⁹.

997. – Ce processus d'humanisation des limites imposées à la libre circulation des citoyens est également apparu lors de l'affaire *Baumbast*. En l'occurrence, la Cour était appelée à interpréter la portée de la seconde condition imposée aux citoyens économiquement inactifs désireux d'exercer leur liberté de circulation, à savoir l'obligation de disposer, pour soi et pour les membres de sa famille, d'une assurance-maladie couvrant l'ensemble des risques dans l'Etat membre d'accueil. M. Baumbast et sa famille avaient fait l'objet d'une décision d'expulsion du Royaume-Uni parce qu'ils ne remplissaient pas cette condition. M. Baumbast possédait bien une assurance-maladie complète, mais celle-ci était valable uniquement pour les soins dispensés en Allemagne – son pays d'origine. Partant, lui et sa famille n'étaient pas couverts en cas d'accident ou de maladie subite exigeant des soins immédiats dans leur pays d'accueil.

998. – Dans ses conclusions, l'avocat général Geelhoed considéra que l'article 18 CE garantissait le « droit fondamental » du citoyen européen « de circuler et de séjourner sur le territoire de l'Union européenne ». Il poursuivit en expliquant que non seulement ce droit existait indépendamment des modalités d'exécution inscrites dans le droit dérivé, mais qu'en outre, ces modalités d'exécution ne pouvaient en aucun cas le « vider de son contenu matériel ». En soutien de cette position, il rappela que le droit de circuler et de résider librement sur le territoire de l'Union est consacré dans la Charte des droits fondamentaux, laquelle interdit toute limitation qui ne respecte pas le « contenu essentiel » de ce droit ou qui méconnaît le principe de proportionnalité. L'avocat général en conclut qu'eu égard aux circonstances propres de l'espèce – M. Baumbast travaillait en dehors de l'Union européenne et disposait de ressources suffisantes –, la condition relative à l'assurance-maladie ne pouvait suffire à dénier à M. Baumbast et à sa famille le droit de résider au Royaume-Uni¹²⁰⁰.

¹¹⁹⁵ Cf. *supra*, n°886 et s.

¹¹⁹⁶ Cf. *supra*, n°929, 972, 980, 989.

¹¹⁹⁷ Affaire précitée, n°833.

¹¹⁹⁸ Directive 90/364, article 1^{er}. *Adde, mutatis mutandis*, directive 93/96, art.1^{er}, et directive 90/365, art.1^{er}.

¹¹⁹⁹ Cf. les pts. 25, 26 et 33 de l'arrêt *Chen*, et le pt.41 de l'arrêt *Commission c. Belgique*. Nous soulignons.

¹²⁰⁰ Pts.105 à 122 des conclusions présentées dans l'affaire *Baumbast* précitée.

999. – Sans adopter explicitement le langage des droits fondamentaux, la Cour suivit pleinement son avocat général. Elle considéra ainsi que l'application des conditions assorties à l'exercice de la libre circulation « (...) doit être faite dans le respect des limites imposées par le droit communautaire et conformément aux principes généraux de ce droit, notamment, le principe de proportionnalité. (...) Dans ces conditions, le refus à M. Baumbast de l'exercice du droit de séjour qui lui est conféré par l'article 18, §1^{er}, CE (...) au motif que l'assurance-maladie dont il dispose ne couvre pas les soins urgents administrés dans l'Etat membre d'accueil constituerait une ingérence disproportionnée dans l'exercice du droit » (pts.91 et 93).

1000. – Incontestablement, cette tendance à l'humanisation ne nous mène pas très loin de l'approche défendue par l'AG Jacobs dans *Konstantinidis* ni du « saut vers l'humanité » que nous avons cru apercevoir dans *Trojani* et *Grzelczyk*. Du reste, on relèvera avec M. Dougan et E. Spaventa¹²⁰¹ que les principes généraux du droit communautaire auxquels se réfère la Cour dans l'affaire *Baumbast* englobent non seulement le principe de proportionnalité, mais également la protection des droits fondamentaux.

1001. – Pour finir, notons que d'autres avocats généraux ont eu recours au langage des droits fondamentaux pour justifier une interprétation extensive de l'article 18 CE. Ainsi en est-il de l'AG Cosmas qui, dans l'affaire *Wijsenbeek*¹²⁰², a tenu à distinguer le statut juridique de cette disposition de celui attaché aux libertés de circulation classiques. Il a ainsi considéré que « (...) constituant un but en soi et étant inhérente à la qualité de citoyen européen, et non pas simple paramètre du marché commun, la libre circulation [des citoyens] ne possède pas seulement un champ d'application réglementaire différent. Elle diffère également – et principalement – quant à la *nature* des droits qu'elle confère aux justiciables et quant à l'*étendue* que doivent lui assurer les principes communautaires et nationaux » (pt.86). L'avocat général en conclura que l'obligation de présenter un passeport ou une carte d'identité lors du passage d'une frontière intracommunautaire est susceptible de porter atteinte à la libre circulation des citoyens européens.

1002. – De même l'AG Jarabo-Colomer considérera-t-il dans l'affaire *Baldinger*¹²⁰³ qu'une discrimination qui n'affecte pas directement l'exercice des libertés de circulation et qui ne concerne pas un domaine traditionnel d'application du traité CE tombe néanmoins sous le coup de l'article 18 CE dès lors qu'elle affecte un citoyen européen qui a fait usage de sa liberté de circulation. Il justifiera cette extension du champ d'application de la libre circulation par le fait que la création de la citoyenneté européenne « (...) dissocie cette liberté de circuler de ses éléments fonctionnels ou instrumentaux (puisqu'elle n'est plus liée à l'exercice d'une activité économique ou à la mise en place du marché intérieur) et (...) élève ce droit au rang de droit propre et indépendant, inhérent au statut politique des citoyens de l'Union. Cette modification qualitative est illustrée par le fait que la liberté de circulation et de séjour entendue dans un sens autonome, a été incluse dans (...) la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne » (pt.25).

§4. *Extension de la compétence de la Cour à l'égard des droits fondamentaux*

1003. – Dans la section précédente, nous avons observé que la présence même d'alliances économiques au cœur de la jurisprudence communautaire n'était pas sans incidence sur l'étendue des compétences de la Cour de justice en matière de droits fondamentaux. On ne peut que réitérer ici les réflexions que l'on formulait alors. À l'instar des alliances économiques, les alliances citoyennes contribuent à asseoir la légitimité de l'intervention de la Cour dans des affaires concernant la protection des droits de l'homme.

¹²⁰¹ M. DOUGAN, E. SPAVENTA, « Educating Rudy and the (non-)English Patient : A Double Bill on Residency Rights under Article 18 EC », *E.L.R.* 2003, p.699-712, spéc. p.710-711.

¹²⁰² C-378/97 *Wijsenbeek*, 21 septembre 1999, *Rec.* 1999, p.I-6207.

¹²⁰³ Cf. *supra*, n°963.

1004. – D’une part, on répétera que toute alliance entre un droit fondamental et une liberté de circulation repose sur le postulat que la Cour de justice est habilitée à statuer sur les atteintes aux droits de l’homme causées par des mesures nationales. Nul besoin, pour autant, de rappeler le caractère largement contrefactuel de semblable prémisse, qui ne s’autorise actuellement d’aucune disposition de droit primaire. Et si la compétence de la Cour n’est plus guère contestable à l’égard des réglementations étatiques qui exécutent ou mettent en œuvre une mesure de droit dérivé, il n’en va pas nécessairement de même des situations dans lesquelles seule une règle de droit primaire – une liberté de circulation – permet de faire le lien entre l’ordre juridique communautaire et la législation nationale querellée. Nous renvoyons à cet égard aux observations formulées dans la section précédente¹²⁰⁴.

1005. – D’autre part, il n’est guère douteux que lorsqu’ils *complètent* et *renforcent* les libertés de circulation, les droits de l’homme contribuent à réduire l’autonomie des Etats membres. On notera cependant que cette limitation de la liberté des Etats n’opère pas ici au bénéfice d’un marché dérégulé et de ses agents économiques, mais qu’elle œuvre bien plutôt à l’avènement d’un espace de liberté sans frontières au centre duquel se trouve le citoyen européen. Soulignons encore que cet encadrement de l’autonomie nationale s’étend bien souvent aux organes judiciaires, liés par la réponse détaillée de la Cour de justice aux questions relatives au respect des droits de l’homme.

1006. – Enfin, on constatera que les alliances citoyennes apportent du crédit à l’approche « gradualiste » de la question de l’étendue des compétences de la Cour de justice en matière de droits de l’homme¹²⁰⁵. Au même titre que les alliances économiques, elles laissent penser que la légitimité de l’intervention du juge communautaire dans ce domaine n’est pas sans rapport avec l’intensité du lien qui, dans chaque cas concret, unit les droits fondamentaux aux libertés de circulation. L’élasticité des alliances « nécessaires » et l’artificialité des alliances « volontaires » et « de voisinage » mettent toutefois en lumière les limites d’une telle approche, qui peut conduire à reconnaître la compétence de la Cour dans toutes les affaires mettant en cause les droits fondamentaux d’un citoyen européen.

1007. – L’examen de la jurisprudence nous révèle que cette lente progression des juges communautaires au sein du pré carré des Etats membres est déjà bien engagée. Elle emprunte actuellement deux voies préalablement balisées par l’avocat général Jacobs. La première, la moins ambitieuse, trouve son origine dans les conclusions précédant l’arrêt *Bickel et Franz* et prend appui sur une lecture audacieuse de l’article 12 CE. Elle établit la compétence de la Cour de justice pour connaître de toutes les atteintes portées au principe de non-discrimination en raison de la nationalité, dès lors que ces atteintes concernent des ressortissants communautaires. Le statut de citoyen européen dont jouissent les victimes de ces discriminations suffit à établir un lien de rattachement avec l’ordre juridique communautaire. La seconde ligne de pénétration est encore plus directe. Inaugurée par l’AG Jacobs dans l’affaire *Konstantinidis*, renforcée par l’adoption de l’article 18 CE, elle consacre la compétence de la Cour à l’égard de toute violation des droits fondamentaux des citoyens européens. Cette position proprement révolutionnaire repose sur l’idée que les citoyens européens partagent une communauté de droits, et qu’ils sont fondés à attendre de chaque Etat membre qu’il respecte le socle commun de valeurs fondamentales qui se trouve au principe de la construction européenne¹²⁰⁶.

¹²⁰⁴ Cf. *supra*, n°861 et s.

¹²⁰⁵ Cf. *supra*, n°894-895.

¹²⁰⁶ À l’inverse de la première, cette seconde voie semble exiger un mouvement d’un Etat membre à l’autre, soit dans le chef de la victime de l’atteinte, soit dans le chef d’un proche parent. En ce sens, l’atteinte au droit fondamental est analysée comme une entrave à la liberté de circulation. Ce « détour » par la liberté de circulation demeure bien souvent artificiel, même dans le cadre des alliances nécessaires. En témoigne par exemple l’arrêt *Carpenter*, dans lequel la Cour considère que l’expulsion de Mme Carpenter constitue une violation du droit à la vie privée de M. Carpenter, laquelle compromet l’effectivité du droit de ce dernier à la libre prestation des services. La suite de l’arrêt confirme l’artificialité de la référence à la liberté de circulation, qui répond au seul souci d’établir la compétence de la Cour. Celle-ci omet en effet de prendre en compte la libre prestation des services dans l’opération de pondération des intérêts, se limitant à mettre en balance le droit à la vie familiale du ménage Carpenter d’un côté, et les intérêts nationaux de l’autre. La « première voie » identifiée plus haut, fondée sur l’article 12 CE, semble attacher moins d’importance à l’exercice effectif de la libre circulation : ainsi l’exemple imaginé par l’AG Jacobs dans l’affaire *Bickel* impliquait-il un ressortissant qui n’avait pas exercé son droit à la libre circulation. Attention cependant : même cette première voie ne conduit pas à octroyer à la Cour une compétence générale à l’égard des situations purement internes. Le lien avec l’ordre juridique communautaire continue d’être assuré par – au moins

1008. – On s'étonnera de ce que cette double progression, si elle n'a pu faire l'économie de certaines alliances implicites, s'est généralement opérée en plein jour, et sans guère rencontrer de résistance. S'il s'avère exact, ce constat apporte un démenti à notre hypothèse selon laquelle la légitimité de l'intervention de la Cour dans le domaine des droits de l'homme se mesure à l'intensité des alliances qu'elle examine. Il semble démontrer que peut-être davantage que ses *modalités*, c'est la *finalité* de l'intervention du juge communautaire qui conditionne son bien-fondé. En ce sens, on conviendra que les excès de compétence¹²⁰⁷ « passent mieux » lorsqu'ils sont dictés par un « saut vers l'humanité » que par les pressions du grand marché.

1009. – Enfin, qu'il nous soit permis d'observer que ces deux voies de pénétration pourraient être amenées à se combiner dans un futur proche, sous l'impulsion de la jurisprudence de la CEDH. Celle-ci assimile aujourd'hui les prestations sociales – contributives et non-contributives – à des « biens » au sens de l'article 1^{er} du Protocole additionnel à la CSDH. Pareille extension du champ d'application *ratione materiae* du droit à la propriété entraîne une extension parallèle de la protection offerte par le principe de non-discrimination. Enoncé à l'article 14 CSDH, celui-ci s'oppose exclusivement aux différences de traitement qui touchent à l'exercice d'un *droit fondamental*. Cette double extension permet désormais à la CEDH de connaître des discriminations qui concernent l'octroi de prestations sociales. Dans une affaire *Koua Poirrez c. France*, elle a ainsi jugé qu'en refusant d'accorder une allocation pour handicapés à un ressortissant ivoirien en raison de sa nationalité, les autorités françaises avaient violé l'article 14 CSDH combiné avec l'article 1^{er} du Protocole additionnel¹²⁰⁸.

1010. – Ces développements jurisprudentiels pourraient avoir une influence sur la position de la CJCE, d'ordinaire prompt à suivre les enseignements de la CEDH. La jurisprudence strasbourgeoise offre ici aux juges de Luxembourg un moyen de clarifier leur interprétation de l'article 12 CE tout en s'engageant, à pas prudents, dans la direction suggérée par l'AG Jacobs dans *Konstantinidis*. En s'inspirant de la CEDH, la Cour de justice pourrait en effet considérer que l'article 12 CE *combiné avec le respect du droit à la propriété* – principe général du droit communautaire énoncé à l'article 17 de la Charte – s'oppose *prima facie* à toute discrimination fondée sur la nationalité qui concerne l'octroi d'une prestation sociale à un citoyen européen. Le rattachement avec l'ordre juridique communautaire serait ainsi assuré par la combinaison de *deux* droits fondamentaux, dont l'un – l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité – revêt une importance particulière dans une organisation animée d'une dynamique centripète. Nous reviendrons sur le bien-fondé de cette solution jurisprudentielle dans la troisième partie de cette étude.

*

* *

– l'un des deux critères suivants : soit la discrimination est infligée par un Etat membre étranger (cf. l'exemple imaginé par l'AG Jacobs), soit la victime de la discrimination a exercé son droit à la libre circulation (cf. *D'Hoop*). On conviendra avec C. Jacqueson que cette extension du champ d'application de l'article 12 CE a pour effet d'accroître le nombre de situations de discrimination à rebours, résultant de l'inapplicabilité du droit communautaire aux situations purement internes. On peut se demander avec l'auteur si cette conséquence n'amènera pas la Cour à revoir sa jurisprudence relative aux situations purement internes à la lumière de la notion de citoyenneté européenne (« Union Citizenship and the Court of Justice: Something new under the Sun? Towards Social Citizenship », *E.L.R.*, 2002, p.260-281, spéc. p.278-281).

¹²⁰⁷ Cette expression ne préjuge pas de notre propre position sur la question, qui est exposée *infra*, n°1432 et s.

¹²⁰⁸ Arrêt du 30 septembre 2003. Dans le même sens, cf. l'arrêt *Gaygusuz c. Autriche* du 16 septembre 1996. Cf. S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme – Trois années de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 2002-2004*, vol.2, coll. les dossiers du Journal des tribunaux, 2005, p.141. Sur les rapports entre cette jurisprudence et la jurisprudence de la CJCE, cf. E. GUILD, « Citizenship and Fundamental Rights », in J-Y. CARLIER, E. GUILD (dir.), *L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'U.E.*, 2006, p.45-63 ; H. VERSCHUEREN, « EC Social Security Coordination Excluding Third Country Nationals: Still in Line with Fundamental Rights after the Gaygusuz Judgment? », *C.M.L.R.*, 1997, vol.34, p.991-1017 ; L'affaire *Koua Poirrez* avait préalablement été portée devant la CJCE qui, constatant qu'il s'agissait d'une situation purement interne, avait conclu à l'inapplicabilité du droit communautaire (C-206/91 *Koua Poirrez*, 16 décembre 1992, *Rec.*, 1992, p.I-6685). Sur tout ceci, cf. J. CALLEWAERT, « Paris, Luxembourg, Strasbourg: trois juges, une discrimination », *R.T.D.H.*, 2005, p.159-169.

1011. – Cette section nous a permis de découvrir une autre facette de l'intégration européenne. Le marchand cède au citoyen sa place au centre du système communautaire. Les alliances entre droits fondamentaux et libertés de circulation ont ici vocation à protéger la personne humaine en tant que telle, à préserver son environnement familial et affectif, à aplanir autant que possible les difficultés que suscite toute entreprise d'émigration vers des territoires inconnus. L'Europe, donc, se rapproche de ses citoyens.

1012. – Ce rapprochement ne se fait cependant pas sans heurts. Les élans humanistes de la Cour de justice s'accommodent mal des limites imposées à sa compétence par les « maîtres des traités ». Cette difficulté à concilier le rêve d'une Europe des citoyens et des droits de l'homme avec des impératifs d'ordre institutionnel se laisse observer dans le flou qui nimbe l'étendue de la compétence de la Cour dans le domaine des droits fondamentaux. De nombreux arrêts se dégagent l'image d'une Cour tiraillée entre le souci de protéger les droits de « ses » citoyens et le besoin de trouver un lien de rattachement avec le droit communautaire. En résulte une jurisprudence éminemment casuistique, tissée de raisonnements hétérodoxes, construite par à-coups et sans vue d'ensemble¹²⁰⁹.

1013. – Cette dynamique « anthropocentrique » se heurte également à des problèmes matériels, dont il a peu été question jusqu'ici. Rappelons à cet égard l'appel de la Cour dans l'arrêt *Grzelczyk* à « une certaine solidarité financière » entre les citoyens européens. Nul doute que cet idéal de fraternité sous-tend à la fois la notion de citoyenneté européenne et la logique des droits de l'homme. Il n'en demeure pas moins particulièrement délicat à mettre en œuvre en l'absence d'une véritable politique communautaire en matière de sécurité sociale. Un tel précepte permet certes de « rectifier le tir » dans des situations d'injustice flagrante, mais il ne saurait à lui seul pallier l'incurie des négociateurs des traités. La Cour de justice l'a du reste bien compris, qui accepte que les autorités nationales soumettent l'octroi de certaines prestations sociales à la condition que leur bénéficiaire démontre un lien de rattachement suffisant avec l'Etat d'accueil¹²¹⁰. Cependant, entraînée par sa propre générosité, la Cour se trouve désormais acculée par les juridictions nationales, pressée d'apporter des précisions à sa jurisprudence antérieure, forcée de rentrer dans le concret des cas et de chiffrer la « certaine » solidarité financière. Nommée calife à la place du calife, elle rend des décisions en porte-à-faux avec les prescrits d'un législateur qui éprouve quelque peine à suivre le rythme¹²¹¹.

1014. – Ces considérations critiques ne sauraient pour autant conduire à jeter le discrédit sur ces nouvelles tendances jurisprudentielles. Nul doute qu'en cherchant à placer le citoyen au centre du système juridique communautaire, la Cour de justice poursuit un objectif à la fois louable et indispensable à la survie du projet européen. Et l'on se réjouira de ce que l'activisme si souvent décrié des juges du Kirchberg se mette au service d'un projet qui dépasse les limites de l'intégration économique. On ne peut toutefois s'empêcher de penser que ces élans de générosité gagneraient à être disciplinés, coulés dans des règles générales et abstraites, à être, en un mot, reconquis par le droit. Il y

¹²⁰⁹ « The most remarkable feature of the Court's reasoning is the absence of a convincing methodology. Even if in secondary legislation there are clear rules for the exclusion of a specific type of social benefit, the Court has little scruple to attribute to Community law a different meaning than would follow from an interpretation on the basis of an objective wording of the provision, its context and purpose. Union citizenship and the principle of proportionality are used to promote what rather looks like a postulate of migration policy than as an interpretation of relevant primary and secondary law » (K. HAILBRONNER, « Union Citizenship and Social Rights », in J-Y. CARLIER, E. GUILD (dir.), *op. cit.*, p.75).

¹²¹⁰ Cf.e.a. les arrêts *Collins* et *Bidar* précités. Sur ce point, cf. l'opinion de C. Barnard, selon laquelle la jurisprudence de la Cour sur ce point traduit une « quantitative approach to equality » (C. BARNARD, Comment on *R (on the application of Dany Bidar) v. London Borough of Ealing, C.M.L.R.*, 2005, vol.42, p.1465-1489, spéc. p.1478 et s.), qui n'est pas de mise lorsque le citoyen est considéré comme un acteur économique – en ce compris comme un destinataire de services (cf. ID., « EU Citizenship and the Principle of Solidarity », in M. DOUGAN, E. SPAVENTA. (eds.), *Social Welfare and EU Law*, 2005, p.157-180). Cette opinion se trouve confortée par la jurisprudence relative aux travailleurs frontaliers, à l'égard desquels la Cour a répété que l'octroi d'un avantage social ne pouvait être subordonné à une condition de résidence : cf. e.a. C-57/96 *Meints*, 27 novembre 1997, *Rec.*, 1997, p.I-6689 ; C-337/97 *Meeusen*, 8 juin 1999, *Rec.*, 1999, p.I-3289. Cf. toutefois la position nettement plus restrictive adoptée par l'AG Geelhoed dans ses conclusions du 28 septembre 2006 relatives aux affaires C-212/05 *Hartmann*, et C-213/05 *Geven*, non encore publiées au Recueil.

¹²¹¹ Cf. l'opposition frontale entre l'arrêt *Bidar*, qui étend la portée de l'article 12 CE à des aides d'entretien pour les étudiants, et l'article 24 de la directive 2004/38, qui exclut de telles aides du champ d'application du principe d'égalité de traitement.

va de la crédibilité de la Cour et de la sauvegarde d'un minimum de sécurité juridique. Ces réflexions nous serviront de guide dans la troisième partie de cette étude.

Section 3. Alliances institutionnelles – les droits de l'homme en point de mire du marché

« [A]ucune disposition du traité ne confère aux institutions communautaires, de manière générale, le pouvoir d'édicter des règles en matière de droits de l'homme »¹²¹²

« Interpréter [l'article 95 CE] en ce sens qu'il donnerait au législateur communautaire une compétence générale pour réglementer le marché intérieur serait (...) incompatible avec le principe (...) selon lequel les compétences de la Communauté sont des compétences d'attribution »¹²¹³.

A. Les antécédents de l'alliance

1015. – Comme l'indique l'article 5, alinéa 1^{er}, du traité CE, « [l]a Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent traité ». Que la Communauté jouisse seulement d'une compétence d'attribution, nul ne s'en émouvra. Dans un ordre juridique qui repose exclusivement sur le bon vouloir souverain des Etats, il n'y a rien d'étonnant à ce que les pouvoirs des institutions communautaires se limitent à ceux qui leur ont été expressément consentis par les « maîtres des traités ». Toute norme doit donc reposer sur une base juridique adéquate, sous peine de s'exposer à une annulation par la Cour de justice¹²¹⁴.

1016. – Ce principe clef de la répartition des pouvoirs entre la Communauté et les Etats membres ne va cependant pas toujours sans poser problème. Il peut ainsi apparaître comme un frein à la satisfaction de certaines obligations imposées par les traités aux institutions communautaires. On rappellera à cet égard qu'aux termes de l'article 6 du traité UE, l'Union européenne « (...) est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentale (...) [et] respecte les droits fondamentaux (...) ». Quant à l'article 51-1 de la Charte des droits fondamentaux, il prévoit que les institutions de l'Union « (...) respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application (...) ».

1017. – Tenue de respecter et de promouvoir les droits et principes fondamentaux, la Communauté n'en dispose pas moins de compétences fort limitées pour ce faire. Si elle constitue un devoir, la protection des droits de l'homme n'apparaît en revanche nulle part dans les traités comme une mission confiée par les Etats aux organes communautaires. Ainsi que l'a déclaré la Cour dans son célèbre avis 2/94, « (...) aucune disposition du traité ne confère aux institutions communautaires, de manière générale, le pouvoir d'édicter des règles en matière de droits de l'homme (...) »¹²¹⁵. Ce paradoxe – certains parleront de schizophrénie¹²¹⁶ – est du reste entretenu par la Charte elle-même qui, tout en contraignant les institutions européennes à respecter et promouvoir les droits et principes qu'elle consacre, affirme que « [l]a présente Charte (...) ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelle pour l'Union (...) » (art.51, §2). Le traité de Lisbonne ne change rien à cet état de fait.

¹²¹² Avis 2/94 du 28 mars 1996, *Rec.*, 1996, p.I-1759, pt.27.

¹²¹³ C-376/98 *Allemagne c. Commission et Conseil*, 5 octobre 2000, *Rec.*, 2000, p.I-8419, pt.83.

¹²¹⁴ Depuis l'arrêt aff. 45/86 *Commission c. Conseil* du 26 mars 1987 (*Rec.*, 1987, p.1493), il est établi que la détermination d'une base juridique erronée constitue une violation des formes substantielles susceptible d'entraîner l'annulation de l'acte mal fondé.

¹²¹⁵ Avis 2/94, 28 mars 1996, *Rec.*, 1996, p.I-1759, pt.27.

¹²¹⁶ P. ECKHOUT, « The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question », *C.M.L.R.*, 2002, vol.39, p.981.

1018. – Certains ont proposé de surmonter ces difficultés en dotant la Communauté – et même l’Union – européenne d’une compétence générale pour assurer la protection des droits de l’homme¹²¹⁷. Ces propositions se sont heurtées au scepticisme d’une partie de la doctrine, qui estimait que « [t]he Union as an organization focused on progressive human rights policy would easily endanger the European constitutional set-up between the Union and the Member States without any real need for protecting human rights, at least as they are traditionally understood »¹²¹⁸.

1019. – De nombreux auteurs considèrent qu’en toute hypothèse, la Communauté européenne dispose d’une compétence subsidiaire en matière de droits fondamentaux sur pied de l’article 308 CE. Rappelons que cette disposition habilite les organes communautaires à agir en dehors des compétences qui leur sont explicitement dévolues par le traité « si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l’un des objets de la Communauté (...) ». Dans son avis 2/94, la Cour avait exclu que cette disposition pût servir de fondement à l’adhésion des Communautés européennes à la CSDH. D’aucuns estiment cependant que seule « l’envergure constitutionnelle » du projet d’adhésion a motivé la décision de la Cour, laquelle n’a pas explicitement interdit au législateur communautaire de recourir à l’article 308 pour réglementer la protection des droits de l’homme¹²¹⁹. La proclamation de la Charte des droits fondamentaux est venue alimenter ce vieux débat. En effet, « [i]f there is an obligation to promote the rights contained in the Charter, can it really still be said that promotion of human right is not an objective of the Union, also for the purposes of Article 308 CE ? The high-profile commitment to the rights embodied in the Charter and to the set of objectives and values which those represent inevitably seem to point not just to a reorientation of the EC’s and the EU’s normative project and vision, but also to a change in the ways in which the EU pursues that project »¹²²⁰. Là encore cependant, cette position est loin de faire l’unanimité¹²²¹. On invoque à son encontre tantôt l’article 51-1 la Charte des droits fondamentaux, tantôt la jurisprudence de la Cour de justice¹²²², tantôt encore l’absence de toute référence aux droits fondamentaux dans les objectifs de la Communauté inscrits à l’article 2 CE.

1020. – Les pages qui suivent entendent relativiser l’importance de ces débats théoriques. À trop écouter ces derniers, on en vient à oublier la place qu’occupent aujourd’hui déjà les droits

¹²¹⁷ J. WEILER, P. ALSTON, « An ‘Ever Closer Union’ in Need of a Human Rights Policy », in P. ALSTON (ed.), *The EU and Human Rights*, 1999, p.3 et s. ; G. DE BURCA, « Fundamental Rights and Citizenship », in B. DE WITTE (ed.), *Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe*, 2003, p.11-44, spéc. p.26-27 ; *Affirmation des droits fondamentaux dans l’Union européenne. Il est temps d’agir*, Rapport du Groupe d’experts en matière de droits fondamentaux (prés. S. Simitis), Commission européenne, Bruxelles, février 1999, p.13, disponible sur http://europa.eu.int/comm/dgs/employment_social/publicat/fundamri/simitis_fr.pdf ; Réseau d’experts indépendants en matière de droits fondamentaux, *Rapport annuel sur la situation des droits fondamentaux dans l’Union européenne en 2002*, p.16, disponible sur http://ec.europa.eu/justice_home/cfr_cdf/doc/rapport_2002_fr.pdf ; *Leading by Example : A Human Rights Agenda for the European Union for the Year 2000*, Rapport du Comité des sages (prés. C. Lalumière) reproduit en français in P. ALSTON (dir.), *L’Union européenne et les droits de l’homme*, 2001, p.957-962.

¹²¹⁸ A. VON BOGDANDY, « The European Union as a Human Rights Organization ? Human Rights and the Core of the European Union », *C.M.L.R.*, 2000, vol.37, p.1307-1338, ici p.1337. *Adde* : P. EECKHOUT, *loc. cit.*, spéc. p.988-991 ; A. ARNULL, « Protecting Fundamental Rights in Europe’s New Constitutional Order », in T. TRIDIMAS, P. NEBBIA (eds), *European Union Law for the Twenty-First Century*, 2003, spéc. p.101.

¹²¹⁹ Cf. e.a. J. WEILER, S. FRIES, « A Human Rights Policy for the European Community and Union : The Question of Competences », in P. ALSTON (ed.), *The EU and Human Rights*, 1999, p.147-165, spéc. p.158-160. Ces auteurs estiment que la compétence du législateur communautaire en matière de droits fondamentaux doit être calquée (à une exception près) sur l’étendue des pouvoirs dont jouit la Cour de justice dans ce domaine.

¹²²⁰ G. DE BURCA, « Human Rights : The Charter and Beyond », *Jean Monnet Working Paper n°10/01*, p.13, disponible sur www.jeanmonnetprogram.org/papers/papers01.html. *Adde* : Réseau d’experts indépendants en matière de droits fondamentaux, *Rapport annuel sur la situation des droits fondamentaux dans l’Union européenne en 2002*, p.16, disponible sur http://ec.europa.eu/justice_home/cfr_cdf/doc/rapport_2002_fr.pdf ; O. DE SCHUTTER, « Les droits fondamentaux dans le projet européen », in O. DE SCHUTTER, P. NIHOUL (dir.), *Une Constitution pour l’Europe*, 2004, p.81-117, spéc. p.108-109.

¹²²¹ Cf. e.a. J-P. JACQUE, « Droits fondamentaux et compétences internes de la Communauté européenne », in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, 2004, p.1007-1028. L’analyse développée dans cette section est largement redevable à cette précieuse contribution.

¹²²² Cf. l’*obiter dictum* dans l’arrêt C-249/96 *Grant*, 17 février 1998, *Rec.*, 1998, p.I-621, pt.45, cité par J-P. JACQUE, *loc. cit.*, p.1016.

fondamentaux dans la législation communautaire. Rappelons en effet que même dépourvus d'une compétence générale en la matière, les organes de la Communauté européenne sont toujours tenus de respecter les droits fondamentaux. Cette obligation – négative *et positive* – n'est bien évidemment pas sans conséquence sur l'exercice de leurs attributions. Que ce soit dans le domaine de la politique commerciale commune, de la coopération au développement, ou de la mise en place d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, la protection des droits fondamentaux s'invite fréquemment au cœur du processus législatif européen. À dire vrai, rares – *if any* – sont les compétences communautaires susceptibles d'être exercées dans une complète indifférence par rapport aux droits de l'homme¹²²³.

1021. – Mais si les impératifs de défense des droits fondamentaux surgissent souvent à la lisière d'une compétence, il est moins fréquent qu'ils apparaissent en son centre. Le rapprochement des réglementations nationales en vue de l'établissement et du bon fonctionnement du marché intérieur constitue à cet égard un domaine de compétence quelque peu particulier. La protection des droits de l'homme y apparaît *parfois* non pas comme une préoccupation connexe voire accessoire à l'intervention communautaire, mais bien comme la principale raison d'être de celle-ci. Il arrive en effet que la dynamique de l'intégration économique conduise le législateur européen à organiser le régime de protection de certains droits fondamentaux. Dans ces situations, les impératifs du marché intérieur donnent aux autorités communautaires un titre pour intervenir dans un domaine qui leur est ordinairement inaccessible. La logique du marché épouse celle des droits de l'homme – à moins que ce ne soit l'inverse – et assure de ce fait l'extension des compétences du législateur communautaire. C'est ce phénomène d'alliance « institutionnelle » que nous nous proposons maintenant d'examiner.

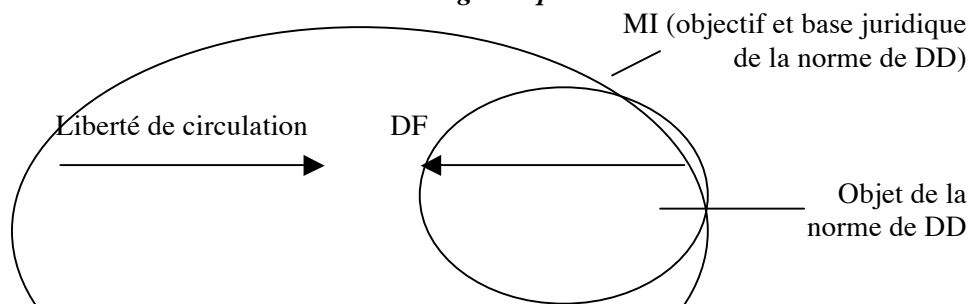
1022. – Avant de s'aventurer plus loin dans cette section, il convient cependant de bien en saisir l'objet. Les pages qui suivent ne couvrent pas tous les cas dans lesquels une mesure d'harmonisation adoptée dans le cadre du marché intérieur touche à la protection d'un droit fondamental. Plus précisément, elles ne concernent pas les mesures qui assurent la sauvegarde d'un droit de l'homme parce que celui-ci a *partie liée* avec une liberté de circulation. En d'autres termes, elles ne couvrent pas les normes de droit dérivé qui consolident une *alliance* – contingente ou nécessaire – entre l'une des « quatre libertés » et un droit de l'homme. Ainsi en est-il par exemple de la directive « télévision sans frontières » et de la directive relative au droit de circulation et de séjour des citoyens migrants et de leur famille, qui mettent en scène des alliances du « premier degré » et qui ont, à ce titre, été analysées dans la section précédente. Dans ces cas de figure, l'alliance « préexiste » en quelque sorte à l'intervention législative, et la protection des droits fondamentaux demeure *accessoire* – même si essentielle – par rapport à l'objet premier de la réglementation que constitue la libre circulation.

1023. – Les mesures examinées ci-dessous relèvent d'une tout autre logique : elles cherchent à éliminer le risque de *conflits* entre une liberté de circulation et un droit fondamental en harmonisant la protection de ce dernier. Si le bon fonctionnement du marché intérieur (MI) demeure – au moins officiellement – l'*objectif* de ces normes de droit dérivé (DD), la protection des droits de l'homme (DF) constitue leur *objet* principal¹²²⁴ :

¹²²³ Pour l'assignation d'une obligation positive de protection des droits fondamentaux dans le domaine de la politique agricole commune, cf. C-68/95 *T. Port*, 26 novembre 1996, *Rec.*, 1996, p.I-6065.

¹²²⁴ Cette distinction entre « objectif » et « objet » paraîtra sans doute un peu sibylline. Faute de mieux, nous l'employons néanmoins pour désigner la disjonction qui existe, au sein des mesures qui procèdent d'une alliance institutionnelle, entre leur finalité indirecte et officielle – l'établissement du marché intérieur – et leur contenu immédiat – l'harmonisation des législations nationales relatives à la protection d'un droit de l'homme. C'est l'existence de cette disjonction qui distingue ces mesures de celles qui se limitent à consacrer une alliance « du premier degré » – économique ou citoyenne. Celles-ci – que l'on pense à la directive télévision sans frontières ou à la directive relative à la liberté de circulation des personnes – ont à la fois pour objet et pour but la libre circulation. Elles n'assurent la protection d'un droit fondamental que dans la mesure où elle va nécessairement de pair avec la promotion de la libre circulation. Force est cependant de reconnaître que notre approche nominaliste élargie de la catégorie « droits fondamentaux » trouble quelque peu cette distinction. Elle nous amène à considérer certaines normes communautaires à la fois comme le fruit d'une alliance institutionnelle et comme la codification d'une alliance du premier degré. Ainsi en est-il par exemple de la directive télévision sans frontières qui, tout en consacrant l'alliance entre la liberté d'expression et la libre prestation des services, assure également la protection du consommateur – droit fondamental potentiel *a priori* opposé à la libre circulation – dans le but d'« égaliser le terrain de jeu » et de favoriser le fonctionnement du marché intérieur.

Fig.22
Alliances institutionnelles génétiques



1024. – Par ailleurs notre analyse ne préjuge pas de l'existence d'autres types d'alliances institutionnelles, plus discrets et donc nécessairement moins tangibles. Rappelons à cet égard que l'action de la Communauté est parfois susceptible de reposer sur plusieurs bases juridiques. Ainsi en est-il par exemple de la réglementation communautaire en matière de déchets, dont on a pu considérer qu'elle entend à la fois assurer la protection de l'environnement – au titre de l'article 175 CE – et faciliter la libre circulation des déchets – conformément à l'article 95 CE¹²²⁵. Dans de tels cas de figure, il arrive que la détermination de la base juridique adéquate conditionne non pas l'existence d'une compétence communautaire, mais bien les *modalités procédurales* selon lesquelles s'exerce celle-ci. Or, il n'est pas rare que les mesures fondées directement sur la protection d'un droit fondamental – on pense à l'action communautaire en matière d'environnement ou de protection des travailleurs – soient soumises à une procédure d'adoption moins lourde que les normes oeuvrant à l'établissement du marché intérieur. Dès lors, on peut penser que lorsqu'il en a la possibilité, le Conseil préfère se prévaloir du souci de protéger un intérêt non-marchand pour éviter l'exigence d'unanimité requise par l'article 94 CE ou la procédure de codécision prévue à l'article 95 CE. On remarquera que dans cette hypothèse, qui semble confirmée par les affaires « Dioxyde de titane »¹²²⁶ et *Royaume-Uni c. Conseil*¹²²⁷, c'est la protection des droits fondamentaux qui sert de « couverture » à l'intégration économique, et non l'inverse. Nous n'examinerons pas plus avant ce type d'alliances « à rebours », dont le principal intérêt est sans doute de souligner l'importance du choix de la base juridique dans les jeux de pouvoirs interinstitutionnels.

B. Les lieux de l'alliance

1025. – On observera d'emblée qu'au contraire des autres types d'alliances analysés dans cette étude, les alliances « institutionnelles » se nouent *en amont* du processus juridictionnel. Dans la mesure où ils conditionnent la compétence des autorités communautaires, ces partenariats se concluent au stade de l'élaboration de la norme plutôt qu'à celui de son examen. Ils n'en demeurent pas moins assez faciles à repérer. L'obligation de motivation qui pèse sur le législateur communautaire contraint en effet ce dernier à toujours indiquer, au sein même de la mesure qu'il édicte, les fondements – juridiques et politiques – de celle-ci. Un examen attentif des préambules des règlements et directives adoptés dans le cadre de l'établissement du marché intérieur nous permettra dès lors de mettre au jour les alliances « institutionnelles » qui unissent la logique de l'intégration économique et la protection des droits fondamentaux. Ce n'est que dans un second temps (C) que nous analyserons la façon dont la solidité de ces alliances est éprouvée devant et par les juges de Luxembourg.

¹²²⁵ Sur les interactions entre l'établissement du marché intérieur et la protection de l'environnement dans les directives relatives à la gestion des déchets, cf. les arrêts C-300/89 *Commission c. Conseil*, précité, C-155/91 *Commission c. Conseil*, 17 mars 1993, *Rec.*, 1993, p.I-939, et C-187/93 *Parlement c. Conseil*, 28 juin 1994, *Rec.*, 1994, p.I-2857.

¹²²⁶ C-300/89 *Commission c. Conseil*, précité.

¹²²⁷ C-84/94 *Royaume-Uni c. Conseil*, 12 novembre 1996, *Rec.*, 1996, p.5755, pts. 33 et 35 ; arrêt « dioxyde de titane » précité.

1026. – Pour bien saisir la complexité des alliances institutionnelles – et des questions qu’elles posent –, il convient d’en décomposer le mécanisme. On voudrait ainsi montrer que ces alliances procèdent en réalité d’un double mouvement. Dans un premier temps, les impératifs du marché intérieur sont invoqués pour habilitier le législateur communautaire à *harmoniser* les réglementations nationales relatives – de près ou de loin – à la protection d’un droit de l’homme (§1^{er}). Dans un second temps, l’obligation de respect des droits fondamentaux et/ou les nécessités de l’intégration économique sont présentées comme contraignant le législateur à harmoniser *vers le haut*, c’est-à-dire à établir un véritable régime communautaire de *protection* du ou des droits de l’homme concernés (§2).

§1^{er}. La compétence pour harmoniser

1027. – Lorsqu’il adopte une réglementation touchant à la protection d’un droit de l’homme, le législateur communautaire invoque parfois les menaces que constituent, pour le bon fonctionnement du marché intérieur, les disparités des législations nationales dans ce domaine. Ces menaces sont principalement de deux ordres : le maintien des régimes nationaux de protection des droits de l’homme apparaît tantôt susceptible d’entraver la liberté de circulation des acteurs économiques, tantôt de nature à instaurer entre ceux-ci des distorsions de concurrence. Dans les deux cas de figure – souvent présentés conjointement par les autorités communautaires –, seule l’adoption d’une réglementation européenne permet de sauvegarder la cohésion du marché unique.

a) Les entraves à la libre circulation

1028. – Dans le chapitre qui précède, nous avons pu observer que les impératifs tirés de la protection des droits de l’homme sont parfois invoqués par les Etats pour faire obstacle à une liberté de circulation. Les droits de l’homme et le marché se trouvent alors engagés dans une opposition frontale dont l’arbitrage revient à la Cour de justice. Ce qu’il faut à présent constater, c’est que ces conflits « du premier degré » contiennent en eux-mêmes les germes d’une alliance institutionnelle. Rappelons à cet égard que depuis sa communication relative à l’arrêt *Cassis de Dijon*¹²²⁸, la Commission européenne a résolu de concentrer ses efforts en matière d’harmonisation sur les raisons impératives d’intérêt général susceptibles, aux yeux de la Cour, d’entraver la liberté de circulation. L’arrêt *Cassis de Dijon* établit en effet clairement qu’une fois harmonisée, la protection de ces motifs impératifs ne peut plus être invoquée pour faire obstacle au commerce intracommunautaire. Partant, dès lors que la protection des droits de l’homme est admise par la Cour au nombre de ces raisons impératives d’intérêt général, il est logique qu’elle fasse l’objet de mesures de rapprochement au niveau communautaire.

1029. – Les mesures adoptées dans ce cadre se réfèrent parfois explicitement aux divergences nationales sur le plan de la protection des droits fondamentaux. Particulièrement illustrative à cet égard apparaît la directive 95/46/CE relative à la protection des données à caractère personnel¹²²⁹, dont l’adoption sur base de l’article 100A (aujourd’hui 95) du traité CE est justifiée comme suit :

(7) considérant que les différences entre États membres quant au niveau de protection des droits et libertés des personnes, notamment du droit à la vie privée, à l’égard des traitements de données à caractère personnel peuvent empêcher la transmission de ces données du territoire d’un État membre à celui d’un autre État membre ; que ces différences peuvent dès lors constituer un obstacle à l’exercice d’une série d’activités économiques à l’échelle communautaire, fausser la concurrence et empêcher les administrations de s’acquitter des responsabilités qui leur incombent en vertu du droit communautaire ; que ces différences de niveau de protection résultent de la disparité des dispositions nationales législatives, réglementaires et administratives ;

¹²²⁸ Communication de la Commission sur les suites de l’arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, le 20 février 1979, dans l’affaire 120/78 (*Cassis de Dijon*), J.O., 3 octobre 1980, C 256/2.

¹²²⁹ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l’égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, J.O., n°281, 23 novembre 1995, L, p.31–50.

(8) considérant que, pour éliminer les obstacles à la circulation des données à caractère personnel, le niveau de protection des droits et libertés des personnes à l'égard du traitement de ces données doit être équivalent dans tous les États membres ; (...) qu'une intervention de la Communauté visant à un rapprochement des législations est donc nécessaire ;

(9) considérant que, du fait de la protection équivalente résultant du rapprochement des législations nationales, les États membres ne pourront plus faire obstacle à la libre circulation entre eux de données à caractère personnel pour des raisons relatives à la protection des droits et libertés des personnes, notamment du droit à la vie privée ; (...) »

1030. – D'autres mesures d'harmonisation recourent de manière plus indirecte au « langage des droits fondamentaux ». Ainsi en est-il de la directive relative à la protection des inventions biotechnologiques¹²³⁰. Si cette mesure vise incontestablement à empêcher les États membres de se prévaloir de la sauvegarde de la dignité humaine¹²³¹ pour s'opposer à la brevetabilité de telles inventions, son préambule n'en demeure pas moins singulièrement vague. Il évoque certes la nécessité de respecter les droits fondamentaux et en particulier la dignité humaine, mais prend garde d'établir un lien explicite entre la protection des droits de l'homme et le but premier de la directive – adoptée sur base de l'article 95 CE – , à savoir l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur. Quant à ce dernier, le préambule se limite à déclarer ce qui suit :

« 5) considérant qu'il existe des divergences, dans le domaine de la protection des inventions biotechnologiques, entre les législations et pratiques des différents États membres; que de telles disparités sont de nature à créer des entraves aux échanges et à faire ainsi obstacle au fonctionnement du marché intérieur;

(6) considérant que ces divergences risquent de s'accroître au fur et à mesure que les États membres adopteront de nouvelles lois et pratiques administratives différentes ou que les interprétations jurisprudentielles nationales se développeront diversement;

(7) considérant qu'une évolution hétérogène des législations nationales relatives à la protection juridique des inventions biotechnologiques dans la Communauté risque de décourager encore plus les échanges commerciaux, au détriment du développement industriel de ces inventions et du bon fonctionnement du marché intérieur; »

1031. – Enfin, il est des normes qui évitent toute référence explicite aux droits fondamentaux. Ainsi en est-il par exemple de la directive relative à la publicité en faveur du tabac¹²³². Quoiqu' appelée à rapprocher des législations relatives au droit à la santé, elle se limite à invoquer l'existence de « (...) divergences entre les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité en faveur des produits du tabac et de parrainage dans ce domaine ». Elle souligne ensuite que « [l]es disparités entre les législations nationales sont de nature à entraîner une augmentation des entraves à la libre circulation entre les États membres des produits ou des services qui servent de support à cette publicité ou à ce parrainage » (considérant n°1).

b) Les distorsions de concurrence

1032. – L'adoption d'une réglementation communautaire relative à un droit fondamental – potentiel ou explicite – peut également être justifiée par le souci d'éliminer les distorsions de concurrence résultant de la disparité des législations nationales. Selon cette perspective – qui plonge ses racines dans les rapports Ohlin et Spaak précédant la signature du traité de Rome¹²³³ –, les différences entre les régimes juridiques nationaux peuvent, au moins dans certains cas, conférer un avantage concurrentiel aux entreprises établies dans un État membre plus « libéral ». Cette situation apparaît d'autant plus

¹²³⁰ Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, *J.O.*, 30 juillet 1998, n° L 213, p.13-21.

¹²³¹ Cf. à ce sujet l'arrêt *Pays-Bas c. Conseil* discuté plus haut.

¹²³² Directive 2003/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 mai 2003 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac, *J.O.*, 20 juin 2003, n° L 152, p.16-19.

¹²³³ Cf. O. DE SCHUTTER, « La contribution de la Charte sociale européenne au développement du droit de l'Union européenne », *CRIDHO Working Paper 2006/10*, disponible à l'adresse suivante : <http://cridho.cpdr.ucl.ac.be/Working%20papers/CRIDHO.WP.2006.10.pdf>

indésirable qu'elle s'accompagne du risque de voir les acteurs économiques désertir les pays les plus interventionnistes pour aller s'implanter sous des cieux moins regardants. Par une sorte de réaction en chaîne, la crainte de ces délocalisations suscite à son tour la menace d'une course à la dérégulation (« *race to the bottom* ») entre des Etats membres soucieux d'attirer les acteurs économiques.

1033. – Ce raisonnement, qui a motivé l'adoption de l'article 119 du traité CEE consacrant l'égalité de rémunération entre hommes et femmes, a été utilisé à maintes reprises pour justifier l'intervention du législateur communautaire dans des domaines *a priori* étrangers à l'intégration économique. Plusieurs directives en matière sociale ont ainsi été adoptées sur la base de l'article 94 (ex-art.100) CE¹²³⁴, lequel permet le rapprochement des législations « (...) qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun »¹²³⁵.

1034. – Si les préambules de ces directives ne font pas directement référence à des distorsions de concurrence, les explications qu'ils contiennent semblent cependant présupposer leur existence. Ainsi en est-il de la directive relative à la protection des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur¹²³⁶, qui se limite à déclarer « (...) que des différences subsistent entre les États membres quant à la portée de la protection des travailleurs salariés dans ce domaine ; qu'il convient de tendre à réduire ces différences qui peuvent avoir une incidence directe sur le fonctionnement du Marché commun ». On ne voit guère ce qui, outre le risque de distorsions de concurrence, permettrait de considérer que les disparités législatives en ce domaine peuvent avoir une incidence sur la mise en place du grand marché.

1035. – On notera encore que la perspective de l'intégration économique est carrément absente des préambules de certaines directives en matière sociale. On épinglera à cet égard la directive relative à la protection des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises¹²³⁷. Adoptée elle aussi sur base de l'article 94 CE, celle-ci ne contient plus aucune référence, même implicite, à l'existence de distorsions de concurrence. Le législateur communautaire abandonne ici complètement le prétexte du marché pour assurer la protection des droits des travailleurs. Il se limite à constater que « [d]es dispositions sont nécessaires pour protéger les travailleurs en cas de changement de chef d'entreprise en particulier pour assurer le maintien de leurs droits. (...) Des différences subsistent dans les États membres en ce qui concerne la portée de la protection des travailleurs dans ce domaine et il convient de réduire ces différences ».

1036. – Cette absence de toute référence aux impératifs du marché ne laisse pas d'étonner, s'agissant de normes – officiellement – fondées sur la nécessité d'assurer l'intégration économique positive. On est tenté de penser que ce « silence » s'explique pour partie par les critiques auxquelles s'expose – et s'est exposée – une politique sociale reposant exclusivement sur des considérations économiques¹²³⁸.

¹²³⁴ Les réflexions qui suivent s'inspirent largement des idées présentées par C. KILPATRICK sous le titre « EU employment law and Article 5 CE : a troubled relationship » à l'occasion d'un « Lunchtime Seminar » organisé en mars 2004 par le Centre for European Legal Studies de la Faculté de droit de l'Université de Cambridge.

¹²³⁵ M. KUMM soulève – sans dire s'il y adhère – l'idée intéressante selon laquelle l'argument tiré de l'existence de distorsions de concurrence ne pourrait fonder une action communautaire sur la base de l'article 95 CE (« Constitutionalising Subsidiarity in Integrated Markets », *E.L.J.*, 2006, p.503-533, spéc. p.509). En effet, alors que l'article 94 CE fait référence au marché commun, l'article 95 parle du marché intérieur. Dès lors, si l'on considère que le marché intérieur se limite à un espace où la libre circulation est assurée – par opposition au marché commun, qui suppose une intégration économique plus globale – on ne voit guère en quoi son établissement passerait par l'élimination des distorsions de concurrence. Ce point de vue est rejeté sans ambages par l'AG Tesouro dans ses conclusions dans l'affaire C-300/89 *Commission c. Conseil* (Dioxyde de titane), *Rec.*, 1991, p.I-2867, spéc. p.I-2888-2889.

¹²³⁶ Directive 80/987/CEE du Conseil, du 20 octobre 1980, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, *J.O.*, 28 octobre 1980, L 283, p. 23–27. *Adde* : Directive 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs, *J.O.*, 12 août 1998, L 225, p. 16–21.

¹²³⁷ Directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, *J.O.*, 22 mars 2001, L 82, p. 16–20.

¹²³⁸ La question de la nécessité d'une forme d'autonomisation de la politique sociale de la Communauté par rapport à la dynamique du marché intérieur a fait l'objet de vives discussions en doctrine. Cf. e.a. P.L. DAVIES, « The Emergence of

Obligé, faute de compétence autonome en la matière, de passer par le marché pour réglementer la protection des travailleurs, le législateur communautaire s'abstient de souligner trop clairement les origines économiques de son action.

1037. – Il n'est pas non plus interdit de penser que ce silence trouve son origine dans le discrédit qui affecte aujourd'hui l'argument tiré des distorsions de concurrence et du spectre de la « *race to the bottom* ». Là où les premières sont considérées comme « naturelles » et « inoffensives » dans le cadre d'un marché intérieur assurant la libre circulation des agents économiques, le second semble relever du registre de l'hypothétique, fruit d'une vision simpliste de l'économie politique¹²³⁹.

1038. – Ces critiques n'ont toutefois jamais conduit le législateur européen – ni, comme nous le verrons, son juge – à abandonner l'argument tiré de l'existence de distorsions de concurrence. Le préambule de la directive relative à la publicité et au parrainage des produits du tabac affirme ainsi que « [d]ans le cas du parrainage, les distorsions des conditions de concurrence sont susceptibles d'augmenter et de telles distorsions ont déjà été observées lors de l'organisation de certaines manifestations sportives et culturelles importantes (...). Les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à certains types de parrainage, ayant des effets transfrontaliers, en faveur des produits du tabac comportent un risque non négligeable de distorsion des conditions de concurrence pour cette activité dans le marché intérieur » (considérants n°1 et 5).

§2. La compétence pour protéger

1039. – Les alliances institutionnelles ne consistent pas simplement en l'octroi d'une compétence visant au rapprochement des réglementations nationales relatives à l'exercice d'un droit fondamental. Elles impliquent en outre qu'une fois habilité à harmoniser, le législateur européen soit autorisé – voire contraint – à assurer une *protection effective* dudit droit au niveau communautaire. On notera que cette seconde étape ne découle pas nécessairement de la première. Après tout, il n'y aurait rien d'étonnant à ce que la logique du marché intérieur sur laquelle repose l'intervention communautaire amène le législateur à favoriser les impératifs du libre-échange, le cas échéant au détriment des droits de l'homme – ou en tout cas dans l'ignorance de ceux-ci. On pourrait ainsi par exemple s'attendre à ce qu'une directive fondée sur l'article 95 CE cherche à harmoniser *vers le bas* les réglementations relatives à l'interdiction de publicité en faveur du tabac plutôt qu'à généraliser ces interdictions en vue de protéger la santé publique.

1040. – Ces considérations de bon sens exigent un examen critique de ce second volet des alliances institutionnelles. Il convient de se demander comment, sans verser dans l'incohérence et sans participer d'un « détournement de pouvoir », une action fondée sur l'établissement du marché intérieur peut aboutir *in fine* à la promotion d'intérêts non-marchands.

a) L'argument tiré du respect des droits fondamentaux

1041. – Sans surprise, la première raison avancée par le législateur communautaire pour procéder à un rapprochement des législations « vers le haut » tient à l'obligation qui lui est faite de respecter les droits fondamentaux. On rappellera à cet égard qu'indépendamment du domaine dans lequel elle

European Labour Law », in Lord MCCARTHY (ed.), *Legal Intervention in Industrial Relations : Gains and Losses*, 1992, p.313-351, spéc.345-348 ; P. SYRPIS, « The Integrationist Rationale for European Social Policy », in J. SHAW (ed.), *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, 2000, p.17-30 ; B. BERCUSSON *et al.*, « A Manifesto for Social Europe », *E.L.J.*, 1997, p.189-205.

¹²³⁹ De nombreux auteurs estiment en effet que les distorsions de concurrence sont généralement inoffensives i) pour les entreprises et ii) pour les États : i) pour les entreprises, parce que dans le cadre d'un véritable marché intérieur, celles-ci ont toujours la possibilité de se déplacer vers un État dont la législation leur convient mieux ; ii) pour les États, parce que l'observation empirique tend à démentir l'hypothèse d'une « *race to the bottom* » entre les États membres de l'Union européenne. Pour des critiques de l'argument tiré des distorsions de concurrence afin de justifier une intervention du législateur communautaire, cf. e.a. M. KUMM, *loc. cit.*, spéc. p.508-515 ; C. BARNARD, « Social Dumping and the Race to the bottom : Some Lessons for the European Union from Delaware ? », *E.L.R.*, 2000, p.57-78

exerce sa compétence, « l'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la [CSDH] et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres (...) » (art.6 UE).

1042. – Les droits de l'homme apparaissent ici comme une limite extérieure à l'action des institutions communautaires, qui canalise la dynamique du marché intérieur. Cette obligation de respect permet au législateur communautaire de protéger certaines valeurs non-marchandes sans pour autant « trahir » la base juridique qui fonde son action. Dans ces situations, l'alliance institutionnelle véhicule un double mouvement centripète. Encadrée d'un côté par la logique du marché intérieur et de l'autre par le respect des droits de l'homme, l'action communautaire se déploie dans des limites étroites qui laissent peu de place à l'autonomie des Etats. L'alliance est ici *parfaite* : les impératifs du marché intérieur conduisent « de fil en aiguille » le législateur communautaire, non seulement à harmoniser les législations nationales relatives aux données à caractère personnel, mais aussi à assurer un haut niveau de protection de celles-ci. L'intégration économique et la promotion des droits de l'homme se complètent et se renforcent mutuellement.

1043. – La directive relative au traitement des données à caractère personnel s'inscrit incontestablement dans cette perspective. Adoptée en vue de faciliter la libre circulation des données à caractère personnel, elle organise leur protection contre les atteintes au droit à la vie privée. Son préambule rappelle à cet égard que « les objectifs de la Communauté, énoncés dans le traité (...), consistent à réaliser une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens, (...) à affermir la sauvegarde de la paix et de la liberté, et à promouvoir la démocratie en se fondant sur les droits fondamentaux reconnus dans les constitutions et les lois des Etats membres, ainsi que dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (considérant n°1). Sur un mode plus impératif, le préambule souligne encore que « les systèmes de traitement des données (...) doivent quelle que soit la nationalité ou la résidence des personnes physiques, respecter les libertés et droits fondamentaux des personnes physiques et notamment la vie privée (...) » (considérant n°2) ;

1044. – Les alliances institutionnelles ne sont cependant pas toujours aussi fécondes. On sait que l'importance accordée aux droits de l'homme dans les conflits « du premier degré » tient parfois à leur rôle de « garants de la diversité ». Cette perspective – que l'on a cru retrouver dans l'arrêt *Omega*¹²⁴⁰ – repose sur l'idée qu'il n'appartient pas au juge communautaire d'apprécier la légitimité d'une intervention étatique destinée à sauvegarder le cœur même de la « morale nationale » ou des traditions constitutionnelles d'un Etat. Transposée au « second degré », cette conception des droits fondamentaux transforme ceux-ci en un *obstacle* à la compétence du législateur européen. Leur respect impose aux institutions communautaires une obligation *d'abstention* et ils constituent à ce titre une *limite* à l'intégration économique positive.

1045. – Cette configuration des rapports entre droits fondamentaux et marché intérieur se retrouve dans certaines normes communautaires. Que l'on songe par exemple¹²⁴¹ à la directive relative à la protection des inventions biotechnologiques¹²⁴² qui a fait l'objet de l'arrêt *Pays-Bas c. Parlement et Conseil*. Nous avons observé précédemment que cette directive procède d'une alliance institutionnelle dans la mesure où c'est le risque d'entraves aux échanges commerciaux qui habilite le législateur

¹²⁴⁰ Cf. *supra*, n°675-684.

¹²⁴¹ Pour un autre exemple, cf. le règlement CE n° 2679/98 du Conseil du 7 décembre 1998 relatif au fonctionnement du marché intérieur pour ce qui est de la libre circulation des marchandises entre les Etats membres (*J.O.*, 12 décembre 1998, L 337, p.8-9). Tout en cherchant à supprimer les obstacles causés à la libre circulation des marchandises causés par des personnes privées, ce règlement entend respecter les droits fondamentaux, et en particulier le droit de grève. Ce respect implique inévitablement le respect de la diversité des traditions constitutionnelles dans ce domaine. C'est pourquoi l'article 2 précise que « [l]e présent règlement ne peut être interprété comme affectant d'une quelconque manière l'exercice des droits fondamentaux, tels qu'ils sont reconnus dans les Etats membres, y compris le droit ou la liberté de faire grève. Ces droits peuvent également comporter le droit ou la liberté d'entreprendre d'autres actions relevant des systèmes spécifiques de relations du travail propres à chaque Etat membre » (nous soulignons).

¹²⁴² Cf. *supra*, n°1030.

communautaire à intervenir dans un domaine de prédilection des droits fondamentaux – les rapports entre propriété intellectuelle et bioéthique. Il convient à présent de noter que cette alliance est en réalité *incomplète*, voire *autodestructrice* ; à peine est-il autorisé à harmoniser ce domaine d'activité que le législateur voit son ambition unificatrice déçue par l'obligation de respecter les droits de l'homme. S'engageant dans le préambule à respecter la dignité humaine, il se voit ainsi forcé de ménager une place à l'autonomie des Etats et à la diversité des sensibilités nationales. C'est en ce sens qu'il faut sans doute comprendre l'article 6, §1^{er}, de la directive, qui exclut de la brevetabilité « les inventions dont l'exploitation commerciale serait contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs ». Avec C. Maubernard, on doit reconnaître que « [f]onder (...) la validité du respect du droit à la dignité humaine sur des dispositions relatives à l'ordre public et aux bonnes mœurs suppose d'admettre l'existence de critères ou de standards éthiques distincts d'un Etat membre à l'autre, sans que le juge communautaire n'y décèle une atteinte aux dispositions de la directive »¹²⁴³. Cette nécessaire concession à la diversité fait apparaître le caractère autodestructeur de l'alliance : alors que le marché intérieur était censé conduire à une harmonisation de la protection des droits fondamentaux, c'est finalement, à l'inverse, le respect de ceux-ci qui met un frein à l'intégration économique positive¹²⁴⁴.

1046. – Pour finir, on relèvera que certains droits fondamentaux « potentiels » – on pense en particulier aux droits à la santé et à un environnement sain – peuvent également faire l'objet d'alliances institutionnelles « parfaites ». Si l'ambiguïté de leur statut les empêche de bénéficier de l'obligation de respect de l'article 6 UE, ces droits jouissent en revanche d'une clause d'intégration horizontale au sein des traités, qui oblige les institutions européennes à assurer un niveau de protection élevé de la santé et de l'environnement dans l'exercice de leurs compétences.

1047. – L'existence de cette clause permet sans doute d'expliquer pourquoi, bien que prise sur base de l'article 95 CE, la directive 2003/33/CE relative à la publicité en faveur du tabac généralise l'interdiction de cette publicité, quitte à entraver le libre-échange de certains produits. Son préambule rappelle en effet qu'« [e]n vertu de l'article 95, paragraphe 3, du traité, la Commission, dans ses propositions qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur en matière de santé, doit prendre pour base un niveau de protection élevé. Dans le cadre de leurs compétences respectives, le Parlement européen et le Conseil cherchent également à atteindre cet objectif » (considérant n°3).

b) L'argument tiré de la dynamique du marché intérieur

1048. – Certaines mesures adoptées dans le cadre de l'établissement du marché intérieur justifient leur souci d'harmoniser « vers le haut » par des considérations liées à l'intégration économique elle-même. Ainsi en est-il, une fois encore, de la directive relative à la protection des données à caractère personnel, dont le préambule déclare que « (...) l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur dans lequel (...) la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée, nécessitent non seulement que des données à caractère personnel puissent circuler librement d'un Etat membre à l'autre, *mais également que les droits fondamentaux des personnes soient sauvegardés* (...) » (considérant n°3 – nous soulignons) .

1049. – Ces affirmations péremptoires relèvent sans doute davantage de la profession de foi que de l'argumentation raisonnée. On ne voit en effet pas très bien en quoi le respect des droits fondamentaux conditionne nécessairement la mise en place d'un marché unique. Si ces déclarations politiques sont de bon aloi lorsqu'elles viennent s'ajouter à un argumentaire juridique, elles posent en revanche question lorsqu'elles assurent à elles seules la liaison entre l'origine économique d'une mesure et son contenu « pro-droits fondamentaux ».

¹²⁴³ C. MAUBERNARD, « Le 'droit fondamental à la dignité humaine' en droit communautaire : la brevetabilité du vivant à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *loc. cit.*, p.500.

¹²⁴⁴ « Si l'effet de la directive 98/44/CE est variable d'un Etat à l'autre dès lors que l'ordre public et les bonnes mœurs forment un ensemble de principes propres à *chaque* Etat membre, il devient difficile de soutenir que son intensité juridique soit homogène sur l'ensemble du territoire communautaire » (*Ibidem*, p.506 ; souligné dans le texte).

1050. – On épinglera encore à cet égard l'étonnante affirmation contenue dans le préambule de plusieurs directives adoptées sur base de l'article 94 CE et qui visent à protéger les travailleurs¹²⁴⁵. Mal assuré, le législateur communautaire renonce à ancrer son action « protectrice » dans l'obligation générale de respect des droits fondamentaux qui pèse sur l'Union européenne. Après tout, les droits sociaux des travailleurs font partie des droits « potentiels », qui n'ont jamais été qualifiés de fondamentaux par la Cour de justice. Désireux de montrer néanmoins que l'intégration économique exige une protection effective de ces droits, le législateur trouve appui dans un texte sans valeur juridique contraignante¹²⁴⁶. Il rappelle ainsi que « (...) la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, (...) déclare notamment (...) : “7. La réalisation du marché intérieur doit conduire à une amélioration des conditions de vie et de travail des travailleurs dans la Communauté européenne (...). Cette amélioration doit entraîner, là où cela est nécessaire, le développement de certains aspects de la réglementation du travail, tels que les procédures de licenciement collectif ou celles concernant les faillites. (...)” ».

1051. – La directive relative au détachement des travailleurs¹²⁴⁷ nous fournit une autre illustration éclairante de cette pratique. L'adoption de cette directive avait à l'origine été envisagée pour favoriser la libre prestation des services en facilitant le détachement temporaire de travailleurs sur le territoire d'un autre Etat membre. En prévoyant – en règle générale – l'application de la loi de l'Etat membre d'origine, la proposition de la Commission entendait empêcher les Etats « de destination » de se fonder sur la protection des travailleurs pour imposer leurs propres lois sociales aux travailleurs détachés. Cette proposition fut cependant profondément amendée au cours du processus d'adoption de la directive, à telle enseigne que celle-ci soumet désormais très largement les travailleurs détachés au régime juridique de l'Etat membre de destination. Dès lors qu'elle se garde bien d'harmoniser ces régimes juridiques, on est en droit de se demander quelle contribution cette directive apporte à la libre prestation des services. Adoptée sur la base des articles 47 et 55 CE – consacrés à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services –, cette mesure est justifiée comme suit :

« (1) considérant que, en vertu de l'article 3 point c) du traité, l'abolition, entre les États membres, des obstacles à la libre circulation des personnes et des services constitue l'un des objectifs de la Communauté; (...) »

(3) considérant que la réalisation du marché intérieur offre un cadre dynamique à la prestation de services transnationale en invitant un nombre croissant d'entreprises à détacher des travailleurs en vue d'effectuer à titre temporaire un travail sur le territoire d'un État membre autre que l'État sur le territoire duquel ils accomplissent habituellement leur travail; (...) »

(5) considérant *qu'une telle promotion de la prestation de services dans un cadre transnational nécessite une concurrence loyale et des mesures garantissant le respect des droits des travailleurs*; » (nous soulignons)

1052. – Force est de reconnaître que, pour séduisantes qu'elles soient sur le plan des principes, ces justifications manquent quelque peu de rigueur. Les alliances qu'elles engendrent paraissent singulièrement fragiles. Reste à savoir maintenant si cette fragilité est susceptible de conduire à l'annulation par la Cour de justice.

C. Le traitement de l'alliance

¹²⁴⁵ Cf.e.a. la directive relative à la protection des travailleurs en cas de licenciements collectifs et la directive relative à la protection des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, référencées *supra*, n°1034.

¹²⁴⁶ Que ce texte n'ait pas de valeur contraignante en lui-même ne fait évidemment pas obstacle à la reconnaissance des droits qu'il consacre au titre de principes généraux du droit communautaire. Le législateur européen s'est toutefois bien gardé de s'aventurer dans cette voie dangereuse...

¹²⁴⁷ Directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, *J.O.*, 21 janvier 1997, L 18, p. 1-6. Les réflexions qui suivent s'inspirent largement de P. DAVIES, « Posted Workers : Single Market or Protection of National Labour Law Systems ? », *C.M.L.R.*, 1997, vol.34, p.571-602.

1053. – La solidité des alliances institutionnelles peut être mise à l’épreuve devant la CJCE. Celle-ci considère en effet qu’il lui appartient de vérifier le bien-fondé de la base juridique invoquée par le législateur communautaire à l’appui de son action¹²⁴⁸. Ainsi est-il de jurisprudence constante que « (...) le choix de la base juridique d’un acte ne peut dépendre seulement de la conviction d’une institution quant au but poursuivi, mais doit se fonder sur des éléments objectifs susceptibles de contrôle juridictionnel. Parmi de tels éléments figurent, notamment, le but et le contenu de l’acte »¹²⁴⁹.

1054. – Depuis quelques années, la Cour est régulièrement appelée à se prononcer sur l’étendue de la compétence « marché intérieur » de la Communauté. Cette jurisprudence naissante ne permet pas encore de cerner avec toute la précision requise l’attitude de la Cour à l’égard des alliances institutionnelles. Elle fournit toutefois un certain nombre d’indications utiles à notre analyse. Ici encore, on propose de procéder en deux temps. Nous examinerons d’abord la jurisprudence relative aux critères justifiant l’exercice de la compétence « marché intérieur » – premier volet des alliances institutionnelles. Nous apprécierons ensuite dans quelle mesure cette compétence peut être exercée pour assurer une harmonisation « vers le haut » qui garantisse un niveau élevé de protection des droits fondamentaux – second volet des alliances institutionnelles.

1055. – Le lecteur gardera à l’esprit que cette distinction entre compétences d’harmonisation et de protection ne trouve aucun écho dans la jurisprudence de la Cour. Elle nous a toutefois semblé utile à la clarification de cette jurisprudence eu égard à notre objet d’étude. Elle permettra également de dévoiler les limites dont souffre l’approche adoptée par la Cour et, plus loin, de proposer certaines pistes de réflexion.

§1^{er}. La compétence pour harmoniser

1056. – Avant l’arrêt *Allemagne c. Parlement et Conseil* du 5 octobre 2000, le législateur communautaire jouissait d’une compétence quasiment illimitée lorsqu’il agissait dans le cadre du marché intérieur. Le simple *risque* d’une évolution hétérogène des législations nationales *susceptible* d’entraver le commerce intracommunautaire ou de provoquer des distorsions de concurrence suffisait à justifier le recours à l’article 95 CE¹²⁵⁰. Cette jurisprudence très généreuse ne fut certainement pas sans effet sur l’apparition des alliances institutionnelles entre le marché intérieur et les droits de l’homme. La compétence du législateur communautaire semblait assurée dès lors qu’il démontrait l’existence de disparités entre les régimes nationaux de protection d’une valeur non-marchande.

1057. – Le célébrisime arrêt « publicité en faveur du tabac I »¹²⁵¹ offrit à la Cour l’occasion de durcir sa jurisprudence. Comme chacun sait, l’affaire mettait en cause la validité de la directive 98/43/CE relative à la publicité et au parrainage en faveur des produits du tabac¹²⁵². Adoptée sur pied des articles 47, §2, 55 et 95 CE, cette directive interdisait, à quelques exceptions près, toute forme de publicité ou de parrainage en faveur du tabac sur le territoire de la Communauté. L’adoption de cette mesure avait été justifiée par le fait que les disparités entre les réglementations nationales dans ce domaine étaient « de nature à créer des entraves à la circulation des produits, supports [des activités de parrainage et de publicité], et à la libre prestation des services en la matière, ainsi qu’à entraîner des distorsions de concurrence, et à faire de cette façon obstacle au fonctionnement du marché intérieur »¹²⁵³.

¹²⁴⁸ Pour rappel, depuis l’arrêt 45/86 *Commission c. Conseil* du 26 mars 1987 (*Rec.*, 1987, p.1493), il est établi que la détermination d’une base juridique erronée constitue une violation des formes substantielles susceptible d’entraîner l’annulation de l’acte mal fondé.

¹²⁴⁹ Cf. e.a. C-300/89 *Commission c. Conseil* (« dioxyde de titane »), 11 juin 1991, *Rec.*, 1991, p.I-2867.

¹²⁵⁰ C-350/92 *Espagne c. Conseil*, 13 juillet 1995, *Rec.*, 1995, p.I-1985.

¹²⁵¹ C-376/98 *Allemagne c. Parlement et Conseil*, 5 octobre 2000, *Rec.*, 2000, p.I-8419. Sur cet arrêt, cf. *ex multis* R. GOSALBO BONO, « L’arrêt « Tabac » ou l’apport de la Cour de justice au débat sur la délimitation des compétences », *R.T.D.E.*, 2001, p.790-808 ; O. SEGNANA, « Le contentieux de la base juridique – A propos de l’annulation par la Cour de justice des C.E. de la directive relative à la publicité pour le tabac », *J.T.D.E.*, p.9-15.

¹²⁵² Directive 98/43/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac, *J.O.*, 30 juillet 1998, L 213, p.9-12.

¹²⁵³ Considérant n°1.

1058. – S’alignant sur les conclusions de l’avocat général Fennelly, la Cour estima que la directive reposait sur des bases juridiques erronées et devait, partant, être déclarée nulle. Elle considéra à cet égard que la compétence de la Communauté relative au fonctionnement du marché intérieur ne pouvait être utilisée dans le but de contourner l’exclusion expresse de toute harmonisation dans le domaine de la santé publique. Après avoir déclaré que l’article 95 CE ne donne pas « une compétence générale pour réglementer le marché intérieur » (pt.83), la Cour resserra doublement les critères présidant à l’intervention du législateur communautaire. Concernant les obstacles au commerce intracommunautaire d’une part, la CJCE souligna que « (...) l’apparition de tels obstacles doit être vraisemblable et la mesure en cause doit avoir pour objet leur prévention » (pt.86). Concernant les distorsions de concurrence d’autre part, les juges déclarèrent que la directive devait contribuer *effectivement* à la suppression des distorsions *sensibles* (pt.108). « En effet, les réglementations nationales diffèrent souvent quant aux conditions d’exercice des activités qu’elles visent, ce qui se répercute directement ou indirectement sur les conditions de concurrence des entreprises concernées. Il s’ensuit qu’interpréter [les articles 95, 47, §2, et 55 CE] en ce sens que le législateur communautaire pourrait se fonder sur ces articles en vue de supprimer des distorsions minimales de concurrence serait incompatible avec le principe [d’attribution des compétences] » (pt.107).

1059. – La directive 98/43 ne résista pas à l’application de cette nouvelle ligne jurisprudentielle. La Cour n’eut guère de peine à conclure que « pour une grande partie des formes de publicité des produits du tabac, leur interdiction (...) ne peut pas être justifiée par la nécessité d’éliminer les entraves à la libre circulation des supports publicitaires ou à la libre prestation des services dans le domaine de la publicité » (pt.99). De même, les juges estimèrent qu’une interdiction générale de publicité en faveur des produits du tabac ne répondait pas à l’objectif d’élimination des distorsions sensibles de concurrence entre les entreprises concernées.

1060. – Cette interprétation restrictive de l’article 95 CE s’est vue confirmée par la suite dans de nombreux arrêts¹²⁵⁴. Depuis lors cependant, elle n’a plus conduit la Cour à formuler un constat d’annulation.

§2. La compétence pour protéger

1061. – La Cour ne semble en général guère disposée à invalider une mesure de rapprochement des législations qui entend assurer une harmonisation « vers le haut ». Ces « excès de zèle » législatifs sont pourtant doublement susceptibles de porter atteinte à la répartition des compétences entre Communauté et Etats membres. D’une part, ils peuvent révéler une violation du principe d’attribution des compétences lorsqu’ils font apparaître que le véritable but de la mesure ne consiste pas dans l’établissement du marché intérieur mais bien dans la protection de certains droits fondamentaux. Ces excès minent alors l’*existence* même de la compétence communautaire. D’autre part, ils sont de nature à porter atteinte au principe de proportionnalité, en vertu duquel « l’action de la Communauté n’excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du traité » (art.5, al.2, CE). Une intervention « inutilement » favorable à des intérêts non-marchands affecterait ainsi l’*exercice*, par le législateur communautaire, de sa compétence « marché intérieur »¹²⁵⁵.

1062. – Cette double limite aux alliances institutionnelles ne s’est pas avérée très efficace pour contrer les mesures qui protégeaient les droits fondamentaux au-delà de ce que requerrait le marché intérieur. À de nombreuses reprises, la Cour a ainsi rappelé que le législateur communautaire était tenu de

¹²⁵⁴ Cf. C-377/98 *Pays-Bas c. Parlement et Conseil*, 9 octobre 2001, *Rec.*, 2001, p.I-7079 ; C-491/01 *British American Tobacco (Investments) et Imperial Tobacco*, 10 décembre 2002, *Rec.*, 2002, p.I-11453 ; C-434/02 *Arnold André*, 14 décembre 2004, *Rec.*, 2004, p.I-11825 ; C-210/03 *Swedish Match*, 14 décembre 2004, *Rec.*, 2004, p.I-11893 ; C-154/04 et C-155/04 *Alliance for Natural Health*, 12 juillet 2005, *Rec.*, 2005, p.I-6451 ; C-380/03 *Allemagne c. Parlement et Conseil* (« Publicité en faveur du tabac II »), 12 décembre 2006, *Rec.*, 2006, p.I-11573.

¹²⁵⁵ Nous n’examinerons pas les alliances institutionnelles sous l’angle du principe de subsidiarité. Une telle analyse impliquerait en effet des développements conséquents, qui dépassent le cadre de la présente étude.

respecter les clauses d'intégration horizontale et que dès lors, la détermination d'un niveau élevé de protection ne résultait pas d'un choix politique mais bien d'une obligation juridique¹²⁵⁶. Nul doute que lorsqu'elle en aura l'occasion, la Cour transposera ce raisonnement aux droits fondamentaux « explicites », dont le respect est commandé par l'article 6 UE – et par sa propre jurisprudence.

1063. – Même lorsqu'il n'est pas *contraint* de protéger les droits fondamentaux, le législateur jouit d'une large autonomie dans l'exercice de sa compétence « marché intérieur ». Si cette marge d'appréciation importante fait systématiquement obstacle aux griefs tirés du principe de proportionnalité, elle influe également sur le contentieux de la base juridique. L'arrêt « publicité en faveur du tabac II »¹²⁵⁷ laisse clairement entendre que la détermination du but de la mesure ne doit pas aboutir à une remise en cause systématique des choix opérés par le législateur pour assurer le rapprochement des réglementations nationales¹²⁵⁸.

1064. – On ajoutera que depuis l'arrêt « publicité en faveur du tabac I », la Cour estime que le recours à l'article 95 CE ne peut être exclu du simple fait que la protection de la santé publique a exercé une influence déterminante dans les choix posés par le législateur. Cette position fait écho aux propos de l'AG Fennelly qui, dans ses conclusions précédant l'arrêt « publicité en faveur du tabac I », estimait que « [t]out objectif de fond concernant la santé ou quelque autre domaine de l'activité législative qui est également concerné n'est pas tant concurrent ou accessoire que simplement d'une nature autre et, par conséquent, susceptible d'être poursuivi simultanément (...), avec le degré d'intensité que le législateur a souhaité (...), dès lors que les objectifs opérationnels du marché intérieur sont servis par l'acte adopté » (pt.66). Dans une même perspective, l'AG Geelhoed semble considérer qu'une mesure dont l'*objectif* politique principal réside dans la protection de la santé publique ou des consommateurs peut être néanmoins adoptée sur base de l'article 95 CE dès lors qu'elle a pour *effet* de contribuer à l'établissement ou au bon fonctionnement du marché intérieur¹²⁵⁹.

1065. – Cette dissociation entre l'objectif et l'effet de la mesure permet aux alliances institutionnelles de déployer toute leur force centripète : une fois démontrée la nécessité d'une harmonisation en vue d'assurer le fonctionnement du marché intérieur, le législateur se trouve libre de déterminer le niveau de protection des intérêts qu'il harmonise. En d'autres termes, il ne lui appartient plus de démontrer l'existence d'un lien entre l'établissement du marché intérieur et l'exigence d'un niveau élevé de protection.

1066. – Les « eurofédéralistes » se réjouiront de la « *self-restraint* » manifestée par la Cour dans ce domaine, qui permet de compenser quelque peu l'absence d'une compétence communautaire générale pour assurer la protection des droits fondamentaux. On notera toutefois que cette attitude tolérante a ses limites. Si l'établissement du marché intérieur sert bien souvent la protection des droits fondamentaux – et vice-versa –, il arrive que passé un certain point, leurs intérêts cessent de converger. En cas de conflit aigu, le principe d'attribution des compétences exige alors que la promotion des droits de l'homme s'incline face à la logique de l'intégration économique. Un retour sur les affaires « publicités en faveur du tabac »¹²⁶⁰ nous permettra d'illustrer notre propos.

1067. – La directive qui fit l'objet de l'arrêt du 5 octobre 2000 s'appuyait sur la technique de l'harmonisation minimale. Elle permettait aux Etats membres d'adopter des mesures plus strictes à l'égard de la publicité et du parrainage en faveur du tabac. Si cette faculté laissée aux Etats s'inspirait du souci de protéger au mieux la santé publique, elle apparaissait en revanche problématique au regard de l'objectif « officiel » de la directive. En l'absence d'une clause de libre circulation¹²⁶¹,

¹²⁵⁶ Cf. les arrêts *Swedish Match*, précité, pt.32 ; *BAT*, précité, pt.30 ; *Alliance*, précité, pt.31 ; « Publicité en faveur du tabac II », précité, pt.40.

¹²⁵⁷ C-380/03 *Allemagne c. Parlement et Conseil*, précité.

¹²⁵⁸ Cf. pts.42 et 43 de l'arrêt.

¹²⁵⁹ Conclusions précédant l'arrêt *Arnold André* précité, pt.73 ; conclusions précédant l'arrêt *BAT* précité, pt.108.

¹²⁶⁰ Pour rappel, ces affaires ont donné lieu aux arrêts C-376/98 *Allemagne c. Parlement et Conseil*, 5 octobre 2000 et C-380/03 *Allemagne c. Parlement et Conseil*, 12 décembre 2006.

¹²⁶¹ Sur cette clause, cf. *supra*, n°718, 795.

l'établissement du marché intérieur se voyait compromis par une telle concession aux autorités nationales. En autorisant ces dernières à refuser la commercialisation, sur leur territoire, de produits étrangers répondant aux prescriptions de la directive, cette dérogation au profit des Etats mettait en péril la libre circulation des marchandises. Ajouté à d'autres éléments, ce constat amena la Cour de justice à annuler la norme communautaire pour défaut de base juridique. Qu'une directive fondée sur l'article 95 CE favorisât de la sorte les impératifs de santé publique au détriment du marché intérieur, voilà qui ne s'accordait guère avec le principe d'attribution des compétences.

1068. – A la suite de cet arrêt, le législateur communautaire adopta une nouvelle directive. Celle-ci fit également l'objet d'un recours en annulation, duquel elle sortit toutefois indemne. Elle présentait plusieurs différences avec la directive antérieure, qui lui valurent d'être considérée comme un véritable instrument au service du marché intérieur. Parmi ces différences, la Cour releva la présence d'une clause de libre circulation. Si les Etats demeuraient autorisés à faire preuve de plus de sévérité à l'égard des producteurs implantés sur leur territoire, ils ne pouvaient désormais plus invoquer leurs propres standards pour faire obstacle à l'importation de produits étrangers conformes à la directive. L'unité du marché intérieur était ainsi sauvegardée et le recours à l'article 95 CE, justifié¹²⁶².

1069. – Cette (relative) sévérité demeure cependant l'exception. En règle générale, la Cour fait montre de beaucoup de compréhension envers les choix « politiques » du législateur communautaire. Que l'article 95 CE serve de base à l'établissement d'un régime de protection d'un droit de l'homme au-delà de ce que requiert le marché intérieur, voilà qui ne semble guère la troubler. Si elle n'est pas condamnable en soi, on est tenté de penser que cette indulgence juridictionnelle confine parfois au laxisme. Non pas que les décisions de la Cour paraissent inacceptables sur le plan des principes, mais les raisonnements par lesquels elle y parvient s'avèrent souvent un peu courts et manquent parfois de cohérence. Arrêtons-nous y un instant.

1070. – (i) On commencera par souligner la clémence dont bénéficient les mesures communautaires portant une interdiction pure et simple de commercialisation. Dans les arrêts *Arnold André* et *Swedish Match*, les requérants mettaient ainsi en cause la validité de l'article 8 de la directive 2001/37/CE, prohibant « la mise sur le marché des tabacs à usage oral ». Ils estimaient qu'une telle interdiction ne pouvait, par principe, être considérée comme un outil mis au service du commerce intracommunautaire et de la libre circulation des marchandises. Loin de contribuer à l'établissement du marché intérieur, cette mesure avait pour seul objet la protection de la santé publique.

1071. – La Cour de justice donna tort aux requérants. S'appuyant sur l'arrêt « sécurité des produits » du 9 août 1994¹²⁶³, elle déclara que l'article 95 CE habilite le législateur communautaire à interdire la commercialisation de certains produits lorsque cela s'avère nécessaire pour éliminer les entraves – potentielles – à la liberté de circulation résultant des disparités législatives entre les Etats membres. Ce raisonnement laisse songeur. Certes, « si les mesures communautaires doivent améliorer les conditions de l'établissement et du fonctionnement du marché intérieur, et faciliter les échanges, cela n'implique pas qu'elles doivent le faire en ce qui concerne tous les produits considérés individuellement »¹²⁶⁴. En ce sens, nul ne disconvient que l'unité du marché intérieur – et le principe de confiance mutuelle sur lequel il repose – se voit renforcée par un mécanisme permettant aux autorités communautaires d'ordonner le retrait de certains produits dont la sécurité est mise en question¹²⁶⁵. De même, « (...) la libre circulation des piles alcalines au manganèse est facilitée par une mesure qui assure l'interdiction de la vente, dans l'ensemble des Etats membres, des piles contenant plus d'un certain pourcentage de mercure »¹²⁶⁶. En revanche, on voit mal en quoi une mesure d'interdiction de commercialisation d'un

¹²⁶² Cf. également l'arrêt *BAT* précité, pt.88.

¹²⁶³ C-359/92 *Allemagne c. Conseil*, 9 août 1994, *Rec.*, 1994, p.I-3681.

¹²⁶⁴ AG Geelhoed, conclusions présentées le 7 septembre 2004 dans les affaires *Arnold André* et *Swedish Match* précitées, pt.79.

¹²⁶⁵ C'est cette situation qui a fait l'objet de l'arrêt « sécurité des produits » précité.

¹²⁶⁶ AG Jacobs, conclusions présentées le 18 mai 1994 dans l'affaire C-187/93 précitée, pt.44.

produit, à la fois absolue et isolée, « (...) vise globalement à promouvoir, plutôt qu'à restreindre, une telle circulation »¹²⁶⁷.

1072. – (ii) La tolérance manifestée par la Cour à l'égard du législateur communautaire a également trouvé à s'appliquer dans d'autres circonstances. Rappelons ainsi que l'article 3 de la directive 2001/37/CE a lui aussi fait l'objet d'un recours devant la Cour de justice¹²⁶⁸. Cette disposition, abrogeant sur ce point une directive précédente, revoyait à la baisse la teneur maximale de goudron que peuvent contenir les cigarettes. Les requérants estimèrent que l'article 95 CE ne pouvait pas servir de base à une telle réglementation dès lors que celle-ci se limitait à remplacer – pour des raisons de santé publique – une mesure qui avait *déjà* procédé à l'harmonisation totale des législations nationales relatives à la teneur en goudron des cigarettes.

1073. – S'il ne manquait pas de pertinence, cet argument fut cependant écarté par la Cour. Celle-ci estima que dans la mesure où ce domaine avait fait l'objet d'une réglementation au niveau communautaire, il échappait désormais à la compétence des Etats membres. Il appartenait donc au seul législateur européen d'adapter cette réglementation au regard de l'évolution des connaissances scientifiques et de « (...) l'importance accrue accordée au plan politique et social à la lutte contre le tabagisme » (pt.80 de l'arrêt). Cette réponse n'est pas sans cohérence, eu égard à la clause transversale qui impose au législateur européen d'assurer « un niveau élevé de protection de la santé humaine » dans toutes ses politiques (art.152 CE). Une fois encore cependant, les implications d'un tel raisonnement éveillent les soupçons. Poussé jusqu'au bout, celui-ci constitue une menace pour l'équilibre des pouvoirs entre Communauté et Etats membres ; que l'exercice d'une compétence « fonctionnelle »¹²⁶⁹ permette au législateur communautaire d'acquérir un monopole dans un domaine dont l'accès lui est largement interdit par le traité, voilà qui donne du grain à moudre aux Cassandre du « *spillover effect* »¹²⁷⁰.

1074. – (iii) On soulignera encore que la bienveillance de la Cour à l'endroit des mesures fondées sur l'article 95 CE se traduit parfois par un manque de rigueur dans la détermination des objectifs poursuivis par ces mesures. Il n'est en effet pas rare que la validité d'une norme d'harmonisation soit contestée à la fois au niveau de sa base juridique et sur le plan du respect des droits de l'homme¹²⁷¹. Dans ces circonstances, les juges ont tendance à assigner à la mesure litigieuse un objectif différent selon le type d'« attaque » à laquelle elle est confrontée. Opéré en premier lieu, l'examen du bien-fondé de la base juridique conduit généralement la Cour à constater que la mesure mise en cause a pour objet principal l'intégration économique et la construction du marché intérieur. Attaquée quelques paragraphes plus loin pour atteinte au libre exercice de l'activité économique, au droit à la propriété ou à la liberté d'expression, la réglementation communautaire se trouve subitement interprétée comme visant la protection d'un intérêt non-marchand susceptible de justifier une

¹²⁶⁷ *Ibidem*, pt.43. Le raisonnement avancé par l'AG Geelhoed dans ses conclusions précédant les arrêts *Arnold André* et *Swedish Match* paraît à la fois nébuleux et peu convaincant. Selon celui-ci, du fait d'une telle interdiction « (...) il serait illégal de commencer à commercialiser le produit sur le marché communautaire. Cela réduit les coûts de mise en œuvre et permettrait même de réduire les coûts de la mise en œuvre de réglementations concernant des produits apparentés. En effet, le fait que le « snus » [produit du tabac oral visé par la directive] soit absent du marché de l'Union européenne permet de réduire l'effort nécessaire pour contrôler la mise sur le marché d'autres produits du tabac sans combustion. Sous cet angle, on peut affirmer que [la disposition litigieuse] contribue à la suppression des barrières aux échanges d'autres produits » (pt.79).

¹²⁶⁸ Affaire C-491/01 *BAT* précitée. Pour un commentaire, cf. D. SLATER, « The Scope of EC Harmonising Powers: The ECJ's Tobacco Case (C-491/01) in Perspective », *G.L.J.*, 2003, vol.4, n°2, 10 p., disponible sur www.germanlawjournal.com.

¹²⁶⁹ « [L]e champ d'application de [l'article 95] n'est pas déterminé *ratione materiae*, mais sur la base d'un critère *fonctionnel*, s'étendant de manière horizontale à l'ensemble des mesures destinées à la réalisation du 'marché intérieur' » (AG Tesaro, conclusions dans l'affaire C-300/89 précitée, p.I-2887) ; « Il faut rappeler que la Cour considère que l'article 95 CE confère – et ce sont là nos propres termes – une compétence fonctionnelle » (AG. Geelhoed, conclusions dans l'affaire C-434/02 précitée, pt.73).

¹²⁷⁰ « Neo-functionalists argue that there is a spillover from one type of integration to another. In other words, if States integrated one sector of their economies, usually an area of low controversy (...), technical pressures would push them to integrating other sectors which are increasingly controversial (...) » (C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU*, 2004, p.14).

¹²⁷¹ Cf. par exemple les affaires *Alliance for Natural Health*, *Arnold André* et *Allemagne c. Parlement et Conseil* (« publicité en faveur du tabac II ») précitées.

restriction à un droit fondamental. S'il est bien compréhensible, un tel raisonnement n'est évidemment pas à l'abri de toute critique. Il donne l'impression d'une Cour forcée de sacrifier à la cohérence pour sauver le droit dérivé de l'étreinte quasi illimitée des principes qu'elle a elle-même contribué à forger.

1075. – (iv) Enfin, l'analyse de deux affaires récentes permet d'observer que la clémence affichée par la Cour de justice n'est pas sans conséquence sur *le champ d'application* des mesures adoptées dans le cadre de la compétence « marché intérieur ». L'affaire *Rechnungshof*¹²⁷² portait sur l'interprétation de la directive 95/46/CE relative à la protection des données à caractère personnel. À l'origine du litige se trouvait une loi autrichienne obligeant certaines entités de droit public – l'Etat fédéral, les Länder, etc. – à communiquer à la *Rechnungshof* les traitements et pensions de retraite supérieurs à un montant déterminé que ces entités avaient versées à leurs employés au cours de l'année écoulée. En assurant la transparence des salaires les plus élevés, cette loi entendait inciter les administrations à faire preuve de parcimonie dans leur gestion des deniers publics. La validité de cette loi fut contestée, et la Cour de justice fut saisie d'une question préjudicielle portant – notamment – sur la compatibilité d'une telle mesure avec la directive 95/46/CE. La seconde affaire nous est déjà connue. Elle concernait des poursuites pénales engagées contre Mme Lindqvist pour violation de la loi suédoise transposant la directive 95/46/CE¹²⁷³. Mme Lindqvist soutenait que l'acte pour lequel elle était poursuivie – la divulgation sur Internet de renseignements relatifs à la vie privée de collègues de sa paroisse – échappait au champ d'application de la directive tel qu'il était défini en son article 3, §2¹²⁷⁴. Saisie à titre préjudiciel, la Cour de justice fut invitée à se pencher sur cette question.

1076. – Les conclusions précédant les arrêts *Rechnungshof* et *Lindqvist* furent présentées par l'avocat général Tizzano. Celui-ci considéra que la directive 95/46/CE ne trouvait pas à s'appliquer aux faits à l'origine des questions préjudicielles soumises à la Cour. Il estima que tant l'obligation comptable mise à charge des entités publiques autrichiennes (*Rechnungshof*) que le traitement de données personnelles opéré par une catéchiste à ses heures de loisirs échappaient au champ d'application du droit communautaire et, partant, de la directive 95/46/CE. Il souligna à cet égard que la directive avait été adoptée sur base de l'article 100 A (devenu 95) du traité, et qu'elle avait dès lors pour seul objectif de favoriser l'établissement du marché intérieur. Dans des termes à la fois limpides et convaincants, il déclara :

« Il est vrai que, pour déterminer le niveau de protection « équivalent dans tous les États membres », le législateur communautaire a tenu compte de la nécessité de promouvoir « le progrès économique et social » et, surtout, de sauvegarder « les droits fondamentaux des personnes » (...), afin de garantir un « niveau élevé » de protection (...). Il a cependant toujours agi dans le cadre et dans le but de réaliser l'objectif principal de la directive, à savoir favoriser la libre circulation des données à caractère personnel, cela étant considéré comme « fondamental pour le marché intérieur » (...).

La promotion du progrès économique et social et la sauvegarde des droits fondamentaux représentent par conséquent des valeurs et des exigences importantes dont le législateur communautaire a tenu compte en définissant les dispositions harmonisées nécessaires pour l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur, mais *ne constituent pas des objectifs autonomes de la directive*. Il faudrait considérer sinon que la directive vise également à protéger les individus à l'égard du traitement des données à caractère personnel indépendamment de l'objectif consistant à favoriser la libre circulation de ces données, avec la conséquence incongrue de faire relever du champ d'application de celle-ci des traitements effectués pour l'exercice d'activités qui ont une certaine importance sociale, mais qui ne présentent aucun rapport avec l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur.

¹²⁷² C-465/00, C-138/01, C-139/01 *Rechnungshof*, 20 mai 2003, *Rec.*, 2003, p.I-4989.

¹²⁷³ C-101/01 *Bodil Lindqvist*, précité.

¹²⁷⁴ « La présente directive ne s'applique pas au traitement de données à caractère personnel :

- mis en œuvre pour l'exercice d'activités qui ne relèvent pas du champ d'application du droit communautaire, telles que celles prévues aux titre V et VI du traité sur l'Union européenne, et, en tout état de cause, aux traitements ayant pour objet la sécurité publique, la défense, la sûreté de l'Etat (...) et les activités de l'Etat relatives à des domaines du droit pénal,
- effectué par une personne physique pour l'exercice d'activités exclusivement personnelles ou domestiques ».

D'autre part, si l'on attribuait à la directive, outre le but de favoriser la libre circulation des données à caractère personnel dans le marché intérieur, des objectifs supplémentaires et autonomes connexes à des exigences de caractère social et à la sauvegarde des droits fondamentaux (en particulier du droit à la vie privée), on risquerait de mettre en cause la validité même de la directive, étant donné que la base juridique de celle-ci serait manifestement inappropriée dans ce cas. En effet, l'article 100 A du traité ne saurait être invoqué à titre de fondement de mesures qui dépassent les finalités spécifiques mentionnées dans cette disposition, à savoir pour des mesures qui ne seraient pas justifiées par l'objectif de favoriser « l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur » »¹²⁷⁵.

1077. – Pour brillante qu'elle fût, cette analyse n'emporta pas l'adhésion de la Cour. Celle-ci conclut à l'applicabilité de la directive aux deux cas d'espèce. Se référant à ses arrêts « publicité en faveur du tabac I » et *BAT*, elle souligna que « (...) le recours à la base juridique de l'article 100 A du traité ne présuppose pas l'existence d'un lien effectif avec la libre circulation entre Etats membres dans chacune des situations visées par l'acte fondé sur une telle base ». Elle ajouta que faire dépendre l'applicabilité de la directive de l'existence d'un lien suffisant avec la liberté de circulation « (...) risquerait de rendre les limites du domaine d'application de ladite directive particulièrement incertaines et aléatoires, ce qui serait contraire à l'objectif essentiel de celle-ci, qui est de rapprocher les dispositions (...) des Etats membres afin d'éliminer les obstacles au fonctionnement du marché intérieur (...) »¹²⁷⁶.

1078. – Le raisonnement de la Cour suscite la perplexité. D'une part, il démontre la malléabilité de l'argument tiré du fonctionnement du marché intérieur, lequel est invoqué ici pour étendre l'application d'une directive à des situations qui ne présentent aucun lien avec celui-ci¹²⁷⁷. D'autre part, il conduit à remettre en cause le bien-fondé de la base juridique de la directive. « Het lijkt er inderdaad op (...) dat met de door het HvJ gehanteerde reikwijdte de inhoud van de richtlijn daadwerkelijk ondersteuning geeft aan een doelstelling als de harmonisatie van het fundamentele recht op bescherming van persoonsgegevens »¹²⁷⁸. Enfin, on relèvera avec étonnement que « [p]ris à la lettre, l'arrêt [*Rechnungshof*] pourrait signifier que le traité ne circonscrit pas le domaine d'applicabilité, matériel ou spatial, du droit dérivé. Cette affirmation semble cependant reposer plus sur un usage erroné de la jurisprudence *Tabac*, du 5 octobre 2000, que sur la volonté de modifier la hiérarchie des sources communautaires, ce que la Cour n'aurait d'ailleurs pas le pouvoir de décider »¹²⁷⁹. En toute hypothèse, on conviendra que le raisonnement avancé par la Cour traduit une extrême bienveillance envers les alliances institutionnelles. En refusant de se prononcer sur l'adéquation de la base juridique de la directive – pourtant mise en doute par Mme Lindqvist – et en appliquant celle-ci à des situations étrangères au marché intérieur, la Cour a rappelé à ceux qui l'auraient oublié qu'elle continue de participer activement à la réalisation d'une « union sans cesse plus étroite »¹²⁸⁰.

*

¹²⁷⁵ Conclusions du 19 septembre 2002 dans l'affaire *Lindqvist*, pts.40-42 ; Conclusions du 14 novembre 2002 dans l'affaire *Rechnungshof*, pts. 52-54. Nous soulignons.

¹²⁷⁶ Arrêt *Lindqvist*, pts.40-41 ; arrêt *Rechnungshof*, pts.41-42.

¹²⁷⁷ Pour un commentaire critique de l'arrêt *Rechnungshof*, cf. C.D. CLASSEN, *C.M.L.R.*, 2004, p.1377-1385. Pour une appréciation plutôt positive du raisonnement de la Cour dans l'arrêt *Lindqvist*, cf. L. COUDRAY, *C.M.L.R.*, 2004, p.1361-1376.

¹²⁷⁸ H.R. KRANENBORG, « Pas op met wat je op je homepage zet ! », *N.J.C.M.-Bulletin*, 2004, n°3, p.421.

¹²⁷⁹ S. FRANCO, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, 2005, p.520.

¹²⁸⁰ Les observateurs avertis auront noté que l'extension de l'applicabilité de la directive au-delà du marché intérieur a entraîné une extension parallèle de la compétence de la Cour pour assurer le respect du droit à la vie privée. Sans la directive en effet, on voit mal comment la Cour aurait pu évaluer la compatibilité de la réglementation autrichienne et des actes de Mme Lindqvist avec le droit à la vie privée. On se gardera bien de conclure que l'interprétation généreuse donnée par la Cour à la directive était motivée par le désir d'étendre ses propres pouvoirs. On notera cependant que les affaires *Lindqvist* et *Rechnungshof* « (...) signify the symbiotic relationship between the expansion of the Union's powers in order to legislate on human rights and the expansion of the Court's human rights review » (A. KNOOK, « The Court, the Charter and the Vertical Division of Powers in the European Union », *C.M.L.R.*, 2005, vol.42, p.391).

1079. – Pour conclure cette section, nous voudrions montrer que ces faiblesses jurisprudentielles peuvent être analysées sous le signe du flou. On constatera d’abord que la jurisprudence de la Cour véhicule une certaine confusion entre ce que le législateur *doit* et ce qu’il *peut* faire pour promouvoir les droits fondamentaux dans le cadre de sa compétence « marché intérieur ». Nous avons vu qu’à plusieurs reprises, la Cour a fait état de l’obligation pour le législateur de réaliser un niveau élevé de protection de la santé. Fondé sur les clauses d’intégration horizontale, ce raisonnement doit logiquement être étendu à l’ensemble des droits fondamentaux sur base de l’article 6 UE. Cette extension n’est toutefois pas sans poser problème eu égard au nombre d’intérêts et de valeurs qui peuvent aujourd’hui prétendre au statut de droit fondamental. On conviendra que l’obligation de respect des droits de l’homme hypothèque lourdement l’effectivité du principe d’attribution des compétences à partir du moment où il n’est pas un objectif politique qui ne puisse être ramené à l’expression plus ou moins élaborée d’un droit fondamental.

1080. – La seconde source de confusion concerne la ligne de démarcation entre ce que le législateur *peut* et ce qu’il *ne peut pas* faire pour la promotion des droits fondamentaux lorsqu’il exerce sa compétence « marché intérieur ». Nous avons vu plus haut que les principes d’attribution des compétences et de proportionnalité imposaient une double limite à l’action de la Communauté dans ce domaine. Sans doute ces limites gagneraient-elles à être plus clairement établies par la Cour.

1081. – D’une part, on aimerait savoir dans quelle mesure le principe d’attribution des compétences tolère la poursuite d’objectifs qui ne sont pas dictés par la dynamique de l’intégration économique. Le législateur semble bel et bien autorisé à assurer la satisfaction d’intérêts concurrents lorsque celle-ci est *sans impact* sur l’établissement du marché intérieur. En revanche, la Cour paraît plus perplexe face aux mesures dont le contenu et le but sont susceptibles de *compromettre* le bon fonctionnement du marché ou, au moins, d’entraver la libre circulation. Casuistique, la jurisprudence semble parfois manquer de cohérence dans ce domaine. On se demandera à cet égard s’il est bien vrai que le marché intérieur est mieux servi par une interdiction générale de commercialisation (arrêts *Arnold André* et *Swedish Match*) d’un produit que par une mesure d’harmonisation minimale dépourvue de clause de libre circulation (arrêt « publicité en faveur du tabac I ») .

1082. – D’autre part, la jurisprudence de la Cour entretient le doute sur la portée exacte du principe de proportionnalité consacré à l’article 5 CE. Loin de le considérer comme un principe de répartition des compétences entre Communauté et Etats membres, la Cour semble l’interpréter comme une maxime de bonne gouvernance qui commande d’établir un équilibre entre des valeurs et des intérêts concurrents. Avec *M. Kumm*, on doit pourtant constater que la proportionnalité de l’article 5 CE n’est pas la même que celle qui permet d’opérer un arbitrage entre la libre circulation et des objectifs d’intérêt général. Appliquée à la répartition des compétences, la proportionnalité implique que « (...) the regulatory means must further a legitimate jurisdictional objective in a way that is not disproportionately intrusive to *Member State autonomy*. The question is: is the directive a proportional means to further the removal of obstacles to trade when compared to the impact it has on *Member State regulatory autonomy* ? »¹²⁸¹. Entendue en ce sens, la proportionnalité apparaît alors comme un rempart particulièrement efficace contre les alliances institutionnelles. Le législateur communautaire ne pourra harmoniser la protection d’un droit fondamental que s’il apparaît que celle-ci est à la fois adéquate et nécessaire par rapport à l’objectif de l’intégration économique et s’il s’avère en outre que les bénéfices qu’en retire le marché intérieur dépassent les coûts qui en résultent pour l’autonomie des Etats membres.

1083. – Il ne nous appartient pas – du moins dans l’immédiat¹²⁸² – de proposer des réponses aux problèmes que nous venons de soulever. On se contentera d’observer que ces critiques mettent en lumière des questions fondamentales, qui touchent aussi bien à la notion de droit de l’homme qu’à

¹²⁸¹ M. KUMM, *loc. cit.*, p.253. Souligné dans le texte.

¹²⁸² Cf. *infra*, n°1474 et s.

l'étendue du contrôle juridictionnel ou à la relation entre une obligation et un pouvoir. Nul doute que ces questions resurgiront dans la suite de cette étude.

Conclusion

1084. – Ce survol des alliances entre droits de l'homme et libre circulation nous a permis de contempler un paysage très diversifié. On aura constaté que les alliances apparaissent tantôt dans les plaidoiries des parties au litige et dans les questions préjudicielles des juridictions nationales, tantôt dans les conclusions des avocats généraux et dans les arrêts de la Cour de justice, tantôt enfin dans les préambules des mesures de droit dérivé.

1085. – Pour être disparates, ces phénomènes d'alliance n'en témoignent pas moins d'une même dynamique centripète. La logique des droits de l'homme se met au service de l'intégration européenne en fournissant à ses partisans une arme supplémentaire contre le protectionnisme – économique et social – des Etats membres. Elle permet en outre, par ricochet, de justifier l'adoption de mesures communautaires dans des matières et sur des questions de plus en plus diverses.

1086. – Ces processus d'alliance renvoient également à des problèmes communs. Ici comme dans le chapitre précédent, le flou semble régner en maître. Il se laisse d'abord apercevoir dans les nombreuses alliances implicites qui peuplent la jurisprudence communautaire. Ce « silence des droits de l'homme » témoigne à la fois de la difficulté de cerner le concept même de droit fondamental et d'en faire toujours un usage cohérent. Tout aussi emblématique de ces difficultés, l'utilisation du « discours des droits » à des fins rhétoriques souligne elle aussi la nécessité de (re)définir le plus rigoureusement possible les contours de la catégorie juridique des droits de l'homme.

1087. – Cette impression de flou se prolonge au niveau des effets qui se dégagent des alliances entre libre circulation et droits de l'homme. La jurisprudence est particulièrement obscure à cet égard. Les griefs tirés de la violation d'un droit fondamental et les arguments fondés sur une violation des libertés de circulation font parfois l'objet d'examen totalement séparés, permettant une analyse de la validité des mesures nationales sous des angles complémentaires. Dans d'autres situations, les alliances génèrent une « plus-value normative », comme si la conjugaison des arguments devait se traduire par un surcroît de sévérité au niveau du contrôle de proportionnalité. Il semble encore que les alliances entraînent – et sans que cet effet soit exclusif des précédents – une extension du champ d'application du droit communautaire, soit qu'elles s'accompagnent d'un élargissement de la compétence de la Cour de Luxembourg, soit qu'elles justifient une intervention du législateur européen dans des domaines qui lui sont d'ordinaire inaccessibles.

1088. – Ce dernier effet des alliances renvoie directement à d'autres lieux du flou. Il souligne d'abord la formidable élasticité du lien qui unit – ou est susceptible d'unir – la protection des droits fondamentaux aux impératifs de l'intégration économique. Si les alliances trouvent quelquefois leur origine dans des raisons « contingentes » ou « génétiques », elles reposent bien souvent sur des constructions plus artificielles qui mettent en doute la sincérité de leur auteur. On ne reviendra plus à cet égard sur le rôle joué par les arguments tirés de l'effectivité ou de la proximité de la libre circulation, dont la simplicité et la flexibilité ont permis de bâtir les alliances économiques, citoyennes et institutionnelles les plus improbables.

1089. – Cette gradualité dans l'intensité des rapports entre droits fondamentaux et libre circulation rend malaisée toute tentative de tracer une ligne de démarcation claire entre les alliances légitimes et celles qui ne le sont point. Une telle entreprise est pourtant nécessaire eu égard aux enjeux institutionnels qui sous-tendent ces combinaisons argumentatives. Par où l'on dévoile une dernière source de flou, liée aux questions de répartition des compétences entre la Communauté et les Etats membres. Aujourd'hui plus que jamais, l'on peine à cerner l'étendue de la compétence des juges de Luxembourg et du législateur communautaires à l'égard des droits de l'homme. Le principe d'attribution des compétences et la volonté des maîtres des traités semblent largement court-circuités par les vertus légitimantes du « discours des droits » et par la force de gravité qui se dégage de l'argument tiré du « bon fonctionnement du marché intérieur ». Notre grille de lecture nous a conduit à observer sous un angle différent ces questions d'ordre institutionnel. Reste à voir si elle nous permettra d'y apporter des réponses nouvelles et satisfaisantes.

CONCLUSION

1090. – Cette deuxième partie a été l'occasion d'une plongée au cœur de notre objet d'étude. L'analyse de la jurisprudence communautaire nous a permis de mesurer l'ambivalence des relations qui unissent les exigences de protection des droits de l'homme et les impératifs du marché intérieur. Tantôt adversaires, tantôt partenaires, la logique des droits fondamentaux et la dynamique de la libre circulation se croisent régulièrement dans les affaires soumises aux juridictions communautaires. Composé d'arrêts aussi nombreux que variés, le paysage très riche qu'il nous a été donné d'observer ne se laisse pas facilement embrasser d'un dernier regard, comme en témoigne le « memento » qui suit cette conclusion. De ce paysage, il se dégage toutefois certaines lignes de fuite dont on voudrait une fois encore souligner l'importance, et qui jettent déjà des ponts vers la troisième partie de cette étude.

1091. – A diverses reprises, on a tenté de montrer que les relations entre droits fondamentaux et libre circulation gagnaient à être analysées à la lumière de la double tension qui parcourt la construction européenne tout entière. Entre unité et diversité, entre impératifs économiques et valeurs non-marchandes, le navire européen cherche son cap. Dans cette entreprise continue de réorientation, le respect des droits fondamentaux et la promotion des libertés de circulation constituent à première vue de précieuses balises. Tantôt celles-ci s'opposent, invitant les autorités communautaires à se garder des excès et à maintenir un cap équilibré, à distance respectable de chacun des pôles. Tantôt en revanche elles pointent dans la même direction, indiquant la voie d'une intégration plus poussée en direction de l'Europe des marchands ou de celle des citoyens.

1092. – Les choses ne sont pourtant pas si simples. Comme tous les artefacts du langage juridique, les concepts de « droits fondamentaux », « libertés de circulation » et « marché intérieur » véhiculent une part importante d'indétermination et se prêtent aux usages les plus divers. Loin d'être des points de repère fixes qui s'ancrent dans la terre ferme d'une sorte d'essence des choses, ils se déplacent au gré des intérêts de ceux qui les invoquent, au risque de perdre le navigateur qui s'y fierait aveuglément. À n'en pas douter, les conflits et les alliances explorés dans cette partie traduisent plus qu'ils ne guident ce mouvement permanent d'oscillation entre unité et diversité, et entre valeurs marchandes et non-marchandes.

1093. – C'est probablement cette mise en tension des contraires par la médiation du langage juridique qui génère le flou que l'on a traqué sans relâche dans la jurisprudence communautaire. Qui ne voit en effet que sous la pression de forces contradictoires nourries par la plasticité des concepts juridiques, les frontières les plus fondamentales de la science du droit perdent de leur netteté ?

1094. – Cette invasion du flou s'observe à tous les niveaux, du plus concret au plus général. On commencera ainsi par signaler l'estompement de la ligne de démarcation qui distingue traditionnellement le principe – la libre circulation – de l'exception – les raisons d'intérêt général. Le recours au langage des droits fondamentaux par les Etats qui entendent déroger aux libertés de circulation remet en cause le rapport hiérarchique instauré par les rédacteurs du traité de Rome eux-mêmes, qui commande d'interpréter strictement toute dérogation à la dynamique de l'intégration économique. Si elle restaure un certain équilibre entre les pôles en favorisant l'expression de la diversité et la poursuite d'objectifs non-marchands, cette évolution n'en contribue pas moins à troubler un principe bien acquis du droit communautaire.

1095. – Les frontières qui délimitent les compétences des autorités communautaires se font elles aussi envahir par le flou. La flexibilité des alliances entre droits fondamentaux et libre circulation a permis tant à la Cour de justice qu'au législateur européen d'intervenir dans des domaines qui sont d'ordinaire l'apanage des Etats. Garants de la diversité, les principes d'attribution des compétences, de subsidiarité et de proportionnalité ont fort à faire contre cette progression du droit communautaire, qui s'autorise à la fois de la légitimité des droits de l'homme et de la nécessité du marché intérieur. La Cour de justice en est bien consciente, qui s'efforce parfois de freiner la dynamique centripète en abandonnant le contrôle de proportionnalité aux juridictions nationales ou en privilégiant une lecture restrictive de l'article 95 CE. À défaut d'être systématisées, ces concessions ponctuelles à l'autonomie des Etats brouillent cependant davantage encore les lignes de répartition des compétences.

1096. – Le flou se laisse également apercevoir à un niveau plus théorique. Les frontières qui bornent traditionnellement le rôle et la place des droits fondamentaux semblent ainsi s'effriter au contact de la jurisprudence communautaire. Loin d'apparaître systématiquement comme des boucliers destinés à protéger l'individu contre la logique destructrice du marché ou contre la tyrannie de la majorité et de l'intérêt général, les droits de l'homme se prêtent à la défense des intérêts les plus divers. Et s'ils continuent de garantir la liberté et l'autonomie individuelle, ils apparaissent désormais aussi porteurs de valeurs concurrentes telles que la responsabilité ou la solidarité, légitimant ainsi la réalisation de politiques publiques ou la dérogation aux lois du marché. Invoqués à toutes les fins – même les plus rhétoriques –, en nombre croissant au fil des « générations », les droits fondamentaux importent le flou au cœur même de la « Communauté de droit » et troublent les distinctions classiques opposant intérêt particulier et général, valeurs marchandes et non-marchandes, unité et diversité.

1097. – Les concepts de « liberté de circulation » et de « marché intérieur » ne sont pas moins équivoques. A la fois apparentée aux droits fondamentaux, instrumentalisée en vue de la réalisation de l'intégration économique et érigée en finalité ultime de celle-ci, la liberté de circulation est un concept éminemment flou. Et si elle pointe inflexiblement en direction de l'unité, elle occupe en revanche une place plus ambiguë sur l'axe marchand - non-marchand, se faisant tantôt le porte-voix des opérateurs économiques, tantôt le vecteur de la solidarité entre les peuples et l'emblème de l'Europe sociale. Il en va de même du marché intérieur, que l'on aurait tort de réduire à l'expression d'un credo néolibéral. Loin de la main invisible d'Adam Smith, le bon fonctionnement du marché unique nécessite une vigilance constante de la part des autorités communautaires, engagées dans un arbitrage permanent entre la dérégulation et la protection de valeurs non-marchandes, et entre l'uniformisation et la sauvegarde d'une forme de diversité régulatrice.

1098. – À un niveau plus abstrait encore, notre analyse jurisprudentielle conduit à remettre en cause la solidité des barrières qui bornent le pré carré dans lequel la pensée positiviste prétend contenir la chose juridique. Sans que l'on puisse s'y attarder, on notera que la séparation classique du droit et de la morale est la première à s'effacer dans ces affaires où, privé d'un texte lui dictant la bonne réponse, le juge est amené à déterminer la portée de principes aux contours flous, inspirés de valeurs aussi

disparates que la liberté, la dignité, ou la solidarité. La validité de la solution juridique découle davantage de son caractère équitable – en un mot, de sa légitimité morale – que de l'application correcte d'hypothétiques règles générales applicables au cas de l'espèce.

1099. – Les relations entre faits et droit, traditionnellement limitées au processus unidirectionnel et quasi transcendantal de la subsumption, perdent elles aussi de leur netteté. Pointant derrière les relations « manquées » et « potentielles » que l'on a examinées, le hiatus entre les « mots » et les « choses » témoigne du caractère profondément arbitraire – au sens de non déterminé – de la qualification juridique, et nous emmène bien loin des poncifs qui veulent qu'à chaque situation de fait corresponde une et une seule traduction juridique.

1100. – Enfin, les conflits entre libertés de circulation et droits fondamentaux tout comme le surcroît de normativité qui résulte – parfois – de leur combinaison mettent en exergue les limites d'une conception binaire de la juridicité, qui ne ménage aucun espace entre le droit et l'absence de celui-ci. À milles lieues du statut envié de droit subjectif, les droits de l'homme et les libertés de circulation apparaissent ici comme des intérêts éventuellement cumulables, qu'il importe certes de préserver au maximum, mais dont la défense s'arrête là où la protection d'intérêts concurrents le commande. Dans ces situations de plus en plus fréquentes, le droit apparaît comme la résultante, calculée au coup par coup par le juge, qui jaillit de l'interaction entre des principes cardinaux de l'ordre juridique européen.

1101. – À bien y réfléchir, on peut encore aller plus loin et voir dans ces principes et droits fondamentaux les sources d'un droit qui se construit à travers eux et se nourrit de leurs relations. Dans cette perspective, les droits de l'homme et les libertés économiques ne sont pas du droit ; ils ne sont que le matériau qui aidera à la confection de celui-ci¹²⁸³. À vrai dire, on ne voit guère ce qui reste de la pyramide kelsénienne et de l'idéal de sécurité juridique qu'elle incarne dans ces situations où, en amont du procès, les frontières entre droit et non-droit restent incertaines et où le seul droit « dur » est celui qui émane de la bouche du juge.

1102. – C'est sur cette note provocatrice que se referme la deuxième partie de cette recherche. Après avoir identifié le flou en bordure de notre objet d'étude, nous avons maintenant acté sa présence au cœur même de celui-ci. La suite de l'entreprise s'avère plus délicate, dès lors qu'elle entend répondre aux questions soulevées par l'omniprésence de ces « entre-deux du droit ». En d'autres termes, sans prétendre expurger notre objet d'étude de l'indétermination inhérente au phénomène juridique, il convient à présent de s'attacher à dompter ou, à tout le moins, à encadrer celle-ci.

1102bis.–

MARGINALIA

Interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire – memento

I. Conflits

[Oppositions entre les impératifs de la libre circulation et les exigences de protection ou de respect des droits de l'homme]

1. Les droits fondamentaux face aux libertés de circulation

[La protection d'un droit fondamental est invoquée par un Etat membre pour justifier une atteinte à l'une des quatre libertés de circulation]

A. Les lieux du conflit

¹²⁸³ Ces remarques s'inspirent librement des conceptions de la norme développées d'une part par F. MÜLLER (*Discours de la méthode juridique*, 5ème éd., 1996) et d'autre part par P. MOOR (*Pour une théorie micropolitique du droit*, 2005).

§1^{er}. Conflits explicites

[La présence d'un conflit entre un droit fondamental et une liberté de circulation est reconnue explicitement]

ex. : C-112/00 *Schmidberger* (libre circulation des marchandises c. liberté de réunion et de manifestation)

§2. Conflits manqués

[La présence d'un conflit entre un droit fondamental et une liberté de circulation n'est pas reconnue explicitement, alors même que l'intérêt brandi à l'encontre de la liberté de circulation est un droit fondamental consacré dans la jurisprudence de la Cour]

ex. : Aff. 60/84 *Cinéthèque* (libre circulation des marchandises c. liberté d'expression)

§3. Conflits potentiels

[La présence d'un conflit entre un droit fondamental et une liberté de circulation n'est pas reconnue explicitement alors même que l'intérêt brandi à l'encontre de la liberté de circulation est un droit fondamental reconnu par certains acteurs de l'ordre juridique européen]

ex. : C-157/99 *Smits et Peerbooms* (libre prestation des services c. droit à la santé)

B. La résolution du conflit

§1^{er}. Les droits fondamentaux comme exigence impérative d'intérêt général

[La protection d'un droit fondamental apparaît comme une « simple » raison impérative d'intérêt général susceptible de justifier une atteinte à une liberté de circulation, pourvu que cette atteinte soit proportionnée et non-discriminatoire]

ex. : C-288/89 *Gouda*

§2. Les droits fondamentaux comme raison expresse prévue par le traité

[La protection d'un droit fondamental apparaît comme nécessaire à la sauvegarde de l'ordre public ou de la moralité publique, et constitue de ce fait une raison expresse d'intérêt général, susceptible de justifier tout type d'atteinte à une liberté de circulation. Dans l'évaluation de la proportionnalité de l'atteinte, les autorités nationales se voient reconnaître une certaine marge d'appréciation eu égard à la diversité des sensibilités et des traditions culturelles et morales des Etats membres]

ex. C-36/02 *Omega*

§3. Les droits fondamentaux comme intérêt communautaire concurrent

[La protection d'un droit fondamental apparaît comme un impératif d'importance équivalente à l'exigence de respect des libertés de circulation. L'examen d'une atteinte à la libre circulation qui obéit à pareil motif commande une pondération d'intérêts, pour laquelle les autorités nationales se voient accorder une large marge d'appréciation]

ex. C-112/00 *Schmidberger*

§4. Les droits fondamentaux comme motif d'inapplication du droit communautaire

[Toute action – d'un Etat membre ou d'un particulier – qui vise la sauvegarde ou qui constitue l'exercice d'un droit fondamental tombe en dehors du champ d'application du droit communautaire. Raisonement toujours rejeté par la Cour]

ex. : C-341/05 *Laval*

2. Les droits fondamentaux face à la construction du marché intérieur

[Le respect ou la protection d'un droit fondamental est invoqué pour s'opposer à une mesure communautaire de rapprochement des législations nationales]

A. Les lieux du conflit

§1^{er}. La validité des mesures de rapprochement

[La validité d'une mesure de rapprochement des législations nationales est mise en cause pour violation d'un droit fondamental – explicite, manqué ou potentiel]

a) Déséquilibre au détriment du marché

[Le législateur se voit reprocher d'avoir protégé des intérêts non-marchands au détriment du libre-échange]

ex. : C-245/01 *RTL* (libre prestation des services c. liberté d'expression)

b) Déséquilibre en faveur du marché

[Le législateur se voit reprocher d'avoir favorisé le libre-échange au détriment des intérêts non-marchands]

ex. : C-236/01 *Monsanto* (libre circulation des marchandises c. droit à la santé et à un environnement sain)

c) Des déséquilibres atypiques

[Cas particuliers qui ne rentrent pas dans les catégories précédentes]

ex. : C-114/96 *Kieffer et Thill* (libre circulation des marchandises c. libre circulation des marchandises)

§2. L'étendue des mesures de rapprochement

[Un Etat désire déroger à une mesure de rapprochement des législations nationales au nom de la protection d'un droit fondamental – explicite, manqué ou potentiel]

a) La technique de l'harmonisation minimale

[L'Etat cherche à assurer la protection d'un droit fondamental à un niveau plus élevé que celui fixé par une mesure d'harmonisation minimale]

ex. : C-11/92 *Gallagher* (libre circulation des marchandises c. droit à la santé)

b) L'article 95, §§4 et 5, CE

[L'Etat cherche à assurer la protection d'un droit fondamental à un niveau plus élevé que celui fixé par une mesure d'harmonisation adoptée sur base de l'article 95 CE]

ex. : C-3/00 *Danemark c. Commission* (libre circulation des marchandises c. droit à un environnement sain)

§3. L'application des mesures de rapprochement

[Au nom de la protection ou du respect d'un droit fondamental, un Etat entrave, de manière « sauvage », la libre circulation d'un produit présumé conforme aux exigences établies par la mesure communautaire de rapprochement des législations nationales]

ex. C-470/03 *AGM* (libre circulation des marchandises c. respect de la liberté d'expression et protection du droit à la santé)

B. La résolution du conflit

§1^{er}. Au contentieux de la validité – les droits fondamentaux, une plume dans la balance

[Que ce soit au nom de valeurs marchandes ou non-marchandes, les griefs tirés de la violation d'un droit fondamental ne paraissent guère entamer le très large pouvoir discrétionnaire du législateur communautaire. Celui-ci reste simplement tenu à une exigence très vague et générale de proportionnalité entre les différents intérêts qu'il arbitre]

ex. : C-210/03 *Swedish Match*

§2. Au contentieux de la dérogation – les droits fondamentaux, absents du discours et ignorés du raisonnement

[Le « langage des droits fondamentaux » n'est jamais utilisé pour justifier l'adoption ou le maintien d'une mesure nationale plus sévère qu'une réglementation communautaire d'harmonisation minimale ou qu'une norme de droit dérivée adoptée sur base de l'article 95 CE. Ces facultés de dérogation prévues par le droit communautaire sont interprétées strictement par son juge]

ex. : - harmonisation minimale : C-1/96 *CIWF*
- art.95 CE : C-3/00 *Danemark c. Commission*

§3. Au contentieux de l'application – l'absence de « passe-droits fondamentaux »

[La violation « sauvage » d'une clause de libre circulation contenue dans une norme de rapprochement des législations nationales semble injustifiable, même si elle s'autorise – explicitement ou non – de la protection d'un droit fondamental]

ex. : - C-6/05 *Medipac* (conflit potentiel)
- C-470/03 *AGM* (conflit potentiel (droit à la santé) et explicite (liberté d'expression))

II. Alliances

[Partenariats entre les impératifs de la libre circulation et les exigences de protection ou de respect des droits de l'homme]

1. Visée des alliances

A. Alliances économiques

[Alliances visant à promouvoir le libre-échange]

ex. : C-260/89 *ERT* (libre prestation des services + liberté d'expression)

B. Alliances citoyennes

[Alliances visant à favoriser la libre circulation des citoyens]

ex. : C-482 et C-493/01 *Orfanopoulos* (libre circulation des citoyens + droit à la vie privée et familiale)

C. Alliances institutionnelles

[Alliances visant à établir la compétence du législateur communautaire dans le domaine des droits de l'homme en se fondant sur les effets délétères, pour le bon fonctionnement du marché intérieur, d'un conflit entre une liberté de circulation et un droit fondamental]

ex. : Directive « données à caractère personnel » (libre circulation des marchandises + droit à la vie privée)

2. Origine/intensité des alliances

A. Alliances génétiques

[Alliances desquelles procèdent les libertés de circulation]

Alliances économiques : Libre exercice de l'activité économique + dynamique du marché intérieur

Alliances citoyennes : Liberté de circuler + dynamique du marché intérieur

Alliances institutionnelles : (Liberté de circulation c. droit fondamental) + dynamique du marché intérieur

B. Alliances contingentes

[Situations dans lesquelles une atteinte à la libre circulation constitue simultanément et indépendamment une atteinte à un droit fondamental (alliances contingentes passives). Ces situations surgissent notamment dans les cas où l'exercice de la libre circulation se double de l'exercice d'un droit fondamental (alliances contingentes actives)]

ex. : alliance économique active : C-370/05 *Uwe Kay Festersen* (libre circulation des capitaux + droit de choisir librement sa résidence)
alliance citoyenne passive : Aff. 118/75 *Watson & Belmann* (libre circulation des personnes + droit à la vie privée)

C. Alliances nécessaires

[Situations dans lesquelles une atteinte à un droit fondamental constitue une entrave à l'exercice effectif de la libre circulation]

ex. : Alliance économique : C-208/00 *Überseering* (liberté d'établissement + droit à un juge)
Alliance citoyenne : C-60/00 *Carpenter* (libre prestation des services + droit à la vie privée et familiale)

D. Alliances volontaires

[Situations dans lesquelles une atteinte à un droit fondamental constitue, ipso facto et par principe, une atteinte à la libre circulation]

ex. : Alliance économique : liberté de circulation + non-discrimination sur base de la nationalité ou de l'origine
Alliance citoyenne : AG Jacobs dans C-168/91 *Konstantinidis* (liberté de circulation + socle commun de droits fondamentaux)

E. Alliances de voisinage

[Situations dans lesquelles la libre circulation communautaire, quoiqu'inapplicable au cas d'espèce, sert d'agent de liaison entre le droit communautaire et les droits fondamentaux]

ex. : Alliance économique : AG Poiares Maduro dans C-72/03 *Carbonati* (libre circulation des marchandises + principe de non-discrimination)
Alliance citoyenne : C-109/01 *Akrich* (libre circulation des personnes + droit à la vie privée et familiale)

3. Effet des alliances

A. Complémentation de la libre circulation

[Les griefs tirés d'une atteinte à la libre circulation et à un droit fondamental se complètent, attaquant la mesure querellée sous deux angles différents, bornant l'autonomie des Etats à partir de deux points différents]

ex. : Alliance économique : AG van Gerven dans C-159/90 *Grogan* (libre prestation des services et liberté d'expression)
Alliance citoyenne : AG Stix-Hackl dans C-60/00 *Carpenter* (libre prestation des services et droit à la vie privée et familiale)

B. Renforcement de la libre circulation

[Les griefs tirés d'une atteinte à la libre circulation et à un droit fondamental se renforcent mutuellement, accroissant la sévérité du contrôle exercé sur la mesure querellée]

ex. : Alliance économique : C-370/05 *Uwe Kay Festersen* (libre circulation des capitaux et droit de choisir librement sa résidence)
Alliance citoyenne : C-459/99 *MRAX* (libre circulation des travailleurs et droit à la vie privée et familiale)

C. Extension de la libre circulation

[Les griefs tirés d'une atteinte à un droit fondamental entraînent une extension du champ d'application de la libre circulation]

§1^{er}. Effet d'entraînement

[Une atteinte à un droit fondamental est jugée contraire à la libre circulation communautaire parce qu'elle rend moins attrayant l'exercice de celle-ci]

ex. : Alliance économique : C-506/04 *Wilson* (liberté d'établissement + droit au juge)

Alliance citoyenne : C-148/02 *Avello* (libre circulation des citoyens + droit au nom)

§2. Effet de libéralisation

[Le rappel « rhétorique » des liens « génétiques » entre la liberté de commerce ou le droit au travail et la libre circulation des richesses sert à justifier une interprétation large des « quatre libertés »]

ex. : AG La Pergola dans C-212/97 *Centros* (liberté d'établissement + liberté commerciale)

§3. Effet d'humanisation

[Le rappel « rhétorique » des liens « génétiques » entre le droit de circuler librement et la libre circulation des citoyens sert à justifier une interprétation large de celle-ci]

ex. : AG Geelhoed dans C-413/99 *Baumbast* (libre circulation des citoyens + droit de circuler et résider librement]

D. Extension de la compétence de la Cour à l'égard des droits fondamentaux

[L'invocation conjointe d'une atteinte à la libre circulation et aux droits fondamentaux aboutit à étendre la compétence de la Cour à l'égard de ceux-ci. L'intensité de l'alliance fournit un critère intéressant pour apprécier, au cas par cas, la légitimité de cette extension de compétence]

Partie III. Propositions théoriques et pratiques

Le flou assumé et encadré

INTRODUCTION

1103. – Après avoir traqué le flou dans le contexte (Partie I) et dans le texte (Partie II) de la jurisprudence communautaire relative aux interactions entre libre circulation et droits fondamentaux, il convient à présent de formuler des directives théoriques et pratiques susceptibles d'en contenir les effets les plus funestes. L'observation doit maintenant laisser la place à l'action, la neutralité à l'engagement, la méthode analytique à la démarche syncrétique. Syncrétiques et synthétiques, les pages qui suivent le sont assurément. A la lumière d'une théorie générale de la fonction de juger, elles

ambitionnent de combiner les enseignements de nos chapitres antérieurs dans l'espoir d'en dégager quelques consignes à l'adresse des juges de Luxembourg.

1104. – Cette perspective en dit long déjà sur la conviction qui anime notre troisième partie. L'estompement des frontières qui bornaient nos ordres juridiques y est moins conçu comme une calamité que comme une chance. Certes, la dilution progressive du « pouvoir constituant » (Partie I, ch.1), le lent effritement des barrières entre les ordres juridiques nationaux (Partie I, ch.2), l'absence d'une stricte hiérarchie entre libre circulation et droits de l'homme (Partie II, ch.1), la texture ouverte de ces concepts fondamentaux (Parties I et II) et l'avènement d'une normativité graduelle (Partie II, ch.2) sont autant d'éléments qui privent le juge de repères stables et compliquent d'autant l'exercice de son office. Et pourtant. Amplifiés par la mondialisation du droit et la montée en puissance des cours et tribunaux, ces phénomènes conduisent les juges à une prise de conscience salutaire. S'imposant désormais avec la force de l'évidence, ils dessillent ces derniers sur une réalité juridique qui n'a jamais été autre que celle-là – mouvante, insaisissable, et largement désordonnée. Plus guère autorisé à s'abriter derrière les paroles univoques d'un législateur incontesté, le juge est ainsi tenu de prendre ses responsabilités. Plutôt que d'*appliquer* une norme claire et préétablie, il doit *construire* une jurisprudence convaincante, capable de faire sens dans le réseau de normes qui l'enserme.

1105. – Dans ce contexte, l'érosion des frontières qui prétendaient contenir et structurer la « chose juridique » apparaît comme une chance à saisir. Si elle ôte à la décision judiciaire tout point d'appui ferme et inébranlable, elle fournit en revanche au juge une source d'inspiration inépuisable. A la rigidité des parois de la pyramide se substitue la fluidité des synapses du réseau¹²⁸⁴. Poreuses, les frontières sont désormais traversées d'*inputs* provenant des foyers de droit les plus improbables. Les décisions de juridictions étrangères, les textes non juridiquement contraignants, les préambules des instruments juridiques, tout « fait farine au moulin juridictionnel ».

1106. – Privé de point de repère sûr dans l'arbitrage des cas difficiles, le juge est ainsi appelé à trouver dans le flou du droit le matériau qui servira à l'encadrer. Libérée de la clarté aveuglante d'un seul guide – la loi – et de l'angoisse de sa disparition – lorsque surgissent les « *hard cases* » et, à leur suite, le spectre de l'équité –, cette perspective réhabilite des sources et des pratiques longtemps laissées dans l'ombre par le positivisme dominant. Le jugement n'y apparaît ni comme le fruit de la découverte d'un sens toujours-déjà là, ni comme le résultat aléatoire d'un choix arbitraire, mais plutôt comme le produit d'une réflexion plus ou moins réussie selon qu'elle est parvenue à intégrer les points de vue des différents acteurs du réseau et à emporter l'adhésion de l'auditoire auquel elle s'adresse.

1107. – C'est ce même « pari sur le flou » qui sous-tend, dans des registres très différents il est vrai, les deux chapitres de cette troisième partie. Ceux-ci engagent les juges de Luxembourg à s'aider des innombrables balises du « réseau juridique européen » dans l'arbitrage des cas « tragiques » – plus ardues encore que les cas « difficiles », selon M. Atienza – où s'entremêlent la libre circulation et les droits de l'homme.

1108. – Le premier chapitre est essentiellement théorique, et rebutera peut-être – à tort, pensons-nous – le praticien du droit. Partant de certains acquis de la philosophie du langage et de la traduction, il entreprend de jeter une lumière nouvelle sur la fonction de juger et se risque à combiner les enseignements de courants aussi divers que ceux de l'*Interessenjurisprudenz*, de l'herméneutique juridique, et des théories de l'argumentation et de la communication. Le juge y est comparé au traducteur, et ses décisions y apparaissent comme autant de traductions marquées au double fer de la liberté et de la contrainte. Progressant en spirales du général au particulier, ces considérations abstraites ne tardent cependant pas à s'enraciner dans le terreau du droit positif européen, pour déboucher enfin sur la formulation de quelques consignes, encore vagues mais bien concrètes, à l'adresse du juge communautaire.

¹²⁸⁴ Sur ces concepts de pyramide et de réseau, cf. *supra*, l'introduction générale, et *infra*, n°1174 et s.

1109. – Le second chapitre constitue tout entier le point d’aboutissement de cette démarche *top-down*. Cette fois, c’est le théoricien du droit qui risque de se perdre dans les embranchements parfois tortueux de nos trois tableaux relatifs à l’arbitrage des interactions entre libre circulation et droits fondamentaux. Car c’est bien de cela qu’il s’agit : un guide pratique à l’usage des juges, la présentation d’un triptyque à vocation prescriptive qui, s’alimentant aux enseignements théoriques du chapitre précédent, entend présider à l’arbitrage des rapports entre droits fondamentaux et libre circulation. Pour dissiper d’emblée tout malentendu, on soulignera que sous ses dehors très ambitieux, cette folle entreprise n’a en réalité d’autre but que de lancer un double appel. Un appel au juge d’abord, à ne pas se réfugier dans une casuistique empreinte de scepticisme, et à ne jamais renoncer à la formulation de règles générales visant à encadrer le flou et à restaurer une sécurité juridique minimale. Un appel à la doctrine ensuite, à assumer son rôle de « foyer de droit » en soumettant à la discussion générale des propositions qui, même si elles s’avèrent irréalistes ou intenables, auront au moins le mérite d’avoir été soulevées.

CHAPITRE I. LE JUGEMENT COMME « TRADUCTION EN RESEAU »

Introduction

1110. – Comme son titre l’indique, ce chapitre est placé sous le signe de la théorie du droit et, plus précisément, de la théorie de la fonction de juger. Les pages qui suivent entendent en effet proposer une analyse critique de la *iurisdictio*, qui s’inscrit dans le sillage de l’immense littérature consacrée au juge. S’alimentant pêle-mêle aux sources de la philosophie du langage, de l’herméneutique juridique, de la théorie de l’argumentation et de la théorie réaliste du droit, ce chapitre constitue un véritable « manteau d’Arlequin » qui tente de confronter, mais surtout de réconcilier, des lectures très différentes de la fonction de juger.

1111. – Le titre de ce chapitre en dit long également sur l’influence qu’a pu exercer, sur son auteur, la pensée de F. Ost. Depuis quelques années, ce dernier a fait des notions de « réseau » et de « traduction » ses outils de prédilection pour l’analyse des phénomènes juridiques, et même extra-juridiques. En rassemblant ces deux termes au sein d’un même groupe nominal, le titre de ce chapitre ne fait donc pas mystère de ses sources d’inspiration. Du reste, il n’est pas jusqu’à leur ambition « syncrétique » et leur démarche dialectique qui ne ramènent les pages qui suivent sous le haut patronage du Vice-Recteur des Facultés universitaires Saint-Louis. Et pourtant, c’est presque *en dépit de* cette paternité encombrante que l’on a choisi de recourir aux figures de la traduction et du réseau. L’extrême fécondité de cette double métaphore méritait bien, en effet, que l’on encoure quelques soupçons de flagornerie. Il reste à espérer que loin du pastiche complaisant et servile, les réflexions proposées ci-dessous soient à la hauteur de statut qu’on leur prête ; qu’elles apparaissent comme une reconnaissance de dette et une contribution à un effort de réflexion collectif plutôt que comme le produit d’une laborieuse tentative d’imitation.

1112. – Comme son titre l’annonce encore, ce chapitre est recru de comparaisons imagées et de métaphores. Le lecteur y verra peut-être le signe d’une dérive littéraire incongrue, n’ayant d’autre but que d’égayer le propos en compensant l’austérité caractéristique des discours à prétention « scientifique ». Qu’il se détrompe. Nous rappellerons dans un instant que le langage est non seulement notre seule voie d’accès – cognitive – au réel, mais qu’il offre de celui-ci une version toujours médiante, partielle, déformée. S’il en est bien ainsi, alors il faut reconnaître que la métaphore constitue *une* façon d’approcher cette insaisissable réalité, et qu’elle projette sur celle-ci un regard non moins « objectif », « utile » ou « direct » qu’un autre. On peut même aller plus loin et affirmer que le déplacement de sens qu’elle induit confère à la métaphore une « plus-value heuristique » qui lui permet de mettre en lumière certains aspects méconnus de la réalité qu’elle décrit. Ceci nous conduit à rappeler la fonction première de la métaphore, qui consiste à décrire et/ou à expliquer des phénomènes observés. C’est ainsi que l’image de la « traduction en réseau » nous servira d’abord à dépeindre la fonction de juger sous un angle nouveau. Analysée sous ce prisme, la *iurisdictio* apparaîtra plus que jamais écartelée entre la liberté du juge d’une part, et son triple devoir de fidélité envers le texte qu’il « traduit » – balises de l’interprétation –, envers son « lectorat » – balises de l’argumentation –, et envers les autres « traducteurs » du « réseau juridique » – balises de la communication –, d’autre part. Mais le recours à la métaphore est souvent assorti d’effets collatéraux. Des problèmes insoupçonnés et des solutions inédites peuvent surgir du changement de perspective ainsi opéré. Du descriptif, l’on passe alors insensiblement au registre prescriptif. La figure de la « traduction en réseau » attestera de cette saine contamination des discours, elle qui nous amènera à formuler des critiques et à émettre des consignes à l’adresse des juges.

1113. – Ce que son titre ne laisse en revanche pas entrevoir, c’est que ce chapitre englobe un exercice pratique. Il aurait en effet été malvenu d’isoler entièrement les réflexions théoriques proposées ci-dessous des questions concrètes qui forment la structure de la présente étude. Du reste, on ne voit guère comment une analyse de la *iurisdictio* pourrait faire l’économie d’un ancrage contextuel. Dans ce domaine plus encore qu’ailleurs, les spéculations théoriques tournent à vide si elles ne sont pas nourries – et mises à l’épreuve – de l’observation empirique.

1114. – Ce chapitre sera dès lors divisé en trois parties. Dans la première, l'on se penchera sur la pertinence de la métaphore de la « traduction en réseau ». Après avoir expliqué en quoi toute production juridique s'apparente à une œuvre traductrice (A), l'on concentrera notre regard sur la fonction de juger afin d'y déceler la manifestation d'une « traduction en réseau » (B). La deuxième section sera consacrée à l'exploration de la fécondité de notre métaphore. On observera ainsi que cette dernière met en lumière avec une étonnante acuité la double dimension de liberté (A) et de contrainte (B) à l'œuvre dans toute décision juridictionnelle. Enfin, l'on terminera par un exercice pratique, visant à appliquer à la Cour de justice les enseignements descriptifs et prescriptifs récoltés à l'aide de notre métaphore. Celle-ci nous permettra de jeter un regard neuf et critique tant sur le pouvoir discrétionnaire (A) que sur les balises (B) dont disposent les juges du Kirchberg lorsqu'ils traitent des rapports entre libre circulation et droits fondamentaux.

Section 1. Le juge, traducteur en réseau

« Les maximes morales, les identités éthiques, les recommandations pragmatiques, les argumentations économiques de coûts et les stratégies politiques subissent une singulière transsubstantiation et ne se présentent plus que comme de simples composantes du discours juridique : des valeurs juridiques, des principes du droit, des finalités normatives, des intérêts (...). Il ne s'agit donc pas d'une moralisation, d'une politisation, d'une économisation (etc.) du droit, mais à l'inverse de la juridicisation des phénomènes moraux, économiques, politiques, provoquant l'effet d'un nivellement de leurs différences discursives. De la sorte, et bien entendu seulement à l'intérieur du système juridique, les points de vue d'efficacité, les effets de politique et les principes moraux deviennent compatibles entre eux au niveau du cas particulier »¹²⁸⁵.

1115. – Cette première section sera pour nous l'occasion de soutenir que toute activité juridictionnelle consiste, en dernière analyse, en une opération de traduction en réseau. Dans un premier temps, l'on se limitera à proposer une réflexion générale sur les rapports qu'entretiennent le droit et la traduction (A). Il s'agira d'abord de démontrer un certain nombre d'idées reçues sur l'« activité traductrice » (§1^{er}) avant de s'interroger sur la place qu'occupe la traduction au sein du langage juridique (§2). Dans un second temps, l'on tentera de montrer dans quelle mesure les décisions des juges constituent autant de « traductions en réseau » (B). Afin de mieux saisir la pertinence de cette analogie, il conviendra

¹²⁸⁵ G. TEUBNER : « *Altera pars audiatur* : le droit dans la collision des discours », *Droit et Société*, 1997, n°35, p.115.

d'analyser les formes (§1^{er}), les lieux (§2), et le contexte (§3) dans lesquels opèrent ces traductions d'un type un peu particulier.

A. Droit et traduction – premiers jalons

§1^{er}. Contre les idées reçues – la traduction, une opération complexe et continue

1116. – L'opération de traduction est souvent déconsidérée, et ce à un double titre. Elle apparaît d'abord comme une activité d'un intérêt intellectuel limité, comme un procédé ancillaire pratiqué de manière quasi-automatique dans l'ombre d'un texte et d'un auteur tout-puissants. Le traducteur est généralement représenté comme un technicien, s'ingéniant à transférer dans la langue cible un message exprimé dans la langue source. La traduction semble ensuite constituer un domaine d'activité très circonscrit. Dans son sens usuel en effet, elle concerne une opération à la fois ponctuelle et réservée aux seuls polyglottes, qui consiste dans le « transfert d'un message verbal d'une langue à une autre »¹²⁸⁶.

1117. – Contre ces idées reçues, de nombreux penseurs se sont efforcés de montrer la complexité et la richesse de la traduction (i), en même temps que son omniprésence dans nos interactions quotidiennes (ii). Ces enseignements permettent de jeter un premier éclairage – et de nourrir de premiers soupçons – sur les rapports qui unissent la traduction et le droit (iii).

1118. – (i) Que la traduction ne se résume pas à une opération mécanique et transparente, voilà qui n'est guère difficile à percevoir pour les héritiers du « tournant linguistique » que nous sommes. Loin d'être le simple vêtement de la pensée, la langue représente tout au contraire notre seule voie d'accès au *logos* et, plus généralement, au monde¹²⁸⁷. Véhiculant dans ses structures et dans ses mots le poids d'une culture toujours particulière, elle modèle notre appréhension du monde vécu. « For language can be seen not as transparent or neutral but as a real force of its own. Language does much to shape who we are – our very selves – and the ways in which we observe and construe the world. There is no nonlinguistic observer, no nonlinguistic observed »¹²⁸⁸. Cette interdépendance du signifiant et du signifié¹²⁸⁹, cette médiation inévitable de la culture dans la quête de la connaissance¹²⁹⁰, brise le rêve de

¹²⁸⁶ P. RICOEUR, « Le paradigme de la traduction », in ID., *Le Juste* 2, 2001, p.125.

¹²⁸⁷ « [L]es signes ne correspondent pas intrinsèquement à des objets. Mais un signe qui est effectivement employé d'une certaine manière par un groupe donné d'utilisateurs peut correspondre à des objets particuliers *dans le cadre conceptuel de ces utilisateurs*. Les « objets » n'existent pas indépendamment des cadres conceptuels. C'est nous qui découpons le monde en objets lorsque nous introduisons tel ou tel cadre descriptif. Puisque les objets et les signes sont tous deux internes au cadre descriptif, il est possible de dire ce qui correspond à quoi » (H. PUTNAM, *Raison, vérité et histoire*, trad. A. Gerschenfeld, 1984, p.64). *Contra*, J.-M. FERRY, *Les grammaires de l'intelligence*, 2004 : « La supposition de grammaires profondes non linguistiques permet d'ébranler un certain absolutisme du langage, qui correspond à une tendance de la philosophie actuelle. Contrairement au postulat de base du « paradigme linguistique », les limites de la langue ne sont *pas* les limites de notre univers. Non seulement nous avons besoin d'admettre une *réalité* irréductible au langage et, partant, une transcendance du monde objectif par rapport à notre univers linguistique, mais notre idée de *vérité* ne se laisse pas davantage ramener aux dispositions contingentes du langage, sorte d'*a priori* sémantique censé préjuger une vision du monde chaque fois différente suivant l'époque et la culture » (p.15).

¹²⁸⁸ J.B. WHITE, *Justice as Translation*, 1990, p.xi.

¹²⁸⁹ « [T]raduire le sens seul, c'est renier une acquisition de la sémiotique contemporaine, l'unité du sens et du son, du signifié et du signifiant, à l'encontre du préjugé que l'on trouve encore chez le premier Husserl : que le sens est complet dans l'acte de « conférer sens » de *Sinngebung*, qui traite l'expression (*Ausdruck*), comme un *vêtement* extérieur au corps, lequel est en vérité l'âme incorporelle du sens, de la *Bedeutung*. » (P. RICOEUR, « Un « passage » : traduire l'intraduisible », in ID., *Sur la traduction*, 2004, p.68).

¹²⁹⁰ « [A]ucune description de ce que sont les choses du point de vue de Dieu, nulle voûte céleste offerte par quelque science contemporaine ou à venir, n'est susceptible de nous affranchir de la contingence de notre appartenance culturelle. Notre appartenance culturelle est ce qui rend certains choix vivants, importants ou obligés, tandis que d'autres apparaissent banals, morts ou optionnels » (R. RORTY, *Objectivisme, relativisme et vérité*, trad. J.-P. Cometti, 1994, p.26-27). Cette appartenance culturelle semble, selon Rorty, nous condamner à une forme d'« ethnocentrisme » (cf. e.a. R. RORTY, *Conséquences du pragmatisme*, trad. J.-P. Cometti, 1997, p.299-322) qui, sans sombrer dans le relativisme, fait son deuil de la traduction et, plus généralement, des projets néo-kantiens de J. Habermas et de J. Rawls qui postulent la communicabilité des idées et des opinions par-delà les contingences culturelles. Sur les liens entre le tournant linguistique et le néo-kantisme en philosophie politique et en philosophie du droit, cf. J. LENOBLE, A. BERTEN, *Dire la norme*, 1990, spéc. p.1-130.

la traduction parfaite que nourrissait Walter Benjamin¹²⁹¹. Le « pur langage »¹²⁹² est une chimère dès lors que « l'origine étrangère d'une traduction ne pourrait se faire oublier sans dommages qu'au prix de croire que le concept peut se dire à nu, sans l'habillage factice de notre langue »¹²⁹³. En résulte qu'il serait tout aussi vain d'espérer briser la coquille des mots étrangers pour se saisir du sens qu'ils renferment que d'ambitionner le transfert de ce sens dans les boccas translucides et immuables d'un langage plus familier. Pour le dire comme Ricoeur¹²⁹⁴, le traducteur est toujours confronté à la double résistance de la langue source et de la langue cible, écartelé entre le désir de transmettre fidèlement le message véhiculé par la première et le souci de préserver l'intégrité de la seconde.

1119. – Au regard de ces difficultés, on comprend sans peine que la traduction est bien plus qu'une simple opération de transport d'un « contenu sémantique » entre des « contenants linguistiques » à la fois symétriques et interchangeables. La tâche du traducteur est avant tout un travail, « (...) au sens où l'on parle du travail de mémoire et du travail de deuil »¹²⁹⁵, un défi placé sous le signe du risque et de la responsabilité¹²⁹⁶, une entreprise infinie qui, selon J.B. White, consiste à « making texts in response to others while recognizing the impossibility of full comprehension or reproduction »¹²⁹⁷.

1120. – (ii) Opération complexe et risquée, la traduction est également, à en croire certains auteurs, un processus inhérent à toute forme de communication, qui s'invite dans chacune de nos interactions. R. Jakobson observe ainsi, à côté des traductions « interlinguales » – d'une langue à une autre –, la présence de traductions « intralinguales », qui « consiste[nt] en l'interprétation des signes linguistiques au moyen d'autres signes de la même langue »¹²⁹⁸. La même raison qui expliquait la complexité de la traduction amène ici à en constater l'omniprésence. Les linguistes et les philosophes nous ont de longue date mis en garde contre l'illusion selon laquelle à chaque mot d'une langue correspondrait un sens unique, univoque, et partagé par l'ensemble des locuteurs de cette langue. Il semble aujourd'hui communément admis que chaque terme est tissé d'un « réseau complexe d'analogies qui s'entrecroisent et s'enveloppent les unes les autres »¹²⁹⁹. Loin de renvoyer à une hypothétique essence du signifiant, ce réseau d'analogies importe le flou et la labilité au cœur même du langage. La signification d'un mot apparaît désormais tributaire non seulement du contexte et de la forme de l'énonciation de ce mot – ce que Wittgenstein désigne sous le terme de « jeu de langage » –, mais également de l'expérience personnelle du locuteur qui l'emploie.

1121. – Cette « texture ouverte » du langage¹³⁰⁰ conduit naturellement à considérer avec G. Steiner que « tout modèle de la communication est également le schéma d'une trans-lation, d'un transfert de signification horizontal ou vertical. Il n'est pas deux époques, deux classes sociales, deux lieux donnés qui se servent des mots et de la syntaxe pour exprimer exactement la même chose (...). Et pas davantage deux êtres humains. (...) L'être humain se livre donc à un acte de traduction, dans tous les sens du terme, chaque fois qu'il reçoit d'un autre un message parlé »¹³⁰¹. En d'autres termes, la traduction n'opère pas seulement aux frontières des langues, comme un pont entre des communautés

¹²⁹¹ W. BENJAMIN, « La tâche du traducteur », in ID., *Œuvres*, t.I, trad. M. de Gandillac, R. Rochlitz et P. Rusch, 2000, p.244-262.

¹²⁹² « Toute parenté transhistorique entre les langues repose bien plutôt sur le fait qu'en chacune d'elles, prise comme un tout, une seule et même chose est visée qui, néanmoins, ne peut être atteinte par aucune d'entre elles isolément, mais seulement par la totalité de leurs intentions complémentaires, autrement dit le pur langage. (...) [Le travail de la traduction] est animé par le motif d'une intégration des nombreuses langues pour former un seul langage vrai. Or, ce langage est celui dans lequel les différentes phrases, œuvres et jugements, pris un à un, ne parviennent jamais à s'entendre – et auront donc toujours besoin de la traduction –, mais où les langues elles-mêmes, complétées et réconciliées dans leur manière de signifier, tombent d'accord » (*Ibid.*, p.250-251 ; p.254).

¹²⁹³ P. RICOEUR, « Introduction », in ID., *Le Juste 2*, op. cit., p.38.

¹²⁹⁴ Cf. en particulier « Défi et bonheur de la traduction », in ID., *Sur la traduction*, op. cit., p.7-20.

¹²⁹⁵ P. RICOEUR, « Introduction », loc. cit., p.32.

¹²⁹⁶ Cf. M. CREPON, « Traduire, témoigner, survivre », in *Penser avec Jacques Derrida, Rue Descartes*, n°52, 2004, p.27-37.

¹²⁹⁷ J.B. WHITE, op. cit., p.258.

¹²⁹⁸ R. JAKOBSON, *Essais de linguistique générale*, trad. N. Ruwet, 1963, p.79.

¹²⁹⁹ L. WITTGENSTEIN, *Les investigations philosophiques*, trad. P. Klossowski, 1961, p.148.

¹³⁰⁰ Concernant le langage juridique, cf. H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, 2^{ème} éd., trad. M. van de Kerchove, 2005, spéc. p.143-154.

¹³⁰¹ G. STEINER, *Après Babel*, trad. L. Lotringer, 1978, p.54-55.

linguistiques impénétrables l'une à l'autre. Elle est également inhérente à toute forme de dialogue entre les locuteurs d'un même langage. Il faut dès lors en conclure que « le schéma émetteur-récepteur de tout processus sémiologique ou sémantique est, par nature, l'équivalent du modèle « langue-source, langue-cible » qu'utilise la théorie de la traduction. Tous deux comportent « à mi-chemin » une opération de déchiffrement et d'interprétation, un relais d'encodage-décodage »¹³⁰².

1122. – (iii) Ainsi comprise, qui n'aperçoit que la traduction habite le domaine juridique tout entier ? Si l'on admet que le droit se construit dans un processus de *communication* permanente entre les différents acteurs de l'ordre juridique, et si l'on considère en outre qu'il a vocation à encadrer les *interactions* entre les personnes qui lui sont assujetties, alors il faut reconnaître que « (...) le domaine juridique représente un champ d'application privilégié [du] paradigme de la traduction »¹³⁰³. D'aucuns estimeront sans doute qu'une telle affirmation repose sur une définition de la traduction à ce point large qu'elle en devient tautologique. Si toute forme de communication requiert un acte d'interprétation qui consiste lui-même en une « traduction intralinguale », alors il n'y a rien d'original – ni d'utile – à dire que le droit relève d'une entreprise de traduction. Cette remarque appelle une concession et une objection, qui feront l'objet du point suivant.

§2. Contre les simplifications – traduction, interprétation et droit

1123. – On reconnaîtra bien volontiers qu'aux yeux de certains auteurs, rien ne semble distinguer l'opération de traduction *sensu lato* d'un quelconque processus d'interprétation. P. Ricoeur définit ainsi la traduction *s.l.* comme « l'interprétation de tout ensemble signifiant à l'intérieur de la même communauté linguistique »¹³⁰⁴. De même en est-il de R. Jakobson, qui fait de ses traductions « interlinguales », « intralinguales » et « intersémiotiques » des « interprétation[s] de signes linguistiques »¹³⁰⁵, ou de G. Steiner, pour lequel « (...) toute mise en forme expressive, toute réception doublée d'interprétation est un phénomène de traduction, à l'intérieur d'une seule langue ou entre plusieurs »¹³⁰⁶.

1124. – Ce rapprochement entre les termes « interprétation » et « traduction » est également opéré dans le champ de la pensée juridique. On observera ainsi que l'interprétation de la Constitution américaine a souvent été assimilée à une opération de traduction. J. B. White estime notamment qu'aux yeux du juge Brandeis, « the Constitution is made (...) not merely by the framers but also by those who read the language of the framers well, who translate – 'carry over' – its terms to the contemporary world, aided as they are by the earlier efforts at translation »¹³⁰⁷. On évoquera également le fameux *dictum* du juge Jackson qui, écrivant pour la majorité dans l'affaire *West Virginia v. Barnette*, voit dans sa mission « the task of translating the majestic generalities of the Bill of Rights, conceived as part of the pattern of liberal government in the eighteenth century, into concrete restraints on officials dealing with the problems of the twentieth century »¹³⁰⁸. Mais c'est certainement L. Lessig qui a poussé le plus loin l'analogie entre l'interprétation constitutionnelle et la traduction. Dans ses deux articles sur le sujet¹³⁰⁹, le professeur de Chicago plaide pour une méthode d'interprétation de la Constitution qui soit à la fois fidèle au texte original et réceptive à l'évolution de la société. A égale distance d'un « originalisme » sclérosé et d'un « dynamisme » déplacé, la tâche de la Cour suprême

¹³⁰² *Ibid.*, p.56. Dans le même sens, cf. F. RIGAUX : « toute vie collective et toute relation interpersonnelle sont formées d'un réseau d'interprétations qui ne sauraient jamais coïncider. Quand deux personnes se parlent, ce que l'auteur du message a l'intention de transmettre est partiellement dénaturé par les mots qu'il emploie et qui, si soigneusement qu'il les ait choisis, ne produisent qu'une version adultérée du propos initial. De son côté, le destinataire du message n'en perçoit le sens que dans la mesure où il partage avec le locuteur un réseau de significations. La parfaite adéquation entre l'expression d'un discours et sa réception par son destinataire n'est guère vraisemblable » (*La loi des juges*, 1997, p.236).

¹³⁰³ F. OST, « Le droit comme traduction », inédit, p.1.

¹³⁰⁴ P. RICOEUR, « Le paradigme de la traduction », *loc. cit.*, p.125. Nous soulignons.

¹³⁰⁵ R. JAKOBSON, *op. cit.*, p.79. Nous soulignons.

¹³⁰⁶ G. STEINER, *op. cit.*, p.261. Nous soulignons.

¹³⁰⁷ J.B. WHITE, *op. cit.*, p.156.

¹³⁰⁸ 319 U.S. 624 (1943), p.639.

¹³⁰⁹ L. LESSIG, « Fidelity in Translation », *Texas L.R.*, 1993, vol.71, n°6, p.1164-1268 ; *Id.*, « Translating Federalism : United States v. Lopez », *1995 Supreme Court Review*, 1996, p.125 et s.

consiste à *traduire*, dans le contexte actuel, les principes énoncés dans la charte constitutionnelle. Lessig mobilise ainsi la figure de la traduction pour décrire ce devoir de « fidélité dans le changement ».

1125. – Cette conception de la traduction comme interprétation – ou comme une forme particulière de celle-ci – n’est guère satisfaisante pour notre appréhension du phénomène juridique. Elle substitue un paradigme – ou une métaphore – à un autre, sans que de ce remplacement surgisse une réelle « plus-value cognitive ». Le « droit comme traduction » ne semble dès lors rien apporter de bien neuf aux descriptions du droit comme « interprétation ». Cette conclusion pessimiste n’est pas pour autant irrémédiable. Elle suppose en effet que l’on tienne l’interprétation et la traduction *s.l.* pour synonymes. Or – et c’est ici qu’intervient notre objection –, on croit pouvoir soutenir que ces deux termes renvoient à des processus partiellement différents et que la figure de la traduction éclaire le phénomène juridique d’un jour nouveau – et à notre sens, plus adéquat que ne le fait la notion d’interprétation. A l’appui de cette thèse, on formulera trois observations.

1126. – (i) D’une part, la figure de la traduction renvoie à un « passage », à une liaison entre deux « mondes vécus », à un transfert de signification d’un univers langagier à un autre. Or, on conviendra que le phénomène juridique possède un langage propre, technique, qui se distingue de la langue usuelle. Nul n’ignore que de nombreux termes utilisés quotidiennement dans le langage courant prennent un sens bien déterminé – que l’on pense aux notions d’obligation, de responsabilité, ou de promesse – voire franchement différent – que l’on pense au terme « contravention » – dans la bouche des participants au « jeu du droit ». L’existence de dictionnaires juridiques atteste de l’hermétisme du langage des juristes, et il n’est sans doute pas exagéré de voir dans les études de droit une formation à l’apprentissage d’une langue étrangère¹³¹⁰.

1127. – Sans doute objectera-t-on qu’il s’agit là encore d’une traduction « intralinguale » dès lors que le transfert s’opère au sein d’une même langue « naturelle », qu’elle soit française, anglaise ou chinoise. Outre qu’elle n’est pas toujours exacte – dans le droit médiéval comme dans le droit de l’OMC, on observe un écart entre la langue juridique (le latin dans un cas, le français, l’anglais et l’espagnol dans l’autre) et la langue des citoyens qui y sont soumis –, cette affirmation ne saurait pour autant réduire le passage du fait au droit – ou du langage commun au langage juridique – à un échange langagier parmi d’autres. Langue « semi-naturelle » pour F. Ost¹³¹¹ ou « semi-artificielle » pour M. van

¹³¹⁰ Pour autant, on n’ira peut-être pas aussi loin que R. von Jhering, pour lequel « les vrais juristes de tous les pays et de toutes les époques parlent la même langue. Ils se comprennent entre eux : tandis que le juriste et l’homme du monde, même lorsqu’ils se parlent de leur propre droit, ne parviennent point, le plus souvent, à s’entendre » (*L’esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t.III, 1969, p.9). Observons encore le développement du domaine de la « linguistique juridique » - ou « jurilinguistique » – qui a pour objet l’étude du langage du droit. A cet égard, on signalera notamment l’ouvrage de G. CORNU (*Linguistique juridique*, 1990), qui s’attache notamment à dresser un lexique distinguant les mots qui appartiennent exclusivement au langage juridique (extradition, reconventionnel, etc.), les mots qui ont une appartenance « principalement juridique » (tribunal, testament, etc.), et les mots qui ont véritablement une « double appartenance » (jouissance, intérêt, etc.). On n’oubliera pas non plus l’ouvrage précurseur des juriste et linguiste J.-L. SOURIOUX et P. LERAT (*Le langage du droit*, 1975), selon lesquels « il est bien évident que le droit s’exprime dans des idiomes nationaux. En ce sens, il n’y a pas de *langue du droit*. La question qui se pose, en revanche, est celle de l’existence d’un *langage juridique* en prenant « langage » au sens de « façon particulière de s’exprimer » (Robert). Cette définition implique, pour qu’il y ait langage du droit, l’existence d’usages spécifiques de la langue commune et d’éléments étrangers au système de celle-ci. C’est précisément ce caractère composite qui explique en partie ce paradoxe : le droit est un phénomène aussi largement social que la langue elle-même, mais qui suscite un sentiment d’étrangeté chez le plus grand nombre » (p.9-10). Cette distinction entre « langage » et « langue » explique pourquoi nous nous référons de préférence au « langage » plutôt qu’à la « langue » du droit. Cela étant, nous ne manquerons pas d’évoquer de temps à autre – en prenant soin d’utiliser les guillemets – la « langue » du droit, tantôt pour mettre en exergue un parallèle avec le traduction interlinguale, tantôt pour éviter au lecteur la répétition fastidieuse des mêmes mots dans chaque phrase.

¹³¹¹ F. OST, « Les détours de Babel », in *Interpréter et traduire*, 2007, p.31. Comp. F. OST, « Le code et le dictionnaire. Acceptabilité linguistique et validité juridique », in L. INGBER, P. VASSART (dir.), *Le langage du droit*, 1991, p.163-194, spéc. p.163 : « sans doute la langue du droit, comme langage spécialisé, présente-t-elle des termes spécifiques, des tournures caractéristiques, un style particulier (...) il n’en reste pas moins qu’on ne peut parler d’une langue juridique particulière » (p.163). Les réflexions de l’auteur sur les rapports entre droit et littérature permettent d’aborder sous un autre angle cette position d’« entre-deux » dans laquelle se trouve le langage juridique : « les juristes apprennent à la Faculté que le droit s’origine dans le fait : « *ex facto ius oritur* ». À la réflexion (...) il serait plus exact de dire : « *ex fabula ius oritur* » – c’est du

de Kerchove¹³¹², le droit offre une véritable « version juridique du monde », selon X. Thunis¹³¹³, laquelle n'est compréhensible qu'à celui qui dispose du bagage intellectuel nécessaire pour traverser l'« écran linguistique »¹³¹⁴ qui sépare le langage juridique du langage commun.

1128. – G. Timsit ne dit rien d'autre lorsqu'il voit dans le droit une « métaphore de la réalité »¹³¹⁵. La production du droit est ainsi conçue comme une gigantesque entreprise de « traitement de la réalité » dans laquelle « (...) la loi doit donner de la réalité à traiter une image destinée à permettre de figurer approximativement la situation soumise au traitement et indiquer les conditions auxquelles le traitement en sera assuré »¹³¹⁶. Et comme toute traduction, celle du droit a également ses limites car « (...) on comprend qu'un tel instrument de traitement de la réalité ne puisse jamais, compte tenu de la complexité du réel, reproduire exactement la réalité qu'il doit, avant de la traiter, donner à voir. La loi n'a pas de fonction de représentation de la réalité – au mieux en fournit-elle une représentation schématisée, nécessairement approchée »¹³¹⁷. Selon L. Wittgenstein, « on peut considérer notre langage comme une vieille cité : un labyrinthe de ruelles et de petites places, de vieilles et de nouvelles maisons, et de maisons agrandies à différentes époques ; et ceci environné d'une quantité de nouveaux faubourgs aux rues rectilignes bordées de maisons uniformes »¹³¹⁸. Poursuivant l'analogie, ne peut-on pas considérer qu'entre les maisons pittoresques de la langue usuelle et la banlieue homogène des langages artificiels – mathématiques, informatiques, chimiques –, le langage juridique forme un quartier à part, à la fois familier et étranger, observable d'un seul coup d'œil mais jamais vraiment approprié, se déroband au regard du passant pressé et livrant ses secrets au seul visiteur assez patient et audacieux pour tra-verser et y pénétrer ?

1129. – (ii) Mieux que l'interprétation, la traduction rend donc compte du fossé qui sépare la langue usuelle du langage juridique. A ce premier atout, il convient à présent d'en ajouter un second. C'est J. Derrida qui nous met cette fois sur la piste, en attachant au concept de traduction un « principe d'économie »¹³¹⁹. Le philosophe explique que « pour qu'on se serve légitimement du mot « traduction » (...), il faut que hors de toute paraphrase, explication, explicitation, analyse, etc., la traduction soit *quantitativement* équivalente à l'original »¹³²⁰. On perçoit intuitivement l'intérêt de ce principe d'économie pour distinguer la traduction de l'interprétation. Là où la première s'engage à rendre le sens de l'œuvre dans un effort de concision et de symétrie, la seconde renvoie davantage à une glose, un commentaire, une analyse qui élucide le sens de l'œuvre sans prétendre en constituer le miroir ou le pendant¹³²¹. L'interprétation apparaît ainsi comme cette *N.d.T.*, cette « note du traducteur » qui surgit en marge de la traduction, hors-texte pour ainsi dire, et qui toujours « (...) avoue l'impuissance ou l'échec de la traduction »¹³²².

récit que sort le droit. Tout se passe comme si, parmi toute la gamme des scénarios qu'imagine la fiction, la société sélectionnait une intrigue type qu'elle normalisait ensuite sous la forme d'une règle impérative assortie de sanctions. Mais les choses n'en restent pas là : sitôt posés, ces choix sont discutés, nuancés, modifiés (...). A peine stabilisée, l'intrigue juridique retourne à la fable dont elle s'origine (...) » (F. Ost, *Raconter la loi*, 2004, p.19-20).

¹³¹² M. VAN DE KERCHOVE, « La doctrine du sens clair des textes », in M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'interprétation en droit – Approche pluridisciplinaire*, 1974, p.20.

¹³¹³ Titre de la leçon inaugurale donnée par X. Thunis aux Facultés universitaires Saint-Louis, le 5 mars 2007, dans le cadre de la Chaire Francqui au titre belge. L'auteur dévoile quelque peu son point de vue sur les rapports entre droit et langage dans X. THUNIS, « Droit et poésie : des mots pour le dire », in F. OST, L. VAN EYNDE, P. GERARD, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Lettres et lois. Le droit au miroir de la littérature*, 2001, p.363-379.

¹³¹⁴ G. CORNU, *op. cit.*, p.18-19.

¹³¹⁵ G. TIMSIT, « Le roman à la chaîne. Les limites d'une métaphore », *R.I.P.*, 2005, p.393-411, spéc. p.402-411.

¹³¹⁶ *Ibid.*, p.402. Sur les rapports entre « traduction » et « métaphore », cf. J.B. WHITE, *op. cit.*, p.235 : « The word « metaphor », in its Greek root, is a direct parallel to « translate » – *meta* means « across » and *phor* means carry ; indeed – *phor* and –*fer* (in « transfer ») are different versions of the same word. Both are creations, neither mechanical : a translation is a metaphor ».

¹³¹⁷ *Ibid.*, p.402.

¹³¹⁸ L. WITTGENSTEIN, *op. cit.*, p.121.

¹³¹⁹ J. DERRIDA, *Qu'est-ce qu'une traduction relevante ?*, 2005, p.19-27.

¹³²⁰ *Ibid.*, p.22.

¹³²¹ Sur ce décalage entre « la catégorie des discours fondamentaux ou créateurs (...) et (...) la masse de ceux qui répètent, glosent et commentent », cf. M. FOUCAULT, *L'ordre du discours*, 1971, p.23-28.

¹³²² J. DERRIDA, *op. cit.*, p.26.

1130. – La suite des réflexions de J. Derrida paraît cependant plus embarrassée, et en toute hypothèse moins directement éclairante pour le phénomène juridique. Derrida explique ainsi que l'équivalence quantitative commandée par le principe d'économie « (...) n'est pas en elle-même quantitative mais d'une certaine façon qualitative », qu'elle requiert l'équivalence du « mot *par* mot » et non du « mot *pour* mot ». Derrière ces propos néanmoins, se dessine toujours la même idée, particulièrement féconde : là où la traduction signale une « rencontre »¹³²³ placée sous le signe de l'horizontalité, requérant une équivalence de statut et de visée entre le traduisant et le traduit, l'interprétation s'entend davantage d'une entreprise *extérieure* qui entend restituer *du dehors* le sens de l'œuvre originale. Le trait est évidemment forcé, mais le contraste n'en apparaît que plus lumineux.

1131. – On perçoit d'emblée l'intérêt de cette distinction pour l'appréhension du phénomène juridique. A n'en pas douter, l'écriture d'une loi consiste en la *traduction*, dans les formes du langage juridique, d'un certain nombre de revendications exprimées par l'opinion publique dans la langue usuelle¹³²⁴. La loi en effet « rencontre » ces intérêts bien plus qu'elle ne les « interprète » ; elle *prolonge* le jeu démocratique et politique, elle ne se situe pas en dehors de celui-ci. De même en va-t-il de la décision de justice, dont on a tort de considérer que l'objet premier est d'interpréter la loi. Elle est le fruit d'un participant interne au phénomène juridique, elle constitue le *pendant* de la loi, elle représente son *adaptation* au cas de l'espèce bien plus que son explicitation théorique.

1132. – Deux précisions, néanmoins. D'une part, on se gardera bien de conclure que l'interprétation n'occupe aucune place dans le champ juridique. L'exposé des motifs d'une loi, la motivation d'une décision, l'exégèse doctrinale constituent autant de commentaires, qui se situent « hors-droit » – au sens où l'on peut être « hors-jeu », toujours sur le « terrain juridique », mais non partie prenante à l'« action ». On remarquera du reste que loin d'affaiblir la traduction à l'instar de la *N.d.T.* de Derrida, ces commentaires l'enrichissent et la renforcent. D'autre part, on s'en voudrait de tracer une frontière trop nette entre l'interprétation et la traduction. Nul n'ignore la porosité des parois de la « pyramide du droit »¹³²⁵, qui incite à abandonner une dichotomie simpliste entre droit et non-droit. De même que la « note du traducteur » est tout à la fois « hors-texte » et dans le texte¹³²⁶, de même la motivation d'un jugement, l'exposé des motifs d'une loi et les commentaires doctrinaux se trouvent-ils à la lisière du champ juridique¹³²⁷. Ou encore : de même que les œuvres doctrinales contiennent bien souvent des propositions de traduction – adressées au juge ou au législateur –, de même les normes juridiques s'accompagnent-elles presque toujours d'interprétations, de commentaires, de justifications qui en accroissent la légitimité – et partant la validité. Ni redondantes, ni mutuellement exclusives, traductions et interprétations se complètent donc dans le processus d'élaboration de la règle de droit. Et une lecture du phénomène juridique à la lumière de la traduction complète bien plus qu'elle ne répète son analyse au prisme de l'interprétation.

1133. – (iii) Cette complémentarité entre interprétation et traduction nous conduit à formuler une troisième et dernière observation, sur les traces de F. Ost. Celui-ci souligne deux différences supplémentaires entre interprétation et traduction :

¹³²³ Cf. sur ce point M. CREPON, *loc. cit.*, p.27-37, qui... interprète l'unique fois où Derrida s'est risqué à traduire un poème de Celan comme la volonté « d'une « rencontre » irréductible à tout commentaire » (p.28), à toute interprétation.

¹³²⁴ « La loi (...) n'est-elle pas vue traditionnellement comme le fruit d'une 'volonté' (...) que le législateur ou le juge s'efforceraient seulement de *traduire* ? » (D. BOURCIER, « Interprétation et abduction. La science du droit est-elle concernée par la sérendipité ? », *R.J.E.J.*, 1999, p.125. Souligné dans le texte). On ne prêterait pas attention au « seulement », qui indique ici l'adhésion – malheureuse, selon nous – à une conception simplifiée et trop « mécaniciste » de la traduction.

¹³²⁵ Cf. A. BAILLEUX, « A la recherche des formes du droit : de la pyramide au réseau ! », *loc. cit.*, spéc. p.97-103.

¹³²⁶ Cf., par analogie, la métaphore théâtrale qui a fait l'objet d'une controverse entre A-J. Arnaud d'une part, et F. Ost et M. van de Kerchove d'autre part, sur la possibilité d'une science du droit qui adopte un « point de vue externe modéré » sur le phénomène juridique : A-J. ARNAUD, « La valeur heuristique de la distinction interne/externe comme grande dichotomie pour la connaissance du droit : éléments d'une démystification », *Droit et société*, 1986, n°2, p. 139 ; F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 465-466.

¹³²⁷ On observera que loin d'être uniforme, cette « lisière » elle-même est susceptible de degrés. On conviendra ainsi que la motivation d'un jugement, si elle ne jouit pas de la normativité du dispositif de la décision, constitue néanmoins bien souvent une obligation juridique – formelle, certes – pour le juge. A l'autre bout du spectre, le commentaire doctrinal semble se situer à la limite extérieure de l'orbe juridique ; il commente « du dehors », même s'il nourrit l'espoir d'influencer le cours du droit et même s'il parle son langage.

« D'une part, l'interprétation est une opération plus directement liée à l'existence de textes, là où la traduction a, comme on l'a vu, un champ d'application plus large, qui s'étend même au « droit muet » dont parle R. Sacco, un droit sans écrit et sans texte. D'autre part, l'idée de traduction fait immédiatement droit à une part (parfois irréductible) d'altérité : c'est l'autre qui s'annonce et, a priori, rien n'assure que la communication s'établira, tandis que l'interprétation partirait presque du postulat opposé : un présupposé de connivence ou de collaboration entre l'auteur et le lecteur (...). Dans un monde pluriel où les revendications de singularité et d'autonomie sont au moins aussi fortes que les prétentions à l'universalité, on mesure bien l'intérêt de la position traductrice qui ne tient pas pour immédiatement acquises les significations, les valeurs, les représentations prétendument universelles avancées par les individus ou les puissances qui ont un accès privilégié à la parole publique »¹³²⁸.

1134. – Cette double différence témoigne de toute la pertinence du modèle de la traduction pour notre objet d'étude. En effet, qui plus que le juge communautaire est appelé à traduire sans texte lorsque, confronté au silence du traité, il doit arbitrer ces « hard cases » où s'entremêlent libertés de circulation et droits fondamentaux ? Dans les pages qui suivent, nous aurons le loisir de nous pencher de plus près sur cette manière de juger qui, faute de textes à interpréter, fait flèche de tout bois et – pour le dire familièrement – passe tout, valeurs, intérêts, conséquences, à la « moulinette juridique ». Ensuite, qui contestera que la *iurisdictio* des juges du Kirchberg est, dans notre domaine d'analyse particulièrement, placée sous le signe de l'altérité ? Entre marchand et non-marchand, entre unité et diversité, le travail de la Cour est constamment écartelé entre des intérêts antagoniques. Le juge est ainsi appelé à construire des ponts, à endosser la responsabilité de la transaction, et à courir, à chaque instant, le risque de la rupture et de l'échec. Impossible de ne pas voir que derrière ces constructions, cette responsabilité et ce risque, c'est la figure du traducteur qui se dessine.

B. Le jugement comme traduction en réseau¹³²⁹

1135. – Nous l'avons dit, la traduction n'est assurément pas étrangère à l'opération de *iuris-dictio* dont s'acquittent les juges. Du général au particulier, du passé au présent, du fait au droit, ceux-ci s'attachent à construire des ponts entre des registres du discours et des univers langagiers différents. Ces cursives analogies entre le juge et le traducteur demandent toutefois à être formalisées pour déployer toute leur fécondité. À cet égard, on voudrait formuler trois séries d'observations : d'une part, montrer que sous la plume des juges, la traduction surgit en trois « lieux » différents (§1^{er}); d'autre part, expliquer que lorsqu'elle s'invite dans les prétoires et lorsqu'elle porte sur le langage juridique, la traduction revêt des formes particulières, qui ne sont pas sans conséquence sur sa propre pratique (§2) ; enfin, soutenir que toute décision juridictionnelle s'inscrit nécessairement dans un réseau mouvant de traductions concurrentes et complémentaires (§3).

§1^{er}. Les lieux de la traduction – comparaison, qualification, concrétisation

1136. – Il semble possible de distinguer trois lieux privilégiés d'expression de la traduction au sein du jugement juridique. Le premier, à la fois le plus évident et le plus transversal, regroupe l'ensemble des techniques *comparatives* auxquelles les juges ont traditionnellement recours dans l'exercice de leur fonction. Nous ne nous y attarderons pas démesurément (*i*). Mais la traduction n'est pas seulement une alliée de circonstance, qui étoffe ponctuellement le raisonnement juridique. Qui n'aperçoit qu'en réalité, l'opération de transfert d'un message d'un univers langagier à un autre s'inscrit au cœur de toute décision fondée en droit ? Plus précisément, il convient d'observer que les deux étapes qui mènent invariablement tout litige à sa résolution judiciaire s'apparentent à des opérations de

¹³²⁸ F. OST, « Le droit comme traduction », inédit, p.54.

¹³²⁹ Les §§1^{er} et 2 de cette sous-section reprennent et étoffent largement les réflexions proposées dans A. BAILLEUX, « Les traductions de la Cour de justice – La libre circulation et ses dérogations entre domination, transposition et reconnaissance », *R.I.E.J.*, vol. 58, 2007, p.63-97.

traduction. Il s'agit d'abord du processus de qualification, par lequel le juge inscrit le cas de l'espèce dans les catégories du répertoire juridique (ii). Il s'agit ensuite du processus de « concrétisation », qui voit le juge traduire les différents matériaux qui s'offrent à lui – textes, précédents, valeurs, etc. – en une norme juridique applicable au cas de l'espèce (iii).

1137. – (i) Nul n'ignore que la technique de la *comparaison* est inhérente à la fonction de juger. Elle informe l'ensemble du raisonnement juridique, depuis la qualification de la cause jusqu'à la décision finale en passant par la détermination et parfois même l'élaboration de la règle de droit applicable. Elle implique de traduire, au sein du litige soumis *hic et nunc* à l'appréciation du juge, des éléments externes susceptibles de contribuer à sa résolution. L'application par analogie d'une règle en vigueur dans un autre domaine de l'ordre juridique, le recours au droit comparé pour conforter ou pour guider une construction prétorienne, la référence à une jurisprudence antérieure bâtie sur des cas similaires, sont autant de techniques couramment utilisées par les juges, et qui s'apparentent à des formes de traduction d'un univers juridique à l'autre.

1138. – On pourrait même aller plus loin et ajouter que si la traduction présuppose toujours une interprétation – entendue comme compréhension du message à traduire –, elle se bâtit nécessairement sur fond d'une comparaison. Avec X. Thunis, on rappellera ainsi que « la comparaison introduit, plus qu'elle ne suppose, une commune mesure. Elle affirme, à tort ou à raison, qu'il existe un espace de référence commun entre les termes reliés. (...) Une comparaison se construit »¹³³⁰. Or, la « construction des comparables » est non seulement un « problème central (...) dans la méthodologie de la traduction »¹³³¹ mais également un moment charnière dans toute opération de *iurisdictio*. On observera à cet égard que la qualification juridique est largement déterminée par l'établissement de certains « critères de comparaison », qui permettent de rapprocher l'« occurrence » – les faits de la cause – de tel ou tel « cas-type » auquel la loi attache un régime juridique particulier. On constatera en outre que l'arbitrage entre des principes juridiques conflictuels, dont les juges sont de plus en plus souvent appelés à s'acquitter, commande la construction d'interfaces qui, tels le principe de proportionnalité, consistent à comparer le tort causé à un principe au regard du bénéfice engrangé par le principe opposé. Enfin, on notera qu'il n'est pas jusqu'à la computation des dommages et intérêts qui n'appelle la médiation d'un critère de comparaison – ce « comparable universel » qu'est l'argent – pour déterminer la juste compensation à laquelle peut prétendre la victime.

1139. – A la fois lieu d'expression et condition de possibilité de la traduction, la comparaison entretient donc avec celle-ci des rapports complexes au sein du raisonnement juridique. Nous laissons à d'autres le soin de se pencher plus avant sur cette étrange relation. On se contentera ici d'observer qu'au cœur de ces deux opérations se donne à voir ce même « désir de relier » qui constitue sans doute l'essence de la justice et du droit ; relier le cas à la norme, relier le temps du législateur au temps du juge, mais aussi re(conci)lier le coupable et la victime ainsi que les valeurs antagoniques qui composent notre société pluraliste.

1140. – (ii) Arraisonnée à la comparaison, la figure de la traduction apparaît inmanquablement dans ce qui constitue le premier moment du raisonnement juridique. On veut parler ici du processus de *qualification*, par lequel le juge inscrit le cas de l'espèce dans les catégories du répertoire juridique. Nul doute qu'en plaquant les mots du droit sur les faits de la cause, qu'en transformant les revendications exprimées dans la langue commune en des griefs adaptés au langage juridique, le juge fait oeuvre traductrice.

1141. – On observera en passant que les magistrats ne détiennent pas de monopole sur ce processus de traduction-*qualification* qui vise le travail infini de décodage et d'insertion, au sein des catégories juridiques, de discours étrangers au langage du droit. Ainsi, « [i]l n'est pas illégitime d'affirmer que le signe auquel on reconnaît inmanquablement le juriste réside avant tout dans sa façon de discourir sur le monde, en assurant sa *traduction* (...) dans la grille conceptuelle des catégories juridiques, en

¹³³⁰ X. THUNIS, « L'empire de la comparaison », *Cahiers de la faculté de droit des FUNDP*, 2003, n°34, p.2.

¹³³¹ F. OST, « Le droit comme traduction », inédit, p.9.

recomposant le tableau de la « nature naturelle » pour peindre celui d'une « nature juridique », c'est-à-dire en mettant le monde en droit à la manière du compositeur qui le met en musique. Or, c'est précisément cette activité d'apparence descriptive et éminemment juridique à la fois dans laquelle consiste la « qualification »¹³³².

1142. – Remarquons que ce processus de traduction-qualification ne consiste pas seulement dans l'habillage juridique de faits narrés par les parties dans la langue usuelle. Il trouve également à s'exercer dans les situations où le juge, confronté à un vocabulaire *juridique étranger*, s'emploie à l'intégrer dans son propre droit à travers la recherche d'équivalents fonctionnels. Que telle union polygamique soit qualifiée de « mariage » dans le pays d'origine, que telle activité *a priori* illicite constitue l'exercice d'un « droit fondamental » dans un autre Etat membre, voilà qui n'est pas sans pertinence pour le juge national, invité par les parties à aménager les catégories juridiques de sa « langue maternelle » pour faire droit à l'« étrangeté de l'étranger » qui s'exprime dans vocabulaire juridique exotique.

1143. – Ces considérations nous entraînent à la suite d'A. Papaux sur la voie de l'« abduction »¹³³³. Prenant appui sur la pratique du droit international privé, celui-ci s'emploie à réfuter l'idée selon laquelle la qualification juridique se ramène à un processus linéaire et univoque au terme duquel le cas de l'espèce est « subsumé » sous la règle générale, abstraite et intangible fournie par l'ordre juridique. Contre ce pont-aux-ânes de la vulgate positiviste, A. Papaux suggère que l'opération de qualification juridique opère selon un schéma « abductif ». A la différence de l'induction, qui vérifie une hypothèse, et de la déduction, qui l'applique, l'abduction est un mode de raisonnement – connu depuis Aristote – qui consiste à *construire* une hypothèse nouvelle à partir d'un fait jugé « anormal » ou « étrange » par rapport aux certitudes antérieures¹³³⁴. A. Papaux voit dans toute opération de qualification juridique ce passage du « connu » – le noyau dur d'une règle ou d'une catégorie juridique – à l'« inconnu » – la singularité du cas de l'espèce – par lequel se construit la nouvelle hypothèse légale – la règle ou la catégorie juridique reconstruite, réaménagée, pour « traiter » de la manière la plus adéquate la réalité qui lui est soumise.

1144. – La nature herméneutique de l'opération de qualification se laisse particulièrement bien observer dans le domaine du droit international privé, lequel « (...) se définit par une ouverture essentielle à l'altérité juridique, à l'« autre » »¹³³⁵. Dans la qualification juridique d'une situation transnationale s'exprime nécessairement l'accueil de l'étranger. Les catégories juridiques de la « langue cible » apparaissent subitement malléables, flexibles, graduelles. Le droit « donne du mou » pour saisir une réalité mouvante et complexe. Sans être indéterminées dans leur structure – à l'instar des mots de la langue usuelle, elles orientent notre *Weltanschauung*, elles forment notre « biais cognitif » –, les institutions juridiques de la langue d'accueil se trouvent néanmoins engagées dans un processus de construction et d'aménagement permanent.

¹³³² O. CAYLA, « Ouverture : La qualification, ou la vérité du droit », *Droits*, 1993, n°18, p.3-4. Souligné dans le texte.

¹³³³ A. PAPAUX, *Essai philosophique sur la qualification juridique : de la subsumption à l'abduction*, 2003. Les propos qui suivent s'inspirent largement de F. Ost, « Le droit comme traduction », inédit, p.23-29.

¹³³⁴ Sur tout ceci, cf. D. BOURCIER, « Interprétation et abduction. La science du droit est-elle concernée par la sérendipité ? », *R.I.E.J.*, 1999, n°42, p.125-142. Cf. également F. Ost, « Le droit comme traduction », inédit, p.25 : « On peut, pour faire saisir toutes les virtualités de cette pensée analogique, dresser un tableau comparatif des propriétés qui opposent la déduction, d'un côté, l'abduction, de l'autre. Soit la déduction ou subsumption : elle consiste à rapprocher, par dérivation linéaire, emboîtement mécanique, deux entités homogènes : le genre et l'espèce. Ici les « communes mesures » sont hors de discussion ; résultant d'habitudes cognitives bien établies, leur aspect conjectural et construit a cessé d'être perçu depuis bien longtemps. À l'opposé, l'abduction s'attache à construire la commune mesure ; il s'agit en effet de rapprocher deux entités *a priori* étrangères l'une à l'autre : une catégorie abstraite et un cas vécu, un type légal et une occurrence concrète, une notion de droit français et une procédure anglaise... Ici point d'habitus cognitif établi, mais au contraire la perplexité suscitée par l'étrangeté de l'objet non identifié ».

¹³³⁵ A. PAPAUX, *op. cit.*, p.425.

1145. – Aux yeux de nombreux spécialistes du droit international privé, cette nécessaire ouverture à l'étranger commande l'adoption d'une approche fonctionnaliste du droit¹³³⁶. Il faut ainsi considérer que par-delà des apparences très diverses, les catégories et les normes des différents ordres juridiques entendent répondre à des problèmes et à des questions similaires. Une fois dépouillées de leur habillage culturel, les institutions juridiques des pays les plus éloignés dévoilent des visées et revêtent des significations communes. Citant H. Battifol, A. Papaux rappelle à cet égard qu'« on parvient à trouver une communauté de nature entre deux institutions différentes en considérant moins leur structure que leur fonction »¹³³⁷. Et plus loin, avec P. Mayer : « (...) l'essentiel, en matière de qualification, ne réside pas dans les *concepts* auxquels on a recours pour définir les catégories, mais dans les *intérêts* pratiques qui s'attachent à l'extension qu'on leur donne »¹³³⁸.

1146. – Ceci nous conduit à formuler deux observations. D'une part, on ne saurait ignorer qu'ainsi attelé à la « recherche d'équivalents fonctionnels » entre des ordres juridiques différents, le juge est comme le traducteur, qui « (...) doit souvent peiner pour trouver les termes de sa propre langue qui rendent des objets de pensée formés dans une langue étrangère selon d'autres lignes »¹³³⁹. Tel le traducteur qui cherche des « équivalents de sens » entre des mots de langues différentes, le juge est invité à traverser le miroir juridique pour déceler une communauté de visée ou de signification derrière des concepts et des institutions que tout semble opposer.

1147. – D'autre part, on observera que l'abduction ne se limite pas aux « traductions-qualifications » opérées dans le champ du droit international privé. Toute entreprise de qualification juridique constitue un saut du « connu » – le cas-type visé par l'hypothèse légale – à l'« inconnu » – la singularité du cas de l'espèce. « En résultent du côté des cas, un tri des faits et simultanément (va-et-vient), du côté des types, une sélection des catégories pertinentes. En d'autres termes, telle qualification se trouve arrêtée comme type (...) si la compréhension juridique de la situation réussit ou réussit mieux en comparaison de celles concurrentes ou, si elle échoue, se voit au contraire ramenée au statut de candidate malheureuse, simple *tentative* de lecture dans la lumière d'un type « pré-senti » que la sélection écarte désormais. Comment dans ces conditions de récursivité, de dialectique, de comparaison (donc de « plus ou moins ») des solutions possibles prétendre la qualification neutre, simple *étiquetage* ? »¹³⁴⁰. Tout comme le traducteur se voit contraint de sélectionner quelques mots parmi tous ceux que lui offre la langue cible pour rendre le message exprimé dans la langue source, de même le juge est-il tenu de choisir, au sein de la panoplie juridique de son « droit maternel », les concepts qui... traduiront le mieux les revendications exprimées devant lui. Cette traduction implique toujours un travail – et bien souvent un « retravail » – du langage du droit, au cours duquel le juge cherche et modèle les mots qui, en raison de leur finalité, de leur signification et de leur place au sein de la syntaxe juridique, feront le mieux « écho » aux intérêts des parties au litige.

1148. – (iii) La traduction dans le langage juridique ne suffit toutefois pas à l'élaboration de la décision de justice. Celle-ci requiert l'accomplissement d'un second mouvement, que de nombreux théoriciens et philosophes du droit allemands ont cerné sous le terme de « concrétisation »¹³⁴¹. Notion à contenu variable selon l'auteur qui y a recours, la « concrétisation » s'est principalement développée dans le sillage des théories herméneutiques de la Constitution. Elle renvoie à l'idée selon laquelle le texte constitutionnel, formulé en des termes vagues et généraux, ne contient rien de plus qu'un

¹³³⁶ Cet engouement pour le fonctionnalisme en droit comparé ne doit toutefois pas cacher une certaine ambiguïté sémantique et de nombreuses difficultés méthodologiques. Cf. à cet égard le très bon article de R. MICHAELS, « The Functional Method of Comparative Law », in M. REIMAN, R. ZIMMERMANN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2006, p.339-382.

¹³³⁷ A. PAPAUX, *op. cit.*, p.483.

¹³³⁸ *Ibid.*, p.484.

¹³³⁹ H. BATTIFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, p.33, cité par A. PAPAUX, *op. cit.*, p.433.

¹³⁴⁰ A. PAPAUX, *op. cit.*, p.382-383.

¹³⁴¹ Cf. e.a. H.G. GADAMER, *Vérité et méthode*, trad. P. Fruchon et J. Grondin, 1996, p.352 et références citées ; F. MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, 5^{ème} éd., trad. O. Jouanjan, coll. Léviathan, Paris, PUF, 1996, *passim* ; K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 8^{ème} éd., 1976, cité par E-W. BÖCKENFÖRDE, *Le droit, l'Etat et la Constitution démocratique*, trad. O. Jouanjan, 2000, p.240. Sur les théories allemandes de l'interprétation juridique ayant recours au concept de concrétisation, cf. encore G. JUST, *Interpréter les théories de l'interprétation*, 2005, p.118-119 ; R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, 2006, p.40-54.

programme, des idées-force en attente de « concrétisation ». Cette opération de concrétisation, c'est avant tout – mais pas uniquement – au juge constitutionnel qu'elle incombe. S'appuyant sur une méthodologie appropriée, s'alimentant aux sources d'un droit qui ne se limite pas aux textes officiels, s'aidant d'une « précompréhension » du prescrit constitutionnel héritée de sa formation et de son immersion dans la culture juridique nationale – la fameuse *Vorverständnis* gadamérienne –, le juge est invité à traduire les exigences de la *Verfassung* dans des normes juridiquement obligatoires.

1149. – On l'aura compris, la notion de concrétisation est intimement liée à une conception peu orthodoxe – mais ô combien lumineuse – de la norme que résume fort bien O. Jouanjan, un des meilleurs connaisseurs francophones de la théorie du droit allemande :

« Cette théorie repose sur l'idée fondamentale que la norme juridique ne s'identifie pas au texte de norme (texte de loi, texte de la Constitution, ou même texte de la prescription coutumière), mais qu'elle est le résultat d'un *travail*, au sens économique, productif du terme. Il ne s'agit cependant pas là d'un travail d'*extraction* de la norme à partir du matériau brut des textes (retrouver la norme que *contiendrait* d'avance le texte). Il s'agit d'un travail de *construction*. Ce travail de construction est désigné par le mot « concrétisation ». La norme n'est pas le point de départ de la concrétisation mais son résultat. On peut prendre une image : pour la théorie structurante du droit, il est tout aussi absurde de penser que la norme préexiste à ce travail du juriste (le « travailleur du droit ») que de penser que la maison serait déjà dans le plan de l'architecte. La norme n'est donc pas dans le texte mais elle est le résultat de sa concrétisation, c'est-à-dire le résultat, dans un cas donné, de l'emploi des méthodes juridiques »¹³⁴².

1150. – On l'aura compris, une fois que l'on adhère à une conception herméneutique du droit, la concrétisation apparaît comme une étape incontournable du raisonnement qui conduit au règlement juridictionnel d'un litige. Même lorsqu'il est coulé dans un texte de loi, le langage juridique, avec ses concepts, ses catégories et ses principes, n'est pas directement normatif. Son inscription dans le domaine du droit est toujours tributaire d'une effectuation, d'une interprétation, d'une concrétisation – en un mot : d'une traduction. En première ligne de cette entreprise de « traduction-concrétisation » se trouve bien sûr le juge, dont la décision opère une véritable transmutation : du langage juridique à la norme, du texte au droit, de l'abstrait au concret.

1151. – Cette conception de la norme et du travail du juge n'a pas laissé insensibles les théoriciens francophones du droit. Ainsi P. Moor nous livre-t-il une « théorie micropolitique du droit » qui assigne au juge un rôle primordial et dénie aux textes généraux et abstraits une quelconque valeur *normative*¹³⁴³ :

« Mais ces textes ne fournissent pas la norme ; ils ont fourni et continuent de mettre à disposition les outils nécessaires à la production des normes. C'est uniquement au moment où, pour résoudre un cas concret, une norme est nécessaire, que ces outils vont être assemblés, en fonction du problème posé, de manière à lui apporter une solution satisfaisante. Et encore la métaphore de l'outil n'est-elle guère judicieuse, car elle donne à penser qu'il s'agit d'objets solides sur lesquels le temps n'aurait pas de prise. En réalité, chacun de ces outils est à disposition, à chacun des moments où il est utilisé, tel qu'il existe à ce moment-là : c'est-à-dire tel qu'il a été façonné, travaillé, affiné par l'usage, exploré dans toutes ces potentialités »¹³⁴⁴.

1152. – Sans aller aussi loin, G. Timsit¹³⁴⁵, en cela suivi par A. Lajoie¹³⁴⁶ et M. Delmas-Marty¹³⁴⁷, observe quant à lui que l'émetteur du texte normatif ne détermine pas à lui seul le degré de juridicité de celui-ci. *Prédéterminée* par la parole de l'auteur (le législateur, l'autorité réglementaire, etc.) , et *surdéterminée* par les valeurs, croyances et principes qui l'entourent, la norme fait l'objet d'une co-

¹³⁴² O. JOUANJAN, « Présentation du traducteur », in F. MÜLLER, *op. cit.*, p.13-14.

¹³⁴³ Ce qui ne revient évidemment pas à consacrer la liberté totale du juge.

¹³⁴⁴ P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, 2005, p.210.

¹³⁴⁵ G. TIMSIT, *Les noms de la loi*, 1991.

¹³⁴⁶ A. LAJOIE, *Jugements de valeur*, 1997.

¹³⁴⁷ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, 1994.

détermination par le juge. Souscrivant à l'hypothèse d'une « écriture à plusieurs mains de la règle »¹³⁴⁸, cette position concède au juge une place essentielle dans la détermination de la norme. Elle ne lui en confie toutefois pas le monopole.

1153. – Notons encore que pour F. Müller, la concrétisation s'articule en deux temps. Elle suppose d'abord la construction de la « norme juridique », laquelle « doit être formulée de manière abstraite et générale (au sens des motifs généraux déterminants de la décision (...)) (« Dans un cas tel que celui-ci vaut telle norme juridique... ») ».¹³⁴⁹ Cette norme est le produit de l'interaction du « programme normatif » – le résultat de l'interprétation des textes pertinents – et du « champ normatif » – l'ensemble des « faits co-normatifs », des données réelles pertinentes (politiques, sociologiques, axiologiques) identifiées grâce au programme normatif. Une fois construite la norme juridique, il reste à l'appliquer au cas de l'espèce, à l'individualiser en une « norme-décision » : « ce dernier pas est alors accompli, d'un point de vue méthodique, sous la forme d'une simple conclusion, et, dans cette mesure – mais seulement dans cette mesure ! – effectivement comme une subsumption sous la norme juridique préalablement produite (« Considérant que les éléments sont réunis en l'espèce, la demande doit être rejetée », etc) »¹³⁵⁰.

1154. – Arrivé à ce stade, le lecteur se sentira peut-être désorienté par ces constructions théoriques complexes, désarçonné par des concepts aux contours flous et à la signification incertaine. Aussi paraît-il opportun de s'arrêter un instant pour cerner, avec la plus grande clarté possible, la manière dont s'articulent les différentes opérations de traduction au sein du jugement juridique¹³⁵¹.

1155. – On commencera pas rappeler qu'il est courant de se représenter le raisonnement juridique sous la forme d'un syllogisme. Selon ce schéma, la règle générale constitue la majeure du raisonnement tandis que le cas de l'espèce correspond à la mineure, la décision du juge résultant de la conjonction de ces deux prémisses. Associée un peu vite au mythe de la bouche de la loi, cette image de la fonction de juger a été vivement critiquée par les théoriciens du droit. Face à ce concert d'indignations, on voudrait émettre une opinion dissidente. Il semble en effet qu'une fois passée au prisme de la traduction, la figure du syllogisme judiciaire garde toute sa pertinence.

1156. – Observons d'abord que la phase de la *concrétisation* aboutit à la construction de la norme juridique qui figure dans la *majeure* du syllogisme. Cette norme générale et abstraite n'est toutefois pas l'expression univoque de la volonté de quelque législateur, telle qu'elle se manifeste dans les textes officiels. Elle apparaît bien plutôt comme le fruit d'une *traduction* par laquelle le juge inscrit les *sources* du droit (tel article de loi, tel précédent jurisprudentiel, tel principe d'interprétation, tel commentaire doctrinal, etc.) dans la sphère juridique, par laquelle il opère leur *conversion* dans le champ normatif.

1157. – Loin de se composer d'improbables « faits bruts »¹³⁵², la *mineure* du syllogisme résulte également d'une *traduction*. Elle est créée au terme de l'opération de *qualification* qui voit le juge transcrire, dans le langage juridique, des faits rapportés dans la langue usuelle. Cette entreprise ne se résume toutefois pas à un simple « transfert de sens », sans perte ni profit, entre des termes strictement équivalents, ou entre des faits supposés « réels » et des « mots du droit » prétendus univoques. Comme toute traduction, elle implique un travail des langues – tant de la langue source que de la langue cible –

¹³⁴⁸ Cf F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, notamment p. 51-64 sur l'écriture à plusieurs mains de la norme constitutionnelle.

¹³⁴⁹ F. MÜLLER, *op. cit.*, p.46.

¹³⁵⁰ *Ibid.*, p.46. Pour un commentaire critique, cf. E-W. BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, p.244.

¹³⁵¹ L'on n'évoquera plus ici la « traduction-comparaison » qui, alliée diffuse, protéiforme et insaisissable de la *iurisdictio*, informe l'ensemble du raisonnement juridique sans nécessairement transparaître dans aucune des étapes qui le structurent. Par ailleurs, il va de soi que la formalisation que l'on s'efforce de livrer ici est éminemment personnelle et gagnerait à être affinée. Du reste, si elle se veut générale, elle n'en a pas moins été conçue en ayant déjà à l'esprit la scène juridictionnelle européenne et les « cas tragiques » qu'y posent les rapports entre droits fondamentaux et libre circulation.

¹³⁵² « Il n'existe pas de faits 'bruts' dont l'agglomération ou l'amalgame constitue une situation à qualifier : les faits sont déjà dans les schémas et les cadres qui déterminent leur perception » (F. BLANCHARD, « Vers une théorie de la qualification juridique. Les socles épistémiques de la catégorisation », p.226, cité par A. PAPAUX, *op. cit.*, p.368).

, elle invite à construire des comparables et à rechercher des équivalents fonctionnels à même de rendre le plus pertinemment possible une réalité profuse et rebelle à tout enfermement dans le langage. En ce sens, la traduction-qualification relève du processus hasardeux et complexe de l'*abduction* bien plus que de l'opération mécanique et par trop simpliste de la subsomption.

1158. – Reste alors la *conclusion* du syllogisme, dont il a été peu question jusqu'ici. F. Müller considère qu'une fois opérée la concrétisation de la « norme juridique », demeure à construire la « norme-décision ». Il n'est pas interdit de voir dans cette dernière étape du raisonnement juridique une nouvelle forme de traduction, un passage de l'abstrait au concret et du général au particulier. On est cependant tenté de résister à cette présentation des choses, qui risque de galvauder le terme de « traduction ». Car s'il est incontestable que l'application de la norme ménage toujours une marge d'interprétation à celui qui y procède, il n'est pas pour autant certain qu'elle s'apparente à un véritable saut vers l'inconnu, à un passage entre deux rives *a priori* étrangères l'une à l'autre. Nous préférons dès lors laisser cette question en suspens, sans que cette incertitude ait quelque incidence sur la suite de nos réflexions.

§2. Les formes de la traduction – autorité de chose traduite, bilinguisme, et nature semi-conventionnelle du langage

1159. – Ainsi placée au cœur de la *iuris-dictio*, la traduction revêt des formes quelque peu particulières. Elle se distingue notamment de la traduction « au sens strict » par l'autorité qui s'attache à l'œuvre du traducteur (*i*), par le bilinguisme de ses lecteurs (*ii*), et par la nature semi-conventionnelle du langage qu'elle utilise (*iii*).

1160. – (*i*) Opérée par le juge, la traduction ne se ramène pas à une activité de l'esprit, « désintéressée » ou « artisanale », n'ayant d'autre but que d'aboucher des univers langagiers différents et de mettre en communication des mondes isolés les uns des autres. Flanquée du glaive et du bandeau de la justice, la traduction se trouve *institutionnalisée*. Cette mise au service du pouvoir – au sens le plus neutre du terme – s'accompagne inévitablement de deux corollaires, qui « dénaturent » quelque peu l'opération de traduction. D'une part, celle-ci se voit assigner une visée *performative* ; d'autre part, elle se voit revêtue d'une *autorité* formelle, qu'elle emprunte à son auteur.

1161. – L'opération de traduction prend alors une tout autre perspective. D'abord, il ne s'agit plus simplement de *s'efforcer* de construire des ponts, mais bien d'y *parvenir* ; l'interdiction du *non liquet* transforme l'obligation de moyen du traducteur en une obligation de résultat. Le « désir de traduire » évoqué par A. Berman¹³⁵³ se mue ici en un véritable « *devoir* de traduire ». Ensuite, il ne s'agit pas tant de bâtir des ponts que d'en édifier *un seul*. Telle est l'idée reçue auprès d'un grand nombre de juristes, qui veut qu'à chaque situation de fait corresponde une et une seule traduction en droit. On peut même aller plus loin et, s'inspirant d'un certain positivisme juridique, affirmer qu'il s'agit moins de *construire* un pont que d'en *dévoiler* l'existence aux parties. Enfin, même si l'on adhère à une vision moins idéalisée de la fonction de juger, il faut encore reconnaître que tout contentieux s'apparente au mieux à un *concours de traductions*. Le juge teste la solidité des ponts bâtis par les parties et, si nécessaire, y substitue sa propre construction¹³⁵⁴.

1162. – Par ces comparaisons imagées, l'on cherche à montrer qu'une fois associée au droit – et donc au pouvoir –, la traduction en véhicule aussi les mythes et les postulats. S'il conduit à jeter un regard nouveau sur l'activité juridictionnelle, le paradigme traductif se trouve, en retour, transformé par

¹³⁵³ A. BERMAN, *L'épreuve de l'étranger*, cité par P. RICOEUR, « Un « passage » : traduire l'intraduisible », *loc. cit.*, p.57.

¹³⁵⁴ Dans le même sens, cf. O. CAYLA, « Ouverture : La qualification, ou la vérité du droit », *loc. cit.*, p.12 : « [La qualification juridique] met, contre leur gré, les interlocuteurs d'accord sur la qualité des choses par sa *force juridique* irrésistible qui lui permet de se *substituer* aux prétentions qualificatoires des sujets du discours ordinaire. Souvent, elle valide la qualification d'une partie et lui apporte son soutien dans la disqualification de la prétention adverse (...). Mais, parfois, elle se substitue aussi bien à la qualification de l'une qu'à celle de l'autre des deux parties, pour imposer une tierce vision « objective » de la nature de la chose (ou « *cause* ») débattue (...) ».

l'objet qu'il entend éclairer. On aurait tort d'ignorer ce phénomène de contamination – ou de fécondation – réciproque. Une fois institutionnalisée et asservie à l'exercice de l'autorité, la traduction s'écarte largement des visions idéalisées dont se prennent à rêver parfois les philosophes. Et ce serait une erreur que d'analyser la fonction de juger au prisme de la traduction sans tenir compte du contexte institutionnel dans lequel s'inscrit la *iuris-dictio*¹³⁵⁵.

1163. – Mais si la traduction se transforme au contact de l'autorité, l'inverse n'en est pas moins vrai. Une fois conçu comme un processus traductif, l'exercice de l'*imperium* par le juge prend une tout autre résonance. Loin de découler naturellement de sa place dans la hiérarchie des normes et du statut formel de son émetteur, l'autorité de la décision apparaît grandement tributaire de ses qualités intrinsèques. Le juge ne peut donc pas se contenter de traduire. Pour garantir l'autorité de sa décision, il doit s'efforcer de donner au litige la meilleure traduction possible, celle qui emportera l'adhésion de ses lecteurs et de la communauté juridique tout entière¹³⁵⁶.

1164. – (ii) Ce dernier point – sur lequel nous reviendrons longuement plus loin – nous conduit à observer une autre particularité de la traduction telle qu'elle est opérée par le juge. A l'inverse du traducteur de langues étrangères, le juge traduit au sein d'une même langue naturelle. Certes, la science du droit a ses mots et ses structures propres qui en font un « quartier » à part au sein de la « cité du langage » dont nous parlait Wittgenstein. Il s'en faut toutefois de beaucoup que les « habitués du quartier » – les juristes – soient incapables de s'orienter dans le dédale de la langue commune.

1165. – En résulte que les lecteurs de la traduction effectuée par le juge sont tous des « bilingues » – plus ou moins « parfaits », certes –, eux aussi capables de lire directement dans la langue source, qu'il s'agisse de la langue des parties ou de celle du texte légal. Les juristes se trouvent ainsi dans une situation comparable à celle de S. MacKenna qui, en grand traducteur de Plotin, déclarait que « devant une traduction libre, faite par un homme qui connaît son affaire, je suis souvent tout réjoui de découvrir que je peux, à partir de toute cette liberté, reconstituer l'original grec presque mot à mot »¹³⁵⁷. En partant des termes de la décision, les lecteurs sont ainsi capables de retracer l'itinéraire emprunté par l'esprit du juge, de remonter le cours de son raisonnement pour retrouver à la source le matériau d'origine qui a servi à la traduction. On notera que si cette entreprise – dont les « arrêttistes » se sont fait une spécialité – est souvent facilitée par la motivation du jugement – cette gigantesque « note du traducteur » par laquelle le juge explique et justifie sa traduction –, celle-ci peut également mener à de fausses pistes servant à dissimuler aux yeux du lecteur un sentier plus direct mais sans doute moins avouable.

1166. – Le bilinguisme engendre le soupçon. Alors que le traducteur de langues étrangères peut compter sur la confiance aveugle de son lectorat, le juge est constamment suspecté de traductions biaisées, partiales, traîtresses. On se gardera toutefois de déplorer ce contrôle incessant exercé par la doctrine – et plus largement, par la communauté des juristes dans son ensemble – sur les « traductions jurisprudentielles ». Il se dit en effet souvent qu'il n'existe pas de critère de la bonne traduction. C'est avec une certaine désillusion que P. Ricoeur remarque à cet égard qu'« à défaut de texte tiers, où résiderait le sens même, l'identique sémantique, il n'y a pour seul recours que la lecture critique de quelques spécialistes sinon polyglottes du moins bilingues, lecture critique équivalant à une retraduction privée, par quoi notre lecteur compétent refait pour son compte le travail de

¹³⁵⁵ « Le travail qu'exigent les textes de normes doit conduire à des décisions pratiques (...). Le jugement qui (...) coupe court au discours, pris dans cette fonction, n'est que pouvoir : l'un des moments stratégiques au cours desquels le *pouvoir* d'Etat ôte son masque. Et pourtant, cette capacité de couper court au discours (...) existe *certes en fait*, mais demeure *vaine*. L'Etat fait violence au langage (il ne peut faire autrement, c'est sa *raison d'être*) ; mais le langage lui rend ses coups. Les textes de l'Etat *sont* pouvoir ; mais ils demeurent des textes, ils restent de l'écrit jusqu'au Jugement dernier, de nouveaux énoncés pourront être reliés aux énoncés des jugements (...). Les textes de décision (...) produits par l'Etat, comme d'ailleurs ses textes de normes, ne sont rien d'autres que des piliers dressés en travers du flot du discours : mais des piliers faits de la même eau, même s'ils sont protégés par les tireurs d'élite de l'appareil d'Etat, postés sur les berges » (F. MÜLLER, *op. cit.*, p.382-383 ; souligné dans le texte).

¹³⁵⁶ Sur cette notion de communauté juridique, fort proche des « auditoires » de Chaïm PERELMAN, cf. P. MOOR, *op. cit.*, p.217-225.

¹³⁵⁷ Cité par G. STEINER, *Après Babel*, *op. cit.*, p.251.

traduction »¹³⁵⁸. Nul doute que transposée aux traductions juridictionnelles et à leur lectorat bilingue, cette réflexion livre une piste féconde à qui s'interroge sur les critères du « bon » jugement. Y résonnent les enseignements de C. Perelman et de J. Habermas, sur lesquels nous reviendrons en temps utile.

1167. – (iii) La dernière spécificité de la « traduction juridictionnelle » tient au langage dans lequel elle opère. On l'a déjà dit et répété, la « langue » du droit n'est ni une langue naturelle, telle le français ou le chinois, ni – n'en déplaie à Leibniz¹³⁵⁹ – une langue artificielle, à l'instar des langages informatiques et mathématiques¹³⁶⁰. Elle baigne dans le langage courant sans pour autant s'y réduire ; elle ne se conçoit qu'au sein d'une langue naturelle, mais procède d'un mouvement d'arrachement à la spontanéité du langage et – dans une moindre mesure – à son enracinement culturel.

1168. – Cette position d'entre-deux place le langage juridique dans une position à peu près unique – qu'il partage peut-être, et encore, avec le seul vocabulaire économique. Qui ne voit dans cette particularité la marque de l'ambition *délibérément* instituante de la « langue » du droit qui, dans un ample geste performatif, entend structurer la société tout entière par le simple pouvoir des mots ? Associé au pouvoir et à l'autorité¹³⁶¹, le langage juridique ne peut s'offrir le luxe de la flexibilité et de l'ambiguïté ; clair et rigoureux, il est conçu pour résister à l'usure du temps et aux effets de mode. Les innombrables définitions qui peuplent invariablement les manuels de droit ne cessent de nous le rappeler.

1169. – Certes, le langage du droit n'est pour autant rien plus que *semi-conventionnel*. À chaque instant, il subit la contamination de la langue ordinaire, venant tantôt obscurcir la compréhension d'un terme technique, tantôt servir des desseins rhétoriques dans lesquels se perd la « pureté » du langage juridique. Cette influence du langage quotidien n'est cependant pas toujours néfaste, loin s'en faut. L'inépuisable thesaurus de la langue naturelle vient quotidiennement féconder le vocabulaire juridique, tantôt l'enrichissant en provoquant la germination de concepts nouveaux (subsidiarité, développement durable, etc.), tantôt l'affermissant en arbitrant, par l'intermédiaire du dictionnaire, les disputes sur le sens de tel ou tel terme imprécis¹³⁶².

1170. – Il n'en demeure pas moins, répétons-le une fois encore, que le langage juridique repose largement sur un usage conventionnel des mots et qu'il ne constitue qu'un « quartier » de la « cité » de la langue naturelle. Cette double spécificité a des conséquences extrêmement importantes pour notre propos. Afin de le bien comprendre, il importe de rappeler que des philosophes tels que Ricoeur et Derrida appellent à faire le deuil de la « traduction parfaite ». S'appuyant sur les enseignements de la philosophie du langage, ils considèrent qu'il n'existe d'autre réalité que celle qui se donne à voir par le langage. Dès lors que la langue constitue notre seule voie d'accès au monde et aux idées, il serait vain de croire que les mots renvoient à quelque essence extérieure, immuable, et toujours-déjà là. Témoin de notre finitude, cet insurmontable enracinement langagier dresse un premier obstacle sur le chemin qui conduit à la traduction parfaite. C'est que, si les diverses langues naturelles sont autre chose que des voies multiples menant à une essence unique, alors bien naïf serait le traducteur qui prétendrait remonter le cours des langues et les substituer les unes aux autres, sans que la réalité qu'elles désignent en subisse une quelconque altération. A cette première difficulté s'en ajoute une seconde, liée à l'« épaisseur culturelle » dans laquelle baigne chaque langue naturelle. Car s'il n'est pas de connaissance en dehors du langage, il n'est pas de langage en dehors d'une histoire et d'une culture

¹³⁵⁸ R. RICOEUR, « Défi et bonheur de la traduction », in ID., *Sur la traduction*, op. cit., p.14.

¹³⁵⁹ Sur la tentative de Leibniz de construire un langage juridique purement formel et rationnel, cf. B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, 2005, p.258-277.

¹³⁶⁰ Dans un sens différent, cf. R. VON JHERING (*L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, op. cit., t.III, p.27-44), qui établit une comparaison intéressante entre l'alphabet de la langue et ce qu'il appelle l'« alphabet juridique », jugé à la fois comme inférieur et différent du premier.

¹³⁶¹ Cf. *supra*, n°1160 et s.

¹³⁶² L'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce est particulièrement enclin à recourir au dictionnaire en cas de doute sur l'interprétation d'un terme juridique. En résultent parfois d'indécidables « querelles des dictionnaires ». Cf. à cet égard, de manière critique et à propos d'une affaire récente, F. ORTINO, « Treaty Interpretation and the WTO Appellate Body Report in *US – Gambling* : A Critique », *J.I.E.L.*, 2006, p.117-148.

qui lui est propre. Cette histoire et cette culture, c'est évidemment d'abord celle d'un peuple plus ou moins homogène – ne parle-t-on pas de *communauté* linguistique ? –, mais c'est également celle, chaque fois différente, de chaque individu qui le compose, tant il est vrai que les mots d'une langue ne prennent forme et résonance que sur fond d'une expérience toujours personnelle et subjective. S'il en est bien ainsi, alors il faut renoncer à la traduction parfaite. Car si déjà l'on doit faire son deuil, au sein d'une même langue, de la croyance en un rapport d'identité univoque entre le signifiant et le signifié, comment espérer trouver une monnaie d'échange parfaitement équivalente dans une langue étrangère, enveloppée d'une culture et dotée d'un tout autre répertoire symbolique ?

1171. – La nature semi-conventionnelle du langage juridique rend la « traduction juridictionnelle » *moins* vulnérable à cette double difficulté, et ce pour au moins trois raisons. D'une part, parce qu'à l'inverse des langues naturelles, le langage juridique ne prétend pas mettre ses locuteurs en contact direct avec le réel ; ses mots n'entendent pas refléter en toute transparence une hypothétique réalité extérieure. Le droit est un instrument de traitement et de transformation de la réalité, qui s'assume comme tel. Et de même que la « traduction-qualification » ne cherche pas à redire en d'autres mots les faits de la cause, de même la « traduction-concrétisation » ne vise pas simplement à reproduire la volonté du législateur ou l'Idée de Justice. Au regard de cette spécificité du langage juridique – liée à son ambition instituante –, on comprend que la traduction juridictionnelle n'est pas intéressée par l'idéal d'une traduction parfaite entendue comme pur transfert de sens, sans perte ni profit, d'une langue source à une langue cible.

1172. – D'autre part, le caractère construit et conventionnel du langage juridique l'immunise partiellement contre cette subjectivité qui colle aux langues naturelles¹³⁶³. Comme le dit Steiner, « c'est parce que la correspondance entre les mots et les « choses » est (...) faible que les langues [naturelles] sont fortes. Qu'on inverse ces concepts, comme le font les langues universelles artificielles, et l'on s'aperçoit très vite que le résultat est un mode de communication dépourvu du fourmillement de l'énergie spontanée »¹³⁶⁴. Gage d'intelligibilité et de sécurité, cette résistance à la spontanéité et à l'appropriation individuelle est nécessaire au langage du droit. Les définitions dont regorgent les lois et les ouvrages de doctrine prennent garde qu'à aucun moment ne s'installe un hiatus entre le signifiant et le signifié.

1173. – Enfin, que les mots du droit ne peuplent qu'un quartier de la cité langagière signifie que l'on n'en est jamais prisonnier. S'il semble impossible de « sortir du langage » pour observer le réel « face à face », rien n'est en revanche plus facile – et bénéfique – que de s'extraire de sa condition juridique pour contempler le monde depuis d'autres points de vue – langagiers. C'est dans ce sens que l'on doit comprendre l'avertissement lancé par C. Atias : « à force de raisonner sur des concepts, (...) les juristes finissent par leur attacher plus d'importance qu'à la réalité. (...) Il importe, par conséquent, que les concepts employés permettent d'appliquer à la réalité les solutions les plus appropriées. Le « point de vue » sur l'être ne doit pas faire oublier l'être »¹³⁶⁵. Une fois opéré ce décentrement, il est alors possible d'adopter un regard critique sur les structures et sur le vocabulaire du langage juridique. Eclairé des autres « points de vue sur l'être », on se trouve en mesure de proposer non seulement des termes nouveaux mais également des acceptions inédites à des notions juridiques déjà usées, tout ceci afin de serrer au plus près une réalité insaisissable. Cette flexibilité est évidemment très précieuse au « traducteur-juge » qui, pour peu qu'il s'en explique dans sa motivation, peut sans difficulté recourir à de nouvelles définitions – concernant la liberté de circulation, par exemple – ou à de nouvelles règles

¹³⁶³ *Contra*, cf. R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, op. cit., t.I, p.26 : « Il n'est plus contesté aujourd'hui que le droit n'est point, comme on se le figurait autrefois, une agrégation extérieure de dispositions arbitraires qui doit son origine à la pensée du législateur ; il est, comme le langage d'un peuple, le produit interne et réglé de l'histoire. Sans doute, l'intention et le calcul humains contribuent à la former, mais l'un et l'autre *trouvent* plus qu'ils ne *créent*, car la naissance et la formation des rapports dans lesquels se meut l'espèce humaine ne dépendent point d'eux. Le droit et ses institutions ont surgi sous l'impulsion de la vie ; c'est elle qui leur conserve leur incessante activité extérieure. La forme que le caractère du peuple et tout son mode d'existence ont imprimée au droit précède toute pensée, toute volonté législative, et celle-ci ne peut y toucher sans que sa tentative ne tourne à sa propre confusion ».

¹³⁶⁴ G. STEINER, op. cit., p.195.

¹³⁶⁵ C. ATIAS, *Epistémologie juridique*, 1985, p.153.

« grammaticales » – concernant l’articulation entre deux principes contradictoires, par exemple. La langue naturelle ne jouit pas de cette plasticité-là. On voit mal le traducteur de langues étrangères multiplier les « N.d.T. » pour donner, à chaque terme utilisé, une définition qui n’est pas reçue dans le langage ordinaire. Quelque fidèle qu’elle pût apparaître, une telle traduction manquerait assurément sa cible, renvoyant les lecteurs à ce même dictionnaire dont ils espéraient se dispenser en lisant une traduction dans *leur* langue¹³⁶⁶.

§3. *Le contexte de la traduction – le réseau des traducteurs*

1174. – Les traductions juridictionnelles ne s’accomplissent pas dans un *no man’s land* juridique, loin s’en faut. Elles s’insèrent dans un vaste réseau normatif, dont il importe à présent de détailler les formes. Après avoir recensé quelques traits caractéristiques des réseaux en général (i), l’on s’efforcera de montrer que nos ordres juridiques contemporains revêtent aujourd’hui une forme réticulaire (ii) et que les décisions juridictionnelles s’apparentent à des « traductions en réseau » (iii).

1175. – (i) « Par-delà la diversité des usages auxquels elle se prête, et en dépit de son évidente polysémie, la notion de « réseau » s’accompagne d’un « noyau dur de signification » relativement stable (...). De manière positive, on retiendra ainsi le fait que le réseau constitue une « trame » (...) composée d’« éléments » ou de « points » (...) reliés entre eux par des « liens ou « liaisons » assurant leur « interconnexion » ou leur « interaction » (...). De manière négative, par ailleurs, on souligne généralement que, à la différence sans doute de la structure d’un système, et certainement d’une structure pyramidale, arborescente ou hiérarchique, dans un réseau, « aucun point n’est privilégié par rapport à un autre, aucun n’est univoquement subordonné à tel ou tel ». A la différence de la notion de système, celle de réseau paraît également n’impliquer aucune forme de « clôture », les réseaux étant des « structures ouvertes, susceptibles de s’étendre à l’infini, intégrant des nœuds nouveaux en tant qu’ils sont capables de communiquer au sein du réseau (...) »¹³⁶⁷.

1176. – Dans le prolongement de ces réflexions, il est permis de rattacher au moins trois caractéristiques à la notion de « réseau ». D’une part, on peut considérer que les réseaux sont nécessairement des structures *ouvertes*. Comme le rappelle judicieusement E. Lepka, « [l]e réseau, c’est « l’antithèse de la frontière »¹³⁶⁸. Sa flexibilité et son indétermination consubstantielles lui assurent une possibilité d’extension sans limites, qui se réalise par le biais d’une progression désordonnée et « autogénératrice ». D’autre part, les organisations en réseau se caractérisent par leur *polycentricité*. Aux antipodes de l’arborescence propre aux entités pyramidales, les réseaux se composent d’une multiplicité de « nœuds », de « foyers », de « neurones », et sont de ce fait dépourvus d’un centre de gravité unique. Cette caractéristique s’accompagne généralement d’un corollaire, qui consiste dans la nature profondément « hétérarchique », voire « a-hiérarchique », des réseaux. Enfin, on relèvera que les structures en réseau fonctionnent sur un mode *circulaire*¹³⁶⁹. Elles se distinguent par là de la logique linéaire caractéristique des entités pyramidales, dans lesquelles les informations se transmettent de manière unidirectionnelle, *top-down* ou *bottom-up*. La circularité implique au contraire une interdépendance entre tous les points du réseau, de telle sorte que les « outputs » générés par un « foyer » lui reviennent nécessairement sous la forme d’« inputs », transformés par les réactions des autres nœuds du réseau.

¹³⁶⁶ Cf. à cet égard l’article très intéressant de M. VOGLIOTTI, « La bande de Möbius : un modèle pour penser les rapports entre le fait et le droit », *R.I.E.J.*, n°38, 1997, p.103-172. L’auteur rappelle le fameux dialogue inventé par L. Carroll, qui oppose Alice à Humpty Dumpty. Celui-ci sème le trouble dans l’esprit de celle-là en utilisant des mots courants dans un sens complètement farfelu, déterminé par lui seul. S’inspirant de ce récit, M. Vogliotti conteste la possibilité pour un juge de se comporter en « Humpty Dumpty », c’est-à-dire de s’inventer un langage privé, composé de mots dont il serait seul en mesure de donner la définition. Cette objection marque clairement – et avec raison – la limite de la « plasticité » et de la « conventionnalité » du langage juridique. Elle ne rend cependant pas justice, nous semble-t-il, au « surcroît de plasticité » dont jouit le langage juridique par rapport à la langue courante.

¹³⁶⁷ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit., p.24-25 (références omises).

¹³⁶⁸ E. LEPKA, *Les degrés de juridiction communautaire. A la croisée du système et du réseau*, op. cit., p.350 (référence omise).

¹³⁶⁹ Cf. F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, 1988, p.104-105.

1177. – (ii) Il revient à F. Ost et M. van de Kerchove¹³⁷⁰ d'avoir montré que nos ordres juridiques contemporains délaissent progressivement la structure kelsénienne¹³⁷¹ de la pyramide pour embrasser les formes plus mouvantes et indécises du réseau. Leur démonstration est aujourd'hui suffisamment connue et approuvée pour que l'on se dispense d'en fournir une description détaillée. Tout au plus s'autorisera-t-on à souligner, dans le prolongement de la pensée de ces auteurs, le double effondrement que subit aujourd'hui la « pyramide des normes »¹³⁷².

1178. – Les frontières *internes* de l'ordre juridique, qui séparent les différents étages de la pyramide et ordonnent les multiples niveaux de normes (constitutionnel, législatif, réglementaire, juridictionnel, privé), sont les premières à céder face aux développements du droit contemporain. L'apparition de « boucles étranges » brouille aujourd'hui la structure hiérarchique et linéaire décrite dans la *Théorie pure du droit*. La montée en puissance des acteurs privés, la contractualisation du droit, le succès du concept de « gouvernance », la « crise » du pouvoir législatif, la consécration des juridictions constitutionnelles sont autant de facteurs qui participent de ce phénomène de décloisonnement des étages de la pyramide et consacrent, bien loin du modèle kelsénien, le principe d'une écriture à plusieurs mains de la norme. Le droit ne se crée plus de haut en bas et de façon monologique, mais résulte d'un processus de production complexe dans lequel interagissent de façon désordonnée les niveaux et les acteurs. A n'en pas douter, nos ordres juridiques contemporains sont plus *polycentriques* et *circulaires* qu'ils ne l'ont jamais été.

1179. – Mais les développements récents du droit ne se limitent pas à ébranler la pyramide de l'intérieur en corrodant les échelons fixes et séparés, supérieurs et inférieurs, qui la composent. Ils mettent également en question l'étanchéité de ses parois et par ce biais, la pertinence même de la représentation du droit sous la forme de quelque corps solide que ce soit. Alors que la théorie pure du droit de Kelsen fait clairement le départ entre droit et non-droit, entre l'intérieur et l'extérieur de la pyramide, l'analyse attentive de certains phénomènes dévoile une réalité beaucoup plus complexe, et un ordre juridique sans cesse plus *ouvert* aux influences extérieures. Cette ouverture se réalise avant tout au profit des ordres juridiques étrangers. Nul n'ignore en effet que l'heure est aujourd'hui à la « mondialisation du droit »¹³⁷³. En marge des traités internationaux et par-dessus les épaules des Etats, se construit un droit véritablement *transnational* dans lequel les juges et les ONG ne jouent pas le moindre des rôles. Ces développements ont du reste amené certains auteurs à proclamer l'avènement d'un « monde » et d'une « souveraineté » « en réseau »¹³⁷⁴. Mais la porosité des parois de la pyramide du droit la rend également perméable à d'autres influences, étrangères au registre strictement juridique. C'est l'érosion de la frontière entre droit et morale, si chère aux positivistes¹³⁷⁵, qui se trouve ici visée. Hier encore refoulées derrière le voile pudique de la légalité formelle, les considérations éthiques et morales jouissent aujourd'hui d'un retour en grâce auprès des juristes, et des juges en particulier. Que l'on s'avise à cet égard du succès grandissant que remportent les notions de dignité humaine dans les prétoires¹³⁷⁶, et de « *good governance* » dans les entreprises et les administrations.

¹³⁷⁰ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*

¹³⁷¹ Cf. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, spéc. p.224 et s, où l'auteur définit l'ordre juridique comme « une pyramide ou hiérarchie de normes qui sont subordonnées les unes aux autres, supérieures ou inférieures ».

¹³⁷² Sur ce point, cf. A. BAILLEUX, « A la recherche des formes du droit : De la pyramide au réseau ! », *loc. cit.*

¹³⁷³ Cf. C-A. MORAND (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, 2001.

¹³⁷⁴ A-M. SLAUGHTER, « Sovereignty and Power in a Networked World Order », *Stan.J. I. L.*, 2004, vol.40, p.283-327. *Adde* : Id., « Global Government Networks, Global Information Agencies, and Disaggregated Democracies », *Mich.J.I.L.*, 2002-2003, vol.24, p.1041-1075 ; « Networking Goes International : An Update », *Annu.Rev.LawSoc.Sci.*, 2006, vol.2, p.211-229. L'idée du réseau apparaît également en filigrane chez N. WALKER, « Flexibility within a Metaconstitutional Frame : Reflections on the Future of Legal Authority in Europe », in G. DE BURCA, J. SCOTT (eds), *Constitutional Change in the EU : From Uniformity to Flexibility ?*, 2000, p.9-30. *Contra* : J. VERHOEVEN, « Souveraineté et mondialisation : libres propos », in E. LOQUIN, C. KESSEDJIAN (dir.), *La mondialisation du droit*, 2000, p.43-57.

¹³⁷⁵ Sur ce point, cf. A. BAILLEUX, « « Hart vs. Dworkin » and its Progeny » : actualité du « combat des chefs » dans la littérature anglo-saxonne », *R.I.E.J.*, vol.59, 2007, p.173-220.

¹³⁷⁶ Cf. P. MARTENS, « Encore la dignité humaine : réflexions d'un juge sur la promotion par les juges d'une norme suspecte », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire - Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, 2000, p.561-579.

Plus généralement, on ne manquera pas d'observer, derrière la prolifération des *Bills of rights* et la juridicisation de vertus telles que la « proportionnalité » et le « raisonnable », la friabilité d'un droit contemporain qui ne peut pas « se passer de Dieu »¹³⁷⁷.

1180. – (iii) Fort de ces observations, on n'a guère de peine à voir dans toute décision juridictionnelle l'expression d'une « traduction en réseau ». Comparable à ces « jeux en réseau » qui, par le biais d'Internet, réunissent un nombre potentiellement infini de participants autour d'une activité – ludique – commune, la construction du droit contemporain constitue un « chantier traductif » permanent qui se nourrit de l'interaction entre d'innombrables « foyers de droit ». On connaît bien la métaphore de la « chaîne du droit » imaginée par Dworkin, qui compare les juges à des « romanciers à la chaîne » se relayant dans l'écriture d'une oeuvre commune, chacun s'efforçant de faire preuve de créativité tout en préservant et renforçant la cohérence de l'ensemble¹³⁷⁸. Afin de saisir la pertinence de l'image de la « traduction en réseau », il convient, par contraste, de pointer les limites de la métaphore dworkinienne, qui reste tributaire d'une vision monologique, linéaire et clôturée de l'ordre juridique¹³⁷⁹.

1181. – On observera d'abord que la construction du droit n'occupe pas que les seuls juges. Dans un ordre juridique *polycentrique* comme le nôtre, les normes se tissent à partir d'une multitude de foyers différents: le pouvoir constituant et les trois pouvoirs constitués certes, mais aussi les ONG, « (...) les diverses administrations, la doctrine, les barreaux, le notariat, les sociétés commerciales, syndicats, grandes associations qui disposent d'un poids suffisant pour peser sur la législation et la jurisprudence, les simples particuliers, enfin, qui, par leurs comportements individuels mille fois répétés, peuvent à leur tour « peser » sur le sens conféré au texte »¹³⁸⁰. A l'image du roman à la chaîne se substitue alors l'image de la « rhapsodie » proposée par M. Vogliotti, qui renvoie à ces conteurs de la Grèce antique – les « rhapsodes » – , se déplaçant « (...) d'une agora à l'autre pour raconter des poèmes tels que l'Iliade et l'Odyssée, en essayant d'adapter l'histoire aux traditions locales et à l'évolution de la société (...). Cette ancienne forme littéraire renvoie (...) à l'idée du droit comme *réseau* « cousu », de façon continue, par plusieurs auteurs, ayant des marges créatives différentes à partir d'une multiplicité diffuse de contextes, par des procédures et des techniques diverses, mais unifié par une même tension unitaire (...) »¹³⁸¹.

1182. – Ensuite, force est de reconnaître que la linéarité du « roman à la chaîne » cadre mal avec la *circularité* et les rétroactions propres à la construction en réseau. C'est que les juges construisent moins le droit par passages de témoin successifs que par un processus constant d'interaction, par un échange de flux qui parcourent en tous sens les canaux du réseau juridique. C'est ici l'image du « concerto » qui s'impose, avancée par G. Canivet à propos des relations entre les juges et la doctrine : « A chaque arrêt s'exprime l'auteur ; chaque commentaire est, tôt ou tard, suivi d'une nouvelle décision qui lui répond. C'est l'art du concerto. Une correspondance en chaîne, épisodique et continue, par décisions et commentaires interposés, qui peut avoir un tour plus direct, tel membre de la Cour n'hésitant pas à s'entretenir avec tel auteur sur les opinions émises, sur la portée des décisions, sur la pertinence des critiques, sur les questions nouvelles »¹³⁸². C'est bien dans cette recherche d'un « ton » commun, dans cette entreprise permanente et réciproque de « mise au diapason » entre les acteurs de

¹³⁷⁷ Cf. P. MARTENS, *Le droit peut-il se passer de Dieu ?*, coll. « Travaux de la Faculté de droit de Namur », n°28, 2007.

¹³⁷⁸ Cf. R. DWORKIN, *L'empire du droit*, trad. E. Soubrenie, 1994, p.250 et s.

¹³⁷⁹ Ces observations recourent celles de F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p.426-429.

¹³⁸⁰ *Ibid.*, p.428. *Adde* : F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, « Les colonnes d'Hermès: à propos des directives d'interprétation en droit », in P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, 1995, p.152-153 : « (...) la *juris-dictio*, le dire du droit, n'est réservé à personne, même si certains acteurs y contribuent plus directement que d'autres. La production du discours juridique, qui est une interprétation continuée d'un texte juridique virtuellement infini (...), n'est le monopole de personne. Aussi bien proposons-nous de la penser à (...) l'image même du *réseau* de communications qui se tisse entre les différents interprètes du texte juridique » (nous soulignons).

¹³⁸¹ M. VOGLIOTTI, « La 'rhapsodie' : fécondité d'une métaphore littéraire pour repenser l'écriture juridique contemporaine », *R.I.E.J.*, 2001, n°46, p.156-187. Souligné dans le texte.

¹³⁸² G. CANIVET, « La Cour de cassation et la doctrine », in *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert. Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, 2005, p.381. Dans le même sens, cf. J. CHEVALLIER, « Les interprètes du droit », in Y. POIRMEUR et al., *La doctrine juridique*, 1993, p.259-280, spéc. p.269-272.

l'ordre juridique que se crée le droit contemporain. Notons du reste que du registre musical, le premier président de la Cour de cassation française nous ramène aux métaphores linguistiques et à la traduction lorsqu'il avance l'idée qu'à travers cette collaboration dans la création du droit, se crée une véritable « *koinè* juridique »¹³⁸³.

1183. – Enfin, on observera que la métaphore du roman à la chaîne évoque l'idée d'une activité juridictionnelle close sur elle-même, nourrie de la seule sédimentation des « précédents » qui composent l'ordre juridique. Une telle image ne reflète assurément pas la réalité de notre droit contemporain. C'est cette fois la métaphore du « commerce des juges », empruntée à A. Garapon et J. Allard¹³⁸⁴, qui nous offre une figure de substitution. Le commerce, c'est l'*ouverture* des frontières qui bornent nos ordres juridiques nationaux et conduisent les juges à s'échanger des solutions jurisprudentielles sur le marché juridique mondial. Mais le commerce, c'est aussi la meilleure réponse à une situation de pénurie. A cet égard, on ne manquera pas de relever que ce « commerce international des juges » s'avère particulièrement prospère sur le terrain éthique des droits de l'homme¹³⁸⁵, comme si l'abolition des frontières nationales répondait à l'effondrement de la séparation entre droit et morale et à l'érection du juge en un nouveau « gardien des promesses »¹³⁸⁶ de notre société, plus démunie que jamais.

*
* *

1184. – Arrêtons-nous un instant pour mesurer le chemin parcouru au cours de cette première section, Il nous a d'abord fallu défricher la notion même de « traduction ». On a ainsi pu s'apercevoir que sous des dehors simplistes, la traduction était une opération à la fois complexe et omniprésente dans nos interactions langagières. Ces découvertes nous ont ensuite conduit à voir dans la production juridique un exercice de « version », de traduction, qui doit être soigneusement distingué des opérations d'interprétation dont regorge la pratique du droit. Armé de ces enseignements, l'on a tenté de montrer que toute décision de justice s'apparente à une « traduction en réseau ». S'appuyant sur cette métaphore, on a ainsi pu observer que les « traductions juridictionnelles » revêtent des *formes* particulières, trouvent à s'exprimer en divers *lieux* du raisonnement juridique, et opèrent dans le *contexte* désordonné des ordres juridiques en réseau.

Section 2. De la liberté du traducteur à l'horizon de la traduction « relevante »

« Chacun sait à quel point l'image de la loi claire et univoque (...) continue d'imprégner les conceptions naïves du droit et de la justice, mais aussi les discours juridiques et jusqu'aux motivations des juges, quand bien même ils ne s'en serviraient que comme d'un alibi commode. L'histoire des modèles d'interprétation (...) démasque, sous les soi-disant évidences du sens commun, qui se réclament volontiers d'une pratique ancestrale, quand ce n'est pas de la « nature des choses », les relents de modèles théoriques périmés, en décalage par rapport au génie propre de la raison juridique. C'est le destin ironique de la théorie du droit que ceux qui la méprisent sont, entre tous, les plus durement assujettis à son joug et les colporteurs, inconscients mais scrupuleux, de ses thèses les plus contestables. »¹³⁸⁷

¹³⁸³ *Ibid.*, p.388.

¹³⁸⁴ Cf. A. GARAPON, J. ALLARD, *Les juges dans la mondialisation*, 2005.

¹³⁸⁵ Cf. *supra*, n°501 et s.

¹³⁸⁶ Cf. A. GARAPON, *Le gardien des promesses*, 1996.

¹³⁸⁷ B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, *op. cit.*, p.670-671.

1185. – Une fois démontrée la *pertinence* de la figure de la « traduction en réseau » pour décrire l'opération de *iurisdictio*, il convient à présent d'en mesurer la *fécondité*. Dans les pages qui suivent, nous observerons que cette métaphore permet de mettre brillamment en lumière le statut paradoxal qui caractérise la fonction de juger. Il nous faudra ainsi constater qu'à l'instar du traducteur, le juge est toujours à la fois libre (A) et contraint (B), comparable tout en même temps à l'architecte qui bâtit à sa guise des ponts entre des univers langagiers différents, et au copiste qui, plongé dans ses retranscriptions méticuleuses, prend soin de ne trahir ni l'intention de son auteur, ni les attentes de ses lecteurs. Cette position d'entre-deux se trouve encore accentuée par l'environnement en réseau dans lequel opère le traducteur, qui se voit tout à la fois soustrait à l'autorité impérieuse d'un normateur unique et enserré dans un filet de connexions tissé par les autres « foyers de droit ».

1186. – Qu'il nous soit permis de formuler ici deux remarques préliminaires. D'une part, on reconnaîtra qu'il n'y a rien de nouveau, loin s'en faut, à concevoir la fonction de juger sous la forme d'une dialectique de la liberté et de la contrainte. Du reste, l'exploration de cette dialectique a déjà bénéficié des illustrations les plus éclairantes, assimilant le juge tantôt au participant à un jeu¹³⁸⁸, tantôt à un « romancier à la chaîne »¹³⁸⁹, tantôt encore à un musicien ou à un comédien¹³⁹⁰. Les propos qui suivent n'en sont pas pour autant superfétatoires. D'abord parce qu'ils contiennent des enseignements qui, pour être connus, n'en demeurent pas moins essentiels à rappeler dans le cadre d'une étude qui prétend parler du juge. Ensuite – et surtout – parce qu'en prêtant au juge les traits d'un « traducteur en réseau », on entend lui découvrir des facettes que les images du romancier ou du comédien ont laissées dans la pénombre.

1187. – D'autre part, et afin de dissiper toute ambiguïté, il convient d'annoncer d'emblée que notre propos sera tout à la fois *descriptif* et *prescriptif*. Le paradigme de la traduction *constate, met en lumière, illustre* le statut paradoxal dans lequel s'inscrit la fonction de juger. Il donne à voir le flou dans lequel s'exerce la *iurisdictio*, tout comme il identifie les contraintes qui guident le juge dans son office. Mais en même temps, l'image du traducteur *éveille* l'esprit à des données nouvelles et *signale* des pistes parfois négligées ; elle invite ainsi le juge à assumer pleinement le « flou du droit » tout comme le traducteur affronte crânement le mythe de l'intraduisibilité. Elle rappelle en outre que, pas plus que le traducteur, le juge ne se trouve sans repère face à la tâche qui lui est confiée. De nombreuses balises jalonnent sa route et, à chaque croisement, s'offre à lui la possibilité de semer de très précieuses « N.d.T. ».

A. Le flou assumé – le droit, une boîte à outils

1188. – Le « flou du droit » et la liberté du juge trouvent leur origine dans des facteurs à la fois structurels et conjoncturels. Au nombre des premiers, on relèvera l'écart qui sépare inéluctablement les mots du droit de la réalité qu'ils prétendent saisir. En ce sens, la liberté du juge s'apparente à celle du traducteur (§1^{er}). Au rang des seconds, on épinglera les bouleversements qui affectent aujourd'hui nos ordres juridiques et les privent d'une structure pyramidale rassurante. La liberté du juge trouve ainsi une « caisse de résonance » dans l'indétermination du droit en réseau (§2).

§1^{er}. Liberté du traducteur

1189. – Les théoriciens de la traduction ont suffisamment attiré notre attention sur l'immense liberté dont jouit le traducteur dans le cadre de son office. Dès lors que les langues sont le produit sans cesse mouvant et éminemment subjectif d'une sédimentation culturelle toujours particulière, on conviendra qu'il n'est pas de correspondance entre les mots, de pont entre les langues qui s'offre comme « donné » au traducteur et qui détermine par avance le résultat de son travail. Si une traduction n'est pas l'autre, c'est sans doute parce que chacune requiert de son auteur une véritable « archéologie

¹³⁸⁸ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit., p.444-447.

¹³⁸⁹ R. DWORKIN, *L'empire du droit*, trad. E. Soubrenie, 1994, p.250-261.

¹³⁹⁰ O. CAYLA, « La souveraineté de l'artiste « du second temps » », *Droits*, n°12, 1990, p.129-147.

linguistique » qui, au-delà des mots, cherche des points de connexion entre des univers linguistiques et des répertoires de pensée différents.

1190. – Transposée au droit et à la fonction de juger, cette conception de la traduction – et la vision du langage qui l’accompagne – nous emmène dans le sillage des illustres juristes qui, au tournant des XIX^{ème} et XX^{ème} siècle, ont élaboré et défendu les théories de la « jurisprudence des intérêts » et de la « libre recherche scientifique »¹³⁹¹. Il ne nous appartient pas ici de revenir dans le détail sur les enseignements de ces grandes écoles de pensée qui n’ont pas fini d’influencer la théorie du droit contemporaine. On se contentera d’observer que, malgré leurs divergences internes, ces théories partagent une conception du droit et du rôle du juge qui fait écho à nos réflexions sur la traduction (a). Elles font du premier un *épiphénomène*¹³⁹², le résultat contingent de la lutte perpétuelle entre les intérêts qui structurent le corps social (i); elles voient dans le second un *ingénieur* libre de dépasser les mots du droit pour les remodeler et les faire mieux coller à la « réalité » (ii). Le lecteur s’étonnera sans doute de ce retour à des courants de pensée antérieurs au « tournant linguistique » et tributaires d’une approche réaliste du langage aujourd’hui tombée en total discrédit. La pertinence de ces théories vient toutefois de ce que, les premières, elles ont articulé la liberté du juge à la conception du droit conçu comme système – comme langage – à la fois ouvert et fermé. Tout comme le traducteur est invité à dépasser la surface des mots pour plonger à la recherche de leurs ressorts symboliques, le juge est ici appelé à dépasser le monde *apparemment* clos des concepts juridiques pour faire droit à une réalité plus complexe. Ces enseignements gagnent cependant à être affinés au regard de théories plus récentes, bâties sur les acquis de la philosophie du langage (b)

a) Avant le tournant linguistique – les mots du droit à l’épreuve de la réalité

1191. – (i) De même que la langue reflète l’esprit d’un peuple, le droit résonne des tensions et des luttes d’intérêts qui habitent la société. Telle est notamment la position de F. Gény, de Ph. Heck et de P. Vander Eycken, qui ramènent l’ordre juridique à une simple « superstructure » directement tributaire des conflits de valeurs et des antagonismes entre les forces sociales qui composent la communauté politique. Ph. Heck explique ainsi que « each command of the law determines a conflict of interests ; it originates from a struggle between opposing interests, and represents as it were the resultant of these opposing forces. Protection of interests through the law never occurs in a vacuum. It operates in a world full of competing interests, and, therefore, always works at the expense of some interests. This holds true without exception »¹³⁹³. Ces intérêts, dont parle le théoricien allemand, s’entendent dans le sens le plus large. Ils ne se réduisent ni à des valeurs, ni à des biens purement matériels ou individuels¹³⁹⁴ ; ils renvoient à « all things that man holds dear, and all ideals which guide man’s life »¹³⁹⁵.

1192. – Le droit est ainsi conçu comme une boîte à outils, ceux-ci étant à la fois façonnés par les nécessités de la vie sociale et aptes à structurer et à ordonner celle-ci. S’inspirant des thèses de R. von Ihering mais également de J. Bentham, P. Vander Eycken considère à cet égard que le droit est déterminé par l’accomplissement d’un but bien précis, qui consiste dans l’accomplissement du « plus

¹³⁹¹ Ces théories sont parfois regroupées un peu vite, avec bien d’autres, sous la dénomination d’ « Ecole du droit libre ». La lecture de quelques écrits de F. Geny et de P. Heck nous a toutefois dissuadé de procéder à ce raccourci, qui passe sous silence les très vives controverses opposant entre eux les membres de cette « Ecole du droit libre ». C’est dans un même esprit que nous avons pris les écrits de Heck plutôt que ceux de R. von Ihering comme emblématiques de la « jurisprudence des intérêts ». Bien que l’on considère généralement Ihering comme le père ou l’inspirateur de cette école de pensée, il semble que son œuvre soit moins représentative de celle-ci, et en certains points moins « extrême » que celle de Heck – qui ne se prive pas de critiquer Ihering sur ce point.

¹³⁹² Dans le même sens à propos de ces théories réalistes du droit, cf. J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, trad. R. Rochlitz et C. Bouchindhomme, 1997, p.60.

¹³⁹³ P. HECK., « The Jurisprudence of Interests – An Outline », in M. SCHOCH (ed.), *The Jurisprudence of Interests*, 20th Century Legal Philosophy Series, 1948, p.15.

¹³⁹⁴ Cf. P. HECK., « The Formation of Concepts and the Jurisprudence of Interests », in M. SCHOCH (ed.), *op. cit.*, p.130-141

¹³⁹⁵ P. HECK., « The Jurisprudence of Interests – An Outline », *loc. cit.*, p.33.

haut degré de bonheur » pour la société. Cet objectif est atteint par le maintien de « l'exact équilibre des intérêts » qui animent le corps social¹³⁹⁶. En effet, « si l'on se met au point de vue de la *constitution même d'un ordre juridique*, le principe qui le fonde et sert ensuite à évaluer les éléments qui le modifient est le principe d'équilibre. Il est la seule caractéristique permanente du *Droit lui-même*. Les institutions les plus différentes dans le temps et dans l'espace s'expliquent par les intérêts qu'elles doivent balancer »¹³⁹⁷. Certes, « le droit, issu de la lutte des intérêts, les subordonne entre eux et règle la puissance des uns sur les autres. Par son essence même, il implique donc l'inégalité des intérêts, l'inégalité de force des intéressés »¹³⁹⁸. Ces inégalités ne font cependant pas obstacle à l'équilibre des intérêts dès lors que « lorsque les intérêts ont été mesurés par l'utilité sociale, on peut, en comparant ces valeurs entre elles, reconnaître que certaines sont plus fortes que d'autres (...). Le Droit est ainsi pour nous (...) *l'appréciation obligatoire des intérêts au point de vue social* »¹³⁹⁹.

1193. – Fait remarquable pour notre propos, P. Vander Eycken fonde son analyse sur une « *sémantique positiviste* »¹⁴⁰⁰. Considérant qu'« un signe ne saurait par lui-même faire connaître l'objet auquel il correspond »¹⁴⁰¹ et que « le signe contribue, mais ne suffit pas, à faire connaître la chose signifiée »¹⁴⁰², il nous exhorte à regarder au-delà des « mots du droit » pour embrasser « directement » les réalités qu'ils expriment et qu'ils visent. Le passage suivant, extrait des réflexions de F. GénY, contient une idée fort semblable : « et après tout, ce que nous avons appelé les sources formelles du droit positif, les lois, les coutumes, les autorités traditionnelles, qu'est-ce autre chose, que des pièces, plus saillantes et mieux marquées, de toute cette charpente vivante, que représente notre organisation sociale ? A leur défaut, n'est-il pas nécessaire, de découvrir, par des procédés moins directs, les tissus complexes et cachés qui les entourent et les font vivre ? »¹⁴⁰³. Et GénY de poursuivre : « d'un côté, indépendamment même des solutions directes, que nous donnent spontanément les sources formelles (...), nous apercevons qu'on peut trouver, dans les solutions mêmes de ces sources, ou dans le système, dont elles dessinent quelques lignes plus précises, un *complexus* de principes, excédant la portée propre des *textes*, participant pourtant, bien qu'avec une énergie moindre, de leur valeur positive (...) »¹⁴⁰⁴.

1194. – (ii) Ces dernières citations contiennent déjà en germe un élément plus prescriptif, un véritable ordre de mission adressé au juge et, plus largement, à tous les observateurs du phénomène juridique. Le mot d'ordre est clair : bien mauvais juge serait celui qui se laisserait abuser par le miroir déformant du droit et des catégories juridiques. Tout comme le langage usuel projette ses propres structures sur la réalité qu'il entend décrire, les mots du droit charrient des préjugés et véhiculent un « biais cognitif » qui empêchent de regarder le réel en face.

1195. – Dès lors, « (...) si parfois il paraît utile d'avoir recours aux conceptions et constructions abstraites, l'interprète ne doit pas, en usant de ces procédés, oublier qu'ils le placent en dehors des réalités objectives qui seules doivent diriger son action ; loin de se croire lié par ces conceptions (sauf le cas où la loi écrite les consacre), il doit les tenir pour de pures hypothèses scientifiques, susceptibles sans doute de diriger utilement ses recherches, mais aucunement préétablies dans leur essence, et auxquelles, par conséquent, ne peuvent jamais être sacrifiées les exigences de la vie »¹⁴⁰⁵. Plus loin, F. GénY enfonce encore le clou : « au lieu, donc, d'accepter, comme données premières, les sources formelles du droit, qui ne sont manifestement que les révélations d'une vérité plus profonde, il convient de scruter directement cette vérité même »¹⁴⁰⁶.

¹³⁹⁶ P. VANDER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, 1907, p.60.

¹³⁹⁷ *Ibid.*, p.71. Souligné dans le texte.

¹³⁹⁸ *Ibid.*, p.67.

¹³⁹⁹ *Ibid.*, p.76. Souligné dans le texte.

¹⁴⁰⁰ B. FRYDMAN, *op. cit.*, p.432. Souligné dans le texte.

¹⁴⁰¹ P. VANDER EYCKEN, *op. cit.*, p.53.

¹⁴⁰² *Ibid.*, p.406.

¹⁴⁰³ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^{ème} éd., 1954, t.II, p.115.

¹⁴⁰⁴ *Ibid.*, p.116.

¹⁴⁰⁵ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t.II, 1954, p.86-87.

¹⁴⁰⁶ *Ibid.*, t.II, p.285. On ne résiste pas au plaisir de citer encore les extraits suivants : « En somme, nous en revenons toujours à chercher à établir l'équilibre entre des intérêts qui se combattent ou paraissent se contredire. Et ce résultat ne s'obtient

Dans un langage à peine moins direct, le chef de file de la *Interessenjurisprudenz* confirme cet impératif : « the judge cannot confine himself to a task of logical subsumption ; he must also inquire into the constellation of interests which the legislator had in mind »¹⁴⁰⁷

1196. – Une fois le miroir juridique traversé, le juge n’a encore parcouru que la moitié du chemin. Il n’y aurait en effet guère de sens à ramener dans le monde « brut » des intérêts un litige qui, à défaut d’y avoir été résolu, requiert précisément la *médiation* du droit. Loin de bannir l’usage des concepts juridiques, les partisans de la jurisprudence des intérêts et de la libre recherche scientifique en recommandent plutôt un maniement éclairé. Ce n’est qu’une fois éprouvés et remodelés à la lumière de la « réalité des faits » que ces concepts peuvent être utiles au juge. Ainsi, « the adherents of the Jurisprudence of Interests do not neglect the art of forging tools »¹⁴⁰⁸ ; les concepts ne sont cependant rien de plus que cela – des outils, des « labels which we attach to scientific drawers into which we put rules in order to have them handy »¹⁴⁰⁹.

1197. – Ces considérations expliquent pourquoi tant Heck que Gény plaident en faveur du raisonnement d’analogie, qui permet de déceler, courant sous les frontières artificielles tracées par les lois, des similitudes entre des situations qui mettent en scène de mêmes oppositions d’intérêts. L’idée est toujours la même : ne pas se laisser aveugler par le langage biaisé du droit ; savoir décoder les véritables enjeux qui y sont celés ; une fois dessillé par un contact direct avec le réel, pouvoir reconstruire les catégories juridiques et remodeler les règles de droit pour réaliser l’équilibre des intérêts, la paix sociale, et le bonheur de tous.

b) Après le tournant linguistique – les mots du droit à l’épreuve de l’interdisciplinarité

1198. – Il reste que l’approche du droit et de la fonction de juger que l’on vient d’esquisser s’adosse à une conception du langage qui n’est guère plus partagée aujourd’hui. Comme le dit fort justement G. Teubner, « s’il n’y a pas d’accès cognitif direct à la réalité, il faut se contenter de la concurrence des différents discours qui fournissent de cette réalité des constructions diverses. (...) Aucune raison ne porte à croire que le droit libre, la jurisprudence sociologique ou le réalisme juridique ont rendu le droit plus « réaliste ». Ils n’ont pas rapproché les concepts juridiques de la réalité sociale, « *out there* », mais n’ont fait que remplacer une jurisprudence conceptuelle par une autre jurisprudence conceptuelle. Les « intérêts sociaux », atomes d’une jurisprudence réaliste, sont des fictions irréelles, des produits sémantiques artificiels, tout comme l’étaient les sujets de droit, atomes de la jurisprudence classique »¹⁴¹⁰.

1199. – Il est essentiel de comprendre que cette démythification de la « réalité » des « intérêts sociaux » n’invalide pas – à notre sens – l’enseignement *majeur* des écoles de la jurisprudence des intérêts et de la libre recherche scientifique. Elle ne fait en définitive que généraliser à l’ensemble du langage le soupçon que Gény et Heck entretiennent à l’égard du langage juridique. Ce soupçon en ressort bien

qu’en scrutant à fond les éléments de toute organisation juridique positive, consistant, (...) non pas en des entités logiques, mais en des réalités, de nature morale ou économique, qui, seules, nous peuvent faire apercevoir les ressorts effectifs de la vie sociale » (t.II, p.176-177) ; « Les éléments positifs de l’organisation sociale, tels qu’ils existent en fait, et se manifestent pour ainsi dire à l’état statique, ne suffiront pas toujours à suggérer les règlements juridiques désirables. Il faudra, parfois, dépasser les résultats acquis, et, sans se contenter des apparences d’un équilibre incertain ou trompeur scruter, en elle-même, et dans son essence dynamique, la nature individuelle et sociale de l’humanité, pour lui arracher le secret des règles qui la doivent diriger, sous la sanction sociale » (t.II, p.136-137) ; « Mais, comme la loi n’est pas seulement phénomène psychologique, comme elle est, en même temps et inséparablement, phénomène social, ou plutôt, comme son essence psychologique se trouve enveloppée, et, pour ainsi dire, baignée dans une atmosphère sociale, qui en détermine ou en précise les contours, il est nécessaire que l’on analyse aussi cette ambiance vitale de la loi – autrement dit, que l’on tienne compte de certains éléments, extérieurs au texte à interpréter placés pourtant dans un contact intime avec lui, et sans lesquels ce texte resterait muet ou ne révélerait que fort incomplètement la volonté qu’il recouvre » (t.I, p.287).

¹⁴⁰⁷ P. HECK, « The Formation... », *loc. cit.*, p.178.

¹⁴⁰⁸ P. HECK, « The Jurisprudence ... », *loc. cit.*, p.48.

¹⁴⁰⁹ *Ibid.*, p.48.

¹⁴¹⁰ G. TEUBNER, *Droit et réflexivité – L’auto-référence en droit et dans l’organisation*, trad. N. Boucquoy, 1994, p.191.

évidemment renforcé : « à partir du moment où le concept n'est plus un calque de la réalité mais qu'il apparaît comme une ensemble complexe, les questions de la création, de l'invention et donc du pouvoir des concepts sont posées. L'idéal d'objectivité et de neutralité dont on recouvre ces outils de la pensée, tend à devenir un simple moyen de légitimation, et non un de ses attributs intrinsèques (...). Loin d'être la traduction presque immédiate et fidèle d'une « nature juridique », le concept est seulement le produit d'une histoire, qui est inventé pour répondre à des problèmes »¹⁴¹¹.

1200. – La mission – et la liberté – confiée au juge par GénY et Heck est-elle davantage remise en cause par le tournant linguistique ? On pourrait *a priori* le penser. Dès lors que la « condition postmoderne » implique de faire son deuil de l'accès à une réalité objective et englobante, dès lors que seuls co-existent des jeux de langages différents, dès lors que « chacun est renvoyé à soi (...), pris dans une texture de relations plus complexe et plus mobile que jamais »¹⁴¹², comment espérer traverser le langage pour embrasser le réel à pleines mains ?

1201. – Cette « atomisation du social en souples réseaux de jeux de langage »¹⁴¹³ a conduit N. Luhmann¹⁴¹⁴ et G. Teubner¹⁴¹⁵ à voir dans le droit un sous-système autopoïétique doté d'un langage et d'un mode de fonctionnement propres, co-existant dans une parfaite indifférence avec d'autres sous-systèmes et d'autres discours sur le monde. Au premier abord, ce point de vue ne semble guère accorder au juge la liberté de s'extraire du « sous-système juridique » pour le considérer d'un autre point de vue. « En effet, dans une société qui, décomposée de façon centrifuge en sous-systèmes qui ne sont capables de communiquer avec eux-mêmes qu'au moyen d'un langage qui est chaque fois le leur, est totalement décentrée, il ne reste aucun lieu pour une communication engageant la société dans son ensemble, lui permettant de se thématiser et d'agir sur elle-même »¹⁴¹⁶. Le juge apparaît ainsi enchaîné aux concepts, aux règles et aux actes juridiques produits en vase clos par le sous-système. Celui-ci est imperméable à toute forme de traduction dès lors qu'« il n'y a pas d'« instruction » du droit par le monde extérieur, il n'y a que la « construction » d'un monde extérieur par le droit »¹⁴¹⁷.

1202. – Les choses sont cependant plus complexes. D'une part, N. Luhmann et G. Teubner ne nient pas la survenance d'« interférences » et d'« irritations » entre les différents sous-systèmes, pas plus qu'ils ne contestent l'existence de ce que Teubner appelle un « monde vécu », qui « ressemble à s'y tromper au langage ordinaire » et qui « circule à travers tous les domaines sociaux et présente une structure autoréférentielle permettant de traduire tous les codes »¹⁴¹⁸. D'autre part, et surtout, le sous-système juridique n'apparaît pas comme réduit à un ensemble de concepts et de règles fixés une fois pour toutes dans l'ignorance de son environnement. Bien au contraire, le droit est un système « cognitivement ouvert » qui se crée et se transforme à travers la « collision des discours » (économiques, éthiques, sociologiques, etc.) qu'y déploient les acteurs du système¹⁴¹⁹. En tant que l'un de ces acteurs, le juge est incontestablement fondé à porter son regard au-delà des structures « actuelles » du sous-système. À l'aide de discours empruntés par exemple à l'économie, à la sociologie ou à la science politique, il peut réaménager les concepts et les règles qui structurent le sous-système juridique.

¹⁴¹¹ M. DOAT, « Remarques sur les rapports entre concepts juridiques et complexité », in M. DOAT, J. LE GOFF, P. PEDROT (dir.), *Droit et complexité – Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, 2007, p.192.

¹⁴¹² J-F. LYOTARD, *La condition postmoderne*, 1979, p.30-31.

¹⁴¹³ *Ibid.*, p.34.

¹⁴¹⁴ Pour un bon résumé de la pensée de Luhmann appliquée au droit, cf. N. LUHMANN, « Law as a Social System », *Northwestern University L.R.*, 1989, vol.83, p.136-150. Pour une discussion critique, cf. e.a. H. ROTTLEUTHNER, « A Purified Sociology of Law : Niklas Luhmann on the Autonomy of the Legal System », *Law and Society Review*, 1989, vol.23, p.371-389 ; F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, 1988, p.150-159. Cf. également le numéro spécial de la Revue *Droit et société*, n°11-12/1989, consacré à l'œuvre de Niklas Luhmann, ainsi que l'ouvrage collectif paru dans la collection *Droit et Société* : A-J. ARNAUD, P. GUIBENTIF (dir.), *Niklas Luhmann, observateur du droit*, 1993.

¹⁴¹⁵ Cf. e.a. G. TEUBNER, *Droit et réflexivité*, *op. cit.*,

¹⁴¹⁶ J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, *op. cit.*, p.69.

¹⁴¹⁷ G. TEUBNER, *Droit et réflexivité*, *op. cit.*, p.187.

¹⁴¹⁸ J. HABERMAS, *op. cit.*, p.69.

¹⁴¹⁹ Cf. les excellents articles de G. TEUBNER : « *Altera pars audiat* : le droit dans la collision des discours », *loc. cit.*, p.99-123 ; « Les multiples aliénations du droit : sur la plus-value sociale du douzième chameau », *Droit et Société*, 2001, p.75-99.

1203. – Certes, ce faisant, le juge ne sort pas réellement de la sphère juridique ; il ne fait que *transplanter* – et ainsi transformer – dans le sous-système du droit des logiques et des discours arrachés à leur sous-système d'origine. Peu importe cependant que, selon cette perspective autopoïétique, une telle prise de distance par rapport aux mots du droit reste confinée au sein du sous-système juridique. Que le droit s'approprie les discours étrangers dès qu'il les touche, voilà qui ne bride pas la liberté du juge d'éclairer le sous-système juridique à partir de logiques empruntées aux autres sous-systèmes. Après tout, l'interdisciplinarité elle-même opère toujours depuis le point de vue particulier d'une discipline¹⁴²⁰. Et il n'est pas jusqu'au rhéteur de C. Perelman qui, libre de manipuler les concepts et de jongler avec les registres du discours, reste aussi toujours ancré dans une situation concrète, guidé par la volonté de faire adhérer son auditoire à la solution qu'il préconise : « En traitant les notions comme des outils, adaptables aux situations les plus variées, il n'est plus question de chercher, à la manière de Socrate, le vrai sens des mots, comme s'il y avait une réalité extérieure, un monde des idées, auxquelles ces notions doivent correspondre. La question du sens des mots n'est plus un problème théorique, ayant une solution unique, conforme au réel, mais devient un problème pratique, celui de trouver, ou d'élaborer s'il le faut, le sens le mieux adapté à la solution concrète que l'on préconise pour l'une ou l'autre raison »¹⁴²¹

1204. – Il convient de s'arrêter un instant pour résumer rapidement le fil de notre réflexion. Celle-ci est tout entière guidée par la mise en parallèle de la liberté du juge et de celle du traducteur. Nous avons commencé par constater qu'à l'instar du traducteur, le juge est appelé à bâtir des ponts entre des registres du discours différents – par la qualification, il traduit le langage courant dans le langage juridique ; par la concrétisation, il traduit les sources du droit dans des normes obligatoires. La construction de ces ponts est placée sous le signe de la liberté dès lors qu'il n'existe pas plus de correspondance « toute faite », « toujours déjà là », entre les mots et les choses ou entre les signifiants et les signifiés qu'entre les termes de deux langues étrangères. Et de même que le traducteur est appelé à opérer une véritable « archéologie linguistique » destinée à établir des connexions entre des univers langagiers et des répertoires de pensée différents, de même le juge est-il invité à aller voir derrière les « mots du droit » et les « concepts juridiques » pour s'enquérir des intérêts qu'ils charrient. La philosophie du langage nous enseigne cependant que cette archéologie des concepts ne peut jamais prétendre embrasser une réalité brute et objective. Tout au plus permet-elle – mais cela est amplement suffisant – de porter, depuis un point de vue toujours orienté – et, selon certains, toujours « interne » –, un regard nouveau et « externe » sur le langage juridique. À la lumière de cette perspective interdisciplinaire, il est alors possible de remodeler le langage juridique et d'aménager les règles de droit afin de serrer au plus près cette réalité toujours insaisissable.

1205. – Nous clôturerons ces réflexions en empruntant à J-F. Lyotard, à la suite de G. Teubner¹⁴²², la distinction entre « litige » et « différend »¹⁴²³. Lyotard explique qu'« à la différence d'un litige, un différend serait un cas de conflit entre deux parties (au moins) qui ne pourrait être tranché équitablement faute d'une règle de jugement applicable aux deux argumentations. Que l'une soit légitime n'impliquerait pas que l'autre ne le soit pas. Si l'on applique cependant la même règle de jugement à l'une et à l'autre pour trancher leur différend comme si celui-ci était un litige, on cause un tort à l'une d'elles (...). Un tort résulte du fait que les règles du genre de discours selon lesquelles on juge ne sont pas celles du ou des genres de discours jugé/s »¹⁴²⁴. Transformer le différend en litige, voilà comment peut se résumer la mission du traducteur-juge. Si le « différend est l'état instable et l'instant du langage où quelque chose qui doit pouvoir être mis en phrases ne peut pas l'être encore »¹⁴²⁵, alors il appartient au juge de dépasser la rigidité de concepts inadaptés à une réalité complexe et, au bénéfice d'un décentrement du regard, de forger de nouveaux outils capables de

¹⁴²⁰ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit., p.468-471.

¹⁴²¹ C. PERELMAN, *Logique juridique – Nouvelle rhétorique*, 2^{ème} éd., 1979, p.121.

¹⁴²² G. TEUBNER, « *Altera pars...* », loc. cit., p.105.

¹⁴²³ J-F. LYOTARD, *Le différend*, 1983.

¹⁴²⁴ *Ibid.*, p.9.

¹⁴²⁵ *Ibid.*, p.29.

traduire dans le langage et dans les règles du droit les innombrables intérêts et discours qui peuplent notre monde pluriel¹⁴²⁶.

1206. – Pour être ambitieux, ce programme n'en est pas moins suggéré par Lyotard lui-même : « Faire droit au différend, c'est instituer de nouveaux destinataires, de nouveaux destinataires, de nouvelles significations, de nouveaux référents pour que le tort trouve à s'exprimer et que le plaignant cesse d'être une victime. Cela exige de nouvelles règles de formation et d'enchaînement des phrases. Nul ne doute que le langage soit capable d'accueillir ces nouvelles familles de phrases »¹⁴²⁷.

1207. – En forçant un peu le trait, on peut encore tracer un parallèle entre cette mission confiée au traducteur-juge et l'« éthique reconstructive » proposée par J-M. Ferry¹⁴²⁸. Celle-ci consiste à « partir d'une structure pour reconstituer le processus dont cette structure est le résultat »¹⁴²⁹. Elle implique elle aussi une véritable « archéologie des discours » qui permet de découvrir, derrière les arguments formellement échangés entre les parties, des expériences et des vécus toujours singuliers. Ce n'est qu'une fois accompli ce travail de reconstruction qu'est rendue possible la reconnaissance des « bonnes raisons » avancées par l'autre dans une langue et une grammaire qui lui est propre¹⁴³⁰. De cette éthique, qui entend humaniser et contextualiser le rationalisme habermassien, transparaît une idée-force qui ne nous est pas inconnue : dépasser la froideur des mots et des concepts pour reconstruire les univers symboliques qui s'y cachent.

1208. – Et le flou, dans tout cela ? Il apparaît bien évidemment en creux de la liberté du juge-traducteur. Il se laisse observer dans cet écart entre les mots et les choses qui fonde la liberté du bâtisseur de ponts. De même qu'il obscurcit la signification des mots de la langue courante, il affecte toutes les structures de l'« épiphénomène » juridique. Ce flou du droit, on ne saurait pas plus prétendre l'éliminer qu'on n'espérerait détruire la liberté du juge. Cela ne signifie pas pour autant qu'il faille renoncer à le maîtriser. Cette maîtrise passe cependant par la reconnaissance du flou, et non par sa dissimulation derrière des concepts prétendument ancrés dans la nature des choses. Ainsi affrontée l'indétermination et la complexité du droit, il devient possible de la contenir dans de nouvelles constructions juridiques qui assument pleinement leur nature « construite » ou « conventionnelle ». Ces constructions, le traducteur-juge ne peut cependant pas les créer de toutes pièces selon un plan dont il serait le seul auteur. Le bâtisseur de ponts est soumis à certaines contraintes, qu'il nous appartiendra d'identifier dans quelques instants. Auparavant, il convient de montrer en quoi l'environnement dans lequel s'inscrit la traduction juridictionnelle amplifie encore la liberté de son auteur.

§2. Indétermination du réseau

1209. – Si elle est inhérente à toute opération de « traduction », la liberté du juge se trouve néanmoins aujourd'hui amplifiée, renforcée par le contexte dans lequel elle s'exerce. C'est que loin des formes nettes et rassurantes du droit pyramidal moderne, nos ordres juridiques en réseau semblent frappés

¹⁴²⁶ Un tel projet devient réellement central dès lors que l'on adhère à la conception du droit suggérée par Habermas. Selon ce dernier, le droit est non pas simplement un sous-système parmi les autres, mais bien plutôt une courroie de transmission nécessaire à la cohésion de la société. La question des rapports entre droit et traduction apparaît alors dans toute son acuité : « Pour opérer la traduction *dans* les codes spéciaux [de l'argent et du pouvoir], [l]e langage ordinaire dépend du droit, qui communique avec ces *media* de régulation que sont l'argent et le pouvoir administratif. Le droit fonctionne en quelque sorte comme un transformateur qui empêche le tissu de la communication à l'échelle de la société dans son ensemble, fondement de l'intégration sociale, de se déchirer. Ce n'est que dans le langage du droit que les messages à contenu normatif peuvent circuler à l'échelle de la société dans son ensemble ; entrant dans les domaines d'action régulés par les *media*, ils tomberaient dans l'oreille d'un sourd s'ils n'étaient pas traduits dans le code juridique, code complexe ouvert à la fois au monde vécu et au système » (J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, op. cit., p.70-71).

¹⁴²⁷ *Ibid.*, p.29.

¹⁴²⁸ J-M. FERRY, *L'éthique reconstructive*, 1997. Adde : J-M. FERRY, *Valeurs et normes*, 2002, spéc. p.26-41.

¹⁴²⁹ J-M. FERRY, *L'éthique...*, op. cit., p.14.

¹⁴³⁰ J-M. FERRY, *Valeurs...*, op. cit., p.40-41. Sur les quatre « niveaux » de grammaire qui, selon Ferry, nous permettent d'appréhender le monde, cf. J-M. FERRY, *Les grammaires de l'intelligence*, op. cit.

d'une double indétermination (*i-ii*), qui confère aux juges un surcroît de liberté et de pouvoir. Ce constat conduit à formuler certaines considérations d'ordre prescriptif (*iii*).

1210. – (*i*) C'est d'abord la question de *l'origine* même du pouvoir normatif qui se dérobe aux réponses simples. Au sein de la pyramide, les cartes étaient distribuées selon un plan linéaire et hiérarchique sans failles. Le constituant fixait les règles du jeu, et dans le cadre ainsi tracé se déployait la suprématie du seul législateur, dont les commandements étaient – censément – fidèlement mis en œuvre par les pouvoirs exécutif et judiciaire. Rien de tout cela dans nos ordres juridiques en réseau, dépourvus de centre, de sommet et de frontières. L'origine du pouvoir est aujourd'hui diffuse, et son exercice partagé entre les innombrables « foyers de droit ». La montée en puissance de l'exécutif, le lobbying sans cesse plus prégnant des acteurs privés, la contractualisation du droit public sont autant d'évolutions qui brouillent les repères hérités du droit moderne et consacrent le principe d'une écriture à plusieurs mains de la norme. Plus encore, on relèvera avec de nombreux auteurs que l'Etat lui-même est aujourd'hui concurrencé, à la fois dépassé par le haut et démantelé par le bas. Par le haut, c'est évidemment la multiplication des organisations inter- et supranationales, qui supplantent des Etats devenus impuissants à réguler le « village mondial »¹⁴³¹. Par le bas, c'est bien sûr la reviviscence de la démocratie et de la culture de proximité, qui alimente les velléités séparatistes, assure le succès du principe de subsidiarité, et signe le retour en force des régions et autres collectivités locales.

1211. – C'est peu dire qu'affirmer que cette indétermination quant à l'origine – ou à la détention – du pouvoir normatif profite pleinement au juge. D'une part, celui-ci voit son *pouvoir* s'accroître à mesure que la puissance de l'Etat diminue. Comme l'a fort bien relevé M. Delmas-Marty, la mondialisation du droit s'accompagne ainsi d'une montée en puissance des juges¹⁴³². Alors que la prolifération des juridictions internationales participe d'une « judiciarisation du droit mondial » élevant quelques magistrats au-dessus de la mêlée des Etats, la multiplication des normes internationales à effet direct entraîne un phénomène de « mondialisation des juges nationaux », qui se trouvent désormais en mesure d'écarter une loi jugée contraire aux règles du « nouvel ordre mondial ». Notons encore que le démantèlement de l'Etat par le bas constitue lui aussi un facteur d'accroissement des pouvoirs du juge. On ne voit guère en effet qui d'autre qu'un juge – constitutionnel – pourrait se voir confier la tâche délicate d'arbitrer les différends relatifs à la répartition des compétences entre l'Etat central et ses entités fédérées. D'autre part, il convient de souligner que cette indétermination structurelle du droit en réseau ménage aussi au juge un espace de *liberté* plus grand que jamais. Qu'il suffise à cet égard de souligner la place grandissante qu'occupent dans les prétoires la coutume internationale et les principes généraux du droit, ces normes aux contours flous sur lesquelles les juges ont la dernière main. Mais que l'on prenne acte aussi de ces situations de plus en plus fréquentes qui voient deux normes ou deux organes entrer en concurrence, laissant ainsi au juge le soin de déterminer le « cours » du droit. Du côté des normes, on évoquera ainsi la problématique croissante des « conflits de droits fondamentaux », mais aussi l'indécidabilité des rapports hiérarchiques entre la Constitution et le droit international. Du côté des organes, on signalera l'existence de « concours de questions préjudicielles » laissant au juge du fond la liberté d'interroger l'une, l'autre, ou aucune des juridictions supérieures compétentes¹⁴³³.

1212. – (*ii*) L'indétermination qui affecte nos ordres juridiques en réseau trouve également à s'exprimer au niveau de la *finalité* du pouvoir normatif. Dans l'Etat pyramidal d'hier, le droit servait à encadrer les rapports entre les membres de la société. La rationalité formelle de l'Etat libéral confiait au pouvoir normatif une mission claire et simple: assurer la coexistence paisible de tous les citoyens, arbitrer leurs différends en toute impartialité, en un mot, faire régner l'*ordre*. L'avènement de l'Etat-providence changea radicalement la mission du droit, mais n'altéra pas la netteté de celle-ci. Il fallait désormais que la norme soit mise au service du *bien commun*, qu'elle travaille à compenser les inégalités, qu'elle se morcelle pour aller, dans le détail, améliorer le sort de chacun et œuvrer au

¹⁴³¹ Sur tout ceci, cf. A.-J. ARNAUD, *Entre modernité et mondialisation*, 2004, spéc. p.119-153.

¹⁴³² Cf. M. DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'universel*, 2004, spéc. p.192-215.

¹⁴³³ Cf. A. BAILLEUX, N. BONBLED, « De l'art de poser une question préjudicielle (et d'y répondre) : de Bruges à Bruges, en passant par Bruxelles et Luxembourg », *R.I.E.J.*, vol.57, 2006, p.219-253.

bonheur collectif. La « crise de l'Etat-providence » place désormais le « droit en réseau » au milieu du gué. L'heure est aujourd'hui au pluralisme, à la gouvernance, au développement durable, toutes notions qui privent le droit d'une direction simple et le placent au cœur de la lutte permanente entre des valeurs et des principes concurrents. La qualité d'une norme se mesure dès lors non plus à sa neutralité – Etat libéral – ou à son efficacité – Etat-providence –, mais bien plutôt à l'équilibre qu'elle réalise entre des intérêts opposés pareillement dignes de protection.

1213. – De longue date, F. Ost a rattaché à ces trois formes d'Etat autant de figures judiciaires différentes¹⁴³⁴. A l'Etat libéral correspondrait ainsi le juge « arbitre » ou « Jupiter », se contentant de « siffler les fautes sans se préoccuper ni de la qualité de la partie, ni de son issue victorieuse »¹⁴³⁵. L'Etat Providence emporterait avec lui l'avènement du juge « entraîneur » ou « Hercule », « ingénieur social » davantage soucieux d'assurer une issue heureuse au litige que de s'en tenir à une application littérale de la loi. Quant à notre Etat contemporain enfin, celui du droit en réseau, il se verrait flanqué d'un juge « Hermès », « troquant le glaive des codes et des politiques publiques pour la balance des intérêts », conscient qu'« [i]l ne s'agit plus de trancher à l'aide d'une loi ou de décider à l'aide d'un programme (...), mais d'ajuster un ensemble virtuellement infini d'intérêts concurrents »¹⁴³⁶.

1214. – Dans le prolongement de ces réflexions qui n'ont rien perdu de leur fécondité, on voudrait faire valoir que dans le cadre de son office, le juge « Hermès » dispose de bien davantage de liberté et de pouvoir que ses devanciers. L'indétermination quant à la finalité du pouvoir normatif contribue doublement à cette montée en puissance du juge dans nos ordres juridiques en réseau. D'une part, elle se traduit par une forme de démission du pouvoir législatif, dont les normes, truffées de notions aux contours flous, se limitent de plus en plus à édicter des principes à caractère très général. Parce qu'ils n'ont pas pu ou voulu s'entendre sur la direction à prendre, les responsables politiques s'en remettent à la « sagesse pratique » du juge pour concilier ces intérêts divergents et concrétiser ces termes flous dans l'ombre tamisée des prétoires. Sans doute les juges « Jupiter » et « Hercule » faisaient-ils déjà l'expérience des normes obscures ou indéterminées, mais au moins leur tâche de concrétisation était-elle facilitée par une « *Rechtanschauung* » univoque, par une conception claire du rôle du droit dans la société et des valeurs qu'il est supposé charrier. Par contraste, le juge « Hermès » semble beaucoup plus démuné – et beaucoup plus libre – dans une société pluraliste où la « surdétermination » est plus volatile et éclatée que jamais.

1215. – D'autre part, privé des assises d'une morale conventionnelle solide, le juge « Hermès » est en même temps appelé à trancher les dilemmes éthiques les plus aigus, ceux qui jadis étaient réglés par la religion ou relégués dans la sphère privée. On attend ainsi du droit – et de son premier serviteur, le juge – qu'il prenne en charge la crise contemporaine des valeurs. La « judiciarisation de la vie sociale » consacre une montée en puissance inédite des magistrats et pose la justice en « instance morale par défaut »¹⁴³⁷. Ainsi, « [a]lors que le droit n'était que morale des relations froides, commerciales ou politiques, il tend à devenir le principe de toute relation sociale. (...) Alors que le conflit était menace de dissolution du lien social, il se transforme en une occasion de socialisation. La juridiction est désormais un mode normal de gouvernement. (...) Alors qu'on la concevait négative et punitive, la justice devient positive et constructive. (...) On la croyait instituée, on la voit désormais instituant »¹⁴³⁸. Plus puissant, le juge devient également plus libre : « Alors que dans la conception classique, le juge est soumis à la loi et ne tire son droit de juger que d'elle, à présent le juge tend à se hisser au-dessus de la loi pour devenir directement diseur de droit. Au nom de quoi le juge peut-il se prétendre instituant ? »¹⁴³⁹

¹⁴³⁴ Cf. F. OST, « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », in P. GERARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, 1983, p.1-70 ; ID., « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », in P. BOURETZ (dir.), *La force du droit*, 1991, p.241-272 ; ID., « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? », in *Le rôle du juge dans la cité*, Les Cahiers de l'Institut d'Etude sur la Justice, 2002, p.15-45.

¹⁴³⁵ ID., « Le rôle du juge... », *loc. cit.*, p.15-16.

¹⁴³⁶ *Ibid.*, p.17-18.

¹⁴³⁷ A. GARAPON, *Le gardien des promesses*, *op. cit.*, p.183 (souligné dans le texte).

¹⁴³⁸ *Ibid.*, p.45-46.

¹⁴³⁹ *Ibid.*, p.46.

1216. – (iii) Le « traducteur en réseau » qu'est le juge se trouve donc à la fois plus sollicité et plus libre qu'il ne l'était auparavant. Face à cette prise d'importance, la tentation est grande de se réfugier dans l'ombre évanescence de la pyramide du droit et de simuler des jugements « écrits sous la dictée » des normes supérieures. L'on considère pour notre part qu'il faut résister à ces faux-semblants, et tout au contraire assumer l'indétermination du droit en réseau, à l'instar du traducteur qui assume le risque de sa traduction. Cela signifie non pas qu'il faille cesser de prendre le discours juridique au sérieux, mais tout au contraire que, pour être pris au sérieux, le discours juridique doit donner à voir l'espace de liberté à partir duquel il est construit.

1217. – Comme l'affirme l'un des plus brillants représentants de la corporation des juges, « [l]e premier travail du juriste contemporain pourrait être de rechercher ce qui se cache derrière sa prétention à faire dire au droit ce que d'autres normativités que le droit lui inspirent, de repérer d'où lui vient ce refus d'admettre qu'un étranger entre en Belgique, un Turc dans l'Europe, un homosexuel dans le Code civil. Au moins le débat deviendra-t-il lisible »¹⁴⁴⁰. Stimuler le débat, voilà, comme nous le verrons, la première obligation du traducteur en réseau. Cette obligation, le juge ne s'en acquittera que s'il peut assumer le rôle qui lui est imparti – celui de « diseur du *droit* » – tout en reconnaissant la part de liberté que celui-ci lui ménage.

B. Le flou encadré – la triple fidélité du traducteur

1218. – Les pages qui suivent abordent une des questions les plus anciennes et les plus débattues de la théorie du droit : quelles sont – *if any* – les contraintes ou les balises susceptibles de déterminer ou d'orienter la décision du juge ? Pour nous guider dans ces controverses infinies, notre réflexion s'articulera en cinq temps. Après avoir pointé les limites de la liberté du traducteur-juge (§1^{er}), l'on portera notre regard sur la triple exigence de fidélité qui, en amont (§2), en aval (§3), et de l'extérieur (§4), borne l'exercice de la *iuris-dictio*. Nous suggérerons ensuite qu'une fois combinées les unes aux autres, ces balises encadrent la liberté du juge et le mettent sur la voie de la traduction « relevante » louée par J. Derrida (§5).

§1^{er}. Les limites de la « traduction libre »

1219. – De nombreux théoriciens du droit considèrent que le juge jouit d'une liberté d'interprétation illimitée. En effet, quel que soit le sens qu'il attribue à un texte, quelque absurde qu'apparaisse sa décision, celle-ci n'en demeure pas moins valide et juridiquement obligatoire. Défendue de longue date par les réalistes américains les plus extrêmes¹⁴⁴¹, cette opinion a également acquis une certaine popularité auprès de théoriciens du droit continentaux.

1220. – S'appuyant sur une lecture contestée¹⁴⁴² mais parfaitement défendable¹⁴⁴³ des écrits de H. Kelsen, M. Troper soutient ainsi une « théorie réaliste de l'interprétation » selon laquelle les

¹⁴⁴⁰ P. MARTENS, *Le droit peut-il se passer de Dieu ?*, op. cit., p.152.

¹⁴⁴¹ Cf. e.a. J.C. GRAY, *The Nature and Source of Law*, 1924, cité et discuté par K. HIMMA, « Final Authority to Bind With Moral Mistakes : On the Explanatory Potential of Inclusive Legal Positivism », *Law and Philosophy*, 2005, p.5-6 : « it has sometimes been said that the Law is composed of two parts – legislative law and judge-made law, but in truth all the Law is judge-made law. The shape in which a statute is imposed on the community as a guide for conduct is that statute as interpreted by the court (...) To quote (...) from Bishop Hooley : 'Nay, whoever hath an absolute authority to interpret any written or spoken law, it is He who is truly the Law Giver to all intents and purposes, and not the person who first wrote and spoke them' ».

¹⁴⁴² Cf. O. PFERSMANN, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *R.F.D.C.*, 2002, p.789-836, spéc. p.808-809.

¹⁴⁴³ Kelsen exprime en effet sa position dans des termes on ne peut plus explicites : « La question de savoir laquelle des possibilités données dans le cadre du droit à appliquer est « exacte », cette question n'est, par hypothèse, absolument pas une question de connaissance portant sur le droit positif ; il ne s'agit pas là d'un problème de théorie du droit, mais d'un problème de politique juridique. [L]'obtention de normes individuelles par le processus d'application du droit est une fonction du vouloir, en tant qu'elle consiste à remplir le cadre d'une norme générale. [L]a création de l'acte de droit à l'intérieur du cadre de la norme juridique est libre, c'est-à-dire placée dans le pouvoir discrétionnaire de l'organe appelé à faire l'acte. (...) Il faut

interprétations de textes juridiques « sont (...) le produit de la volonté de l'interprète et non une fonction de la connaissance. Ce sont des prescriptions. Elles ne sont ni vraies, ni fausses »¹⁴⁴⁴. L'interprète n'est donc aucunement lié par le texte qu'il interprète, lequel est foncièrement polysémique et n'a aucune valeur normative en dehors de la portée qu'en donne son interprète « authentique ». M. Troper estime du reste qu'il est possible de distinguer deux versions de la théorie réaliste de l'interprétation. « Selon la version forte, un texte est toujours indéterminé, d'où il découlerait que l'interprète ne peut être lié par ce texte. Selon la version faible, il n'est pas indéterminé, mais doit être considéré tel parce que seule la signification attribuée par l'interprète s'impose juridiquement »¹⁴⁴⁵.

1221. – Ces deux « fondements » de la liberté de l'interprète ont été repris séparément par différents auteurs. S. Fish, chef de file du courant « droit et littérature », s'appuie ainsi sur l'inévitable texture ouverte du langage pour contester l'idée qu'un texte puisse avoir un sens clair qui lie son interprète : « malheureusement, les règles sont des textes. Elles doivent elles-mêmes être interprétées et ne peuvent donc pas être des contraintes pour l'interprétation »¹⁴⁴⁶. Dès lors, s'interroge-t-il, « la force fait-elle le juste ? En un sens, la réponse est « oui » puisqu'en l'absence d'une perspective indépendante de toute interprétation, le point de vue qui s'imposera sera celui qui aura prévalu sur les interprétations concurrentes »¹⁴⁴⁷.

1222. – On retrouve une argumentation quelque peu similaire sous la plume d'O. Cayla¹⁴⁴⁸. Celui-ci estime cependant que la liberté radicale de l'interprète trouve à s'exprimer non pas seulement au stade de l'interprétation de la règle ou de la qualification juridique, mais déjà au niveau de la *description* des faits de la cause. Il estime en effet que c'est la « description » même des faits « subsumables » sous la règle qui détermine entièrement le choix de la règle applicable, et (...) dans l'exercice de cette activité « descriptive », l'interprète jouit foncièrement d'une liberté absolue, entamée par aucune contrainte, pas même de rationalité »¹⁴⁴⁹. Prenant appui sur une lecture critique de l'arrêt *Laskey* de la C.E.D.H.¹⁴⁵⁰, il considère que l'apparente neutralité de l'opération de description dissimule un « arbitraire du juge à l'état brut »¹⁴⁵¹. Rien ne semble de nature à limiter cette liberté absolue dès lors

observer (...) que la voie de l'interprétation authentique, c'est-à-dire de l'interprétation des normes par les organes juridiques qui doivent les appliquer, ne permet pas seulement de réaliser l'une d'entre les possibilités révélées par l'interprétation – à base de connaissance – des normes à appliquer, mais *peut également aboutir à la création de normes qui sont tout à fait en dehors du cadre que constituent les normes à appliquer*. Par une telle interprétation authentique, il peut être créé du droit (...) dès lors que l'acte de cet organe ne peut plus être annulé, dès lors qu'il a acquis force de droit, et par exemple force de chose jugée. C'est un fait bien connu que, par la voie d'une telle interprétation authentique, il est créé beaucoup de droit nouveau – et notamment par les cours suprêmes statuant en dernier ressort » (H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 1999, p.339-341. Nous soulignons). Comp. avec la position plus modérée de l'autre grand théoricien du positivisme juridique, H.L.A. Hart : « (...) il existe des points sur lesquels le droit existant n'impose aucune décision comme étant la seule correcte, et (...), pour trancher des cas où il en est ainsi, le juge doit exercer ses pouvoirs de création du droit. Cependant, il ne doit pas le faire de manière arbitraire : cela signifie qu'il doit toujours disposer de quelques raisons générales qui justifient sa décision et il doit agir comme le ferait un législateur consciencieux en prenant une décision selon ses propres convictions et ses propres valeurs. Cependant, s'il satisfait à ces conditions, il est habilité à se conformer à des critères ou des raisons de décider qui ne sont pas imposés par le droit et peuvent différer de ceux auxquels se conforment d'autres juges confrontés à des cas difficiles identiques » (H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, 2^{ème} éd., 2005, p.291 (*Postface*)).

¹⁴⁴⁴ M. TROPER, « Réplique à Otto Pfersmann », *R.F.D.C.*, 2002, p.337. Sur cette théorie, cf. e.a. M. TROPER, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », in *Mélanges Charles Eisenmann*, 1974, p.133-151; ID., « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire? », *Pouvoirs*, 1981, p.5-15; ID., « Les juges pris au sérieux ou la théorie du droit selon Dworkin », *Droit et Société*, 1986, p.53-70; ID., « Justice constitutionnelle et démocratie », *R.F.D.C.*, n°1, 1990, p.29-48; ID., « Le pouvoir judiciaire et la démocratie », in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, 2004, p.1571-1586.

¹⁴⁴⁵ ID., « Réplique à Otto Pfersmann », *loc. cit.*, p.342.

¹⁴⁴⁶ S. FISH, *Respecter le sens commun*, trad. O. Nerhot, 1995, p.72.

¹⁴⁴⁷ *Ibid.*, p.9.

¹⁴⁴⁸ O. CAYLA, « Y a-t-il une contrainte du (bon) sens dans la construction du cas ? », in M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, 2005 (feuillet à part), p.16. La pensée de l'auteur a manifestement évolué sur ce point depuis son article intitulé « La souveraineté de l'artiste du 'second temps' », *loc. cit.*

¹⁴⁴⁹ *Ibid.*, p.5.

¹⁴⁵⁰ Arrêt du 19 février 1997.

¹⁴⁵¹ *Ibid.*, p.16.

que « le vice principal du discours juridique provient de ce qu'il est précisément du discours et que, de ce fait, il pâtit, comme tout discours sans exception, de l'impureté constitutive du langage »¹⁴⁵².

1223. – En positiviste convaincu – et dans la droite ligne de Kelsen –, K. Himma adhère quant à lui à la « version faible » de la théorie réaliste de l'interprétation¹⁴⁵³. Il considère ainsi que la Cour suprême américaine est juridiquement libre de décider ce qu'elle veut dès lors que ses décisions ne sont susceptibles d'aucune voie de recours. Certes, concède-t-il, il existe des cas limites ; il est ainsi probable que si la Cour suprême justifiait une décision en la présentant comme le résultat d'un tir à pile ou face, la légalité d'un tel verdict serait contestée. Mais en dehors de ces situations extrêmes, estime-t-il, le contenu de la décision, aussi erroné soit-il, n'affecte en rien l'autorité – et donc la normativité – dont elle jouit en vertu du statut de son auteur.

1224. – Si elles ne sont pas dépourvues de bon sens, ces théories empreintes de scepticisme n'en demeurent pas moins largement démenties par l'observation empirique. On veut dire par là que dans leur grande majorité, les juges prennent leur travail au sérieux. Ils justifient rationnellement les décisions qu'ils rendent, ils évitent de donner des lois des interprétations absurdes, et ils prennent garde de suivre leur jurisprudence. Cette évidence a conduit certains à se demander si cette relative « docilité » des juges était à mettre sur le compte de contraintes proprement juridiques¹⁴⁵⁴, ou si elle était « seulement » tributaire de facteurs exogènes. Nous tenons cette question pour indécidable et, en définitive, oiseuse. Peu important en effet les raisons – bonnes ou mauvaises, ressenties ou réelles, juridiques ou extra-juridiques – qui poussent les juges à chercher une « bonne » réponse au litige et à justifier leur décision.

¹⁴⁵² *Ibid.*, p.16.

¹⁴⁵³ K. HIMMA, « Final Authority to Bind With Moral Mistakes : On the Explanatory Potential of Inclusive Legal Positivism », *loc. cit.* pour une réponse intéressante, cf. M. KRAMER, « Of Final Things : Morality as One of the Ultimate Determinants of Legal Validity », *Law and Philosophy*, 2005, p.47-97.

¹⁴⁵⁴ Cf. e.a. V. CHAMPEIL-DESPLATS, M. TROPER, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK (dir.), *op. cit.*, p.11-23 ; C. GRZEGORCZYK, « Obligations, normes et contraintes juridiques - Essai de reconstruction conceptuelle », in M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK (dir.), *op. cit.*, p.25-42. Selon ces auteurs, le juge est soumis à des contraintes juridiques, lesquelles sont définies comme des « situation[s] de fait dans [lesquelles] un acteur du droit est conduit à adopter telle solution ou tel comportement plutôt qu'une ou un autre, en raison de la configuration du système juridique qu'il met en place ou dans lequel il opère » (p.12). Les acteurs juridiques – et singulièrement les juges – se trouvent ainsi dans une position comparable à celle du joueur d'échec expérimenté, qui se voit « contraint » de jouer tel coup parmi la gamme des possibilités qui lui sont offertes. Pour intéressante qu'elle soit, cette théorie nous semble cependant problématique en son principe même, en ce qu'elle s'efforce à tout prix d'opérer une distinction nette entre les contraintes juridiques et les autres. Elle ne peut cependant se garder d'un certain retour du refoulé. D'une part en effet, elle doit faire appel à un « *homo juridicus* modèle », seul véritablement tenu par ces contraintes, et défini comme ayant « une propension à vouloir défendre sa sphère de compétence, à ne pas vouloir que sa décision soit renversée, à préserver son existence institutionnelle, ainsi qu'à maintenir ou optimiser son pouvoir, notamment en fournissant des justifications institutionnellement acceptables de son choix » (p.15). Or, nul ne contestera qu'un tel idéal-type est pétri d'orientations sociologiques et psychologiques. D'autre part, les auteurs éprouvent les plus grandes difficultés – et à notre avis, ne parviennent pas – à distinguer la notion de contrainte des idées voisines d'« obligation » – distinction à défaut de laquelle il faudrait renoncer à la théorie réaliste de l'interprétation – et de « sentiment de contrainte » – distinction à défaut de laquelle il faudrait renoncer à l'existence de contraintes « purement » juridiques. Il en va exactement de même de la théorie étrangement déterministe de S. Fish, selon laquelle tout acteur juridique est entièrement *constitué* – et donc contraint – par la formation qu'il a reçue et par le milieu – juridique – dans lequel il baigne (cf. M. ROBERTSON, « Does the Unconstrained Legal Actor Exist ? », *Ratio Juris*, vol.20, 2007, p.258-279). Ici encore, on ne peut considérer de telles contraintes comme juridiques qu'au prix d'une absorption – que ne semble pas renier S. Fish – du « sociologique » et du « politique » par le « juridique ». En réalité, il nous semble que la seule position réellement tenable d'un point de vue *purement* juridique est celle défendue par M. Kramer en réponse aux réflexions sceptiques de Himma résumées plus haut (M. KRAMER, « Of Final Things ... », *loc. cit.*). Selon le professeur de Cambridge, ce scepticisme repose sur la prémisse erronée selon laquelle l'existence d'un pouvoir équivaut à l'absence d'une obligation. Or, du pouvoir quasi illimité de la Cour suprême – de « dire le droit », on aurait tort de déduire que les juges du Capitole sont eux-mêmes « *legibus soluti* », libres d'inventer le droit dans l'ignorance des textes de loi. Ils sont bel et bien « obligés » de se conformer au droit, même si cette obligation n'est assortie d'aucune sanction juridique. On retrouve déjà la même idée sous la plume du célèbre juge Cardozo : « Judges have, of course, the power, though not the right, to ignore the mandate of a statute, and render judgment in despite of it. They have the power, though not the right, to travel beyond the walls of the interstices, the bounds set to judicial innovation by precedent and custom. None the less, by that abuse of power, they violate the law. If they violate it willfully, i.e., with guilty and evil mind, they commit a legal wrong, and may be removed or punished even though the judgments which they have rendered stand » (B. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, 1921, p.129).

1225. – Ce qu’il convient bien plutôt d’observer, c’est que tout comme le traducteur ne se permet pas de traduire n’importe comment, le juge ne s’autorise pas à décider n’importe quoi. Et de même que le travail du traducteur est encadré par certaines données préétablies, de même le juge a-t-il à sa disposition des balises, des « boussoles »¹⁴⁵⁵ susceptibles d’orienter sa décision. On constatera en outre que les « balises » du juge et les « données » du traducteur ont un contenu fort similaire ; pointant à la fois vers l’œuvre à traduire et vers les attentes du lectorat, commandant un même respect des langues « source » et « cible », elles expriment la double fidélité dont sont redevables tous les bâtisseurs de ponts. Mais le juge contemporain bénéficie d’autres repères encore, qui font défaut au traducteur esseulé. Son inscription dans un ordre juridique en réseau lui fournit en effet, comme nous le verrons, une troisième source de fidélité – et d’inspiration¹⁴⁵⁶.

§2. *Fidélité à la langue source – la reconstruction du message de l’auteur*¹⁴⁵⁷

1226. – Les juges sont, comme les traducteurs, assujettis aux contraintes de la langue source. On considère généralement que les données de cette « langue source » sont contenues dans le texte de la loi, qu’il appartient au juge d’interpréter – de traduire – dans le cadre du litige qui lui est soumis. Longtemps, cette exigence de fidélité s’est imposée avec la force de l’évidence et les attraits de la simplicité. Elle découlait naturellement de cette image d’Epinal, conçue au même moment que les Etats modernes, assimilant le juge à la « bouche de la loi » et réduisant le jugement à la répétition mécanique de la « Parole » du législateur.

1227. – Développée par Montesquieu et Beccaria, relayée et élaborée par l’Ecole de l’Exégèse, cette vision des rapports entre le juge et la loi est à ce point connue qu’il n’apparaît pas utile d’en fournir ici une analyse détaillée¹⁴⁵⁸. Tout au plus rappellera-t-on quelques points essentiels, nécessaires à la suite de notre propos¹⁴⁵⁹. Relevons d’abord que selon la vulgate positiviste, la décision de justice est une activité ancillaire et mécanique, qui se limite à transposer le commandement général du législateur au cas particulier de l’espèce. Cette conception de la *iuris-dictio* repose sur une deuxième idée, capitale, selon laquelle les lois sont généralement dotées d’un sens clair qui ressort de leur simple lecture. Il en résulte – troisième idée – que l’interprétation est bien souvent inutile – et même néfaste – à l’application de la règle de droit. Ce n’est que dans l’hypothèse – malheureuse et rarissime – où le prescrit de la loi s’avérerait ambigu ou lacunaire que le juge devrait avoir recours à l’interprétation. Celle-ci – quatrième idée – vise à *découvrir le sens objectif*, toujours-déjà contenu dans le texte, notamment à travers la consultation des travaux préparatoires de la loi et l’analyse du contexte normatif dans lequel elle s’inscrit.

1228. – Si cette représentation de la fonction de juger continue d’exercer une influence prépondérante au sein de nos cours et tribunaux, force est de reconnaître qu’elle a perdu beaucoup de son crédit

¹⁴⁵⁵ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, « Les colonnes d’Hermès : à propos des directives d’interprétation en droit », *loc. cit.*, p.136. Dans le même sens, cf. H. DUMONT, « Les spécificités de l’interprétation constitutionnelle au seuil du XXI^{ème} siècle », in *En hommage à Francis Delpérée*, 2007, spéc. p.494-495

¹⁴⁵⁶ Précisons une fois encore que lorsque l’on évoque cette exigence de triple fidélité du juge, on développe un propos à la fois descriptif – l’observation empirique nous fait dire que les juges se sentent tenus tant à l’égard du texte qu’ils interprètent que de l’auditoire auquel ils s’adressent – et prescriptif – nous suggérons que les juges doivent, dans toute la mesure du possible, respecter cette triple fidélité. Notre propos ne préjuge en revanche pas de l’éventuelle existence d’une obligation juridique imposant le respect de cette triple fidélité. Il nous paraît en effet que la réponse à une telle question est sans importance dès lors qu’elle dépend entièrement du sens que l’on donne au terme « juridique ».

¹⁴⁵⁷ Dans les pages qui suivent, l’on rapproche la notion de « traduction » de celle d’« interprétation ». Rappelons cependant que ces deux termes ne sont pas, selon nous, synonymes (cf. *supra*, n°1123 et s.). Conçue comme interprétation, la fonction de juger consiste à rechercher la signification des textes juridiques afin d’en dégager la solution applicable au cas de l’espèce. Le prisme de la traduction jette une tout autre lumière sur la *iurisdictio*. D’une part, il met en exergue la participation active du juge à la production de la norme. D’autre part, il rappelle que la qualité d’une décision ne s’évalue pas *seulement* à sa fidélité à la langue-source – c-à-d à la qualité de l’interprétation dont elle procède –, mais aussi à sa fidélité à la langue-cible – c-à-d à sa capacité à emporter l’adhésion de son « lectorat ».

¹⁴⁵⁸ Cf. la brillante synthèse de B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, *op. cit.*, p.277-290 ; p.317-401.

¹⁴⁵⁹ Que le lecteur nous pardonne d’avance les généralisations hâtives qu’implique nécessairement un tel rappel à gros traits. Pour une analyse bien plus détaillée et nuancée, cf. *ibid.*

depuis que les théoriciens du langage ont mis fin à la croyance en une parfaite correspondance entre le signe et son objet. Le chemin qui mène du « tournant linguistique » au « tournant herméneutique » est, ici encore, bien balisé. Il prend appui sur le fait incontestable qu'un texte normatif est toujours le résultat d'un acte de langage. La part d'indétermination qui habite ce dernier rejaillit dès lors inévitablement sur les mots de la loi, dont la texture ouverte appelle nécessairement l'interprétation. Loin de se ramener à une mécanique d'élucidation du sens de la loi, cette interprétation prend désormais la forme d'une construction hasardeuse de significations. C'est qu'en effet, il semble tout aussi illusoire de traquer l'intention d'un hypothétique législateur, lui-même prisonnier des limites du langage, que de s'escrimer à dégager de la loi un sens objectif, débarrassé de la précompréhension – subjective et culturelle – qui colle toujours au processus interprétatif. Avant même que la déconstruction ne plante ses griffes dans la matière juridique, avant même que R. Barthes ne proclame « la mort de l'auteur »¹⁴⁶⁰ et que Derrida ne reprenne à son compte une pensée de Pascal¹⁴⁶¹, l'interprétation rencontre ainsi ses limites et fait face à ses démons. Rien d'étonnant dès lors à ce que les deux plus célèbres théoriciens du droit du siècle dernier reconnaissent la présence irréductible du libre-arbitre au cœur de la fonction de juger¹⁴⁶². Non pas que l'interprétation soit rebelle à toute rationalité, mais qu'à tout le moins dans les « cas difficiles » (*hard cases*), elle exige un acte de volonté qui relève du choix « politique » bien plus que de la stricte connaissance du droit.

1229. – Avec de très nombreux auteurs, on voudrait faire valoir que cette « dérive du sens » n'est toutefois pas sans borne¹⁴⁶³. Même dans les cas les plus difficiles, face aux lacunes les plus criantes et aux ambiguïtés les plus désarmantes, le juge peut – et doit – appuyer sa décision sur le matériel qui compose l'univers de la langue source. Le paradigme de la traduction peut ici encore nous servir de guide. R. Jakobson rapporte que « pour traduire correctement la phrase anglaise, *I hired a worker* (« J'engageai(s) un ouvrier/une ouvrière »), un Russe a besoin d'informations supplémentaires – l'action a-t-elle été accomplie ou non, l'ouvrier était-il un homme ou une femme ? – parce qu'il doit choisir entre aspect complétif ou non complétif du verbe – *nanjal* ou *nanimal* – et entre un nom masculin ou féminin – *rabotnika* ou *rabotnicu* »¹⁴⁶⁴. Face à ces lacunes qui émaillent le texte d'origine, on conviendra sans difficulté que le traducteur n'est pas censé donner libre cours à son pouvoir discrétionnaire et « remplir les blancs » à sa guise. Si l'interprétation littérale ne lui apprend rien, il pourra espérer construire le sens de la phrase en la remplaçant dans son contexte – un roman sur l'Angleterre industrielle du XIX^e siècle –, en s'interrogeant sur la personnalité de son auteur – le chef d'un atelier de couture clandestin – ou sur le milieu dans lequel il baigne – le féminisme marxiste américain. À défaut de contexte d'énonciation, il devra alors sonder les répertoires symboliques de la langue anglaise et se demander si, eu égard à l'histoire de cette communauté linguistique, l'indéfini « *worker* » ne désigne pas en règle général plutôt un homme, comme en atteste *a contrario* l'utilisation courante du composé « *woman worker* ». Dans tous les cas évidemment, il ne s'agira pas de découvrir avec certitude l'intention de l'auteur, mais bien plutôt de reconstruire le sens d'un mot à partir d'éléments extérieurs au signifié. Cette reconstruction s'apparentera à un pari sur le sens, à la fois risqué et rationnel, appelant le cas échéant la rédaction d'une copieuse « N.d.T. ».

¹⁴⁶⁰ R. BARTHES, *Le bruissement de la langue. Essais critiques*, 1984, p.61-67.

¹⁴⁶¹ Dans son opusculé, lumineux et inquiétant, intitulé *Force de loi. Le fondement mystique de l'autorité* (1994 ; éd. or. 1989), J. Derrida glose sur la pensée de Pascal selon laquelle « il est juste que ce qui est juste soit suivi, il est nécessaire que ce qui est le plus fort soit suivi ». Derrida entend dans cette pensée non pas seulement le rappel que le droit est souvent mis au service de la force, mais l'idée qu'il entretient avec cette dernière des rapports quasi-« ontologiques ». C'est qu'en effet, par-delà toutes les interprétations qui le composent, le droit – ou en tout cas son autorité – se ramène en dernière instance à un « coup de force », à « (...) une violence performative et donc interprétative qui en elle-même n'est ni juste ni injuste et qu'aucune justice, aucun droit préalable et antérieurement fondateur, aucune fondation préexistante, par définition, ne pourrait ni garantir ni contredire ou invalider » (p.32-33).

¹⁴⁶² Cf. les passages précités, n°1220, des ouvrages de H. Kelsen (*Théorie pure droit*) et de H.L.A. Hart (*Le concept de droit*).

¹⁴⁶³ Cf. à cet égard U. ECO, *Les limites de l'interprétation*, trad. M. Bouzaher, 1992, p.17-18 : « En somme, dire qu'un texte est potentiellement sans fin ne signifie pas que tout acte d'interprétation puisse avoir une fin heureuse. Même le déconstructiviste le plus radical accepte l'idée qu'il y a des interprétations scandaleusement inacceptables. Cela signifie que le texte interprété impose des restrictions à ses interprètes ».

¹⁴⁶⁴ R. JAKOBSON, *op. cit.*, p.83.

1230. – Le parallèle entre le traducteur et le juge est ici à ce point évident qu'il n'est sans doute guère nécessaire d'en dire davantage. Qui ne voit que les « cas difficiles » dont se repaissent les théoriciens du droit sont en tout point comparables au périlleux exercice de traduction que l'on vient d'évoquer ? Et qui ne voit qu'à l'instar du traducteur, le juge est amené à trouver dans l'univers langagier de la langue cible des balises susceptibles d'orienter son entreprise interprétative ? L. Lessig a raison de dire qu'à l'instar de l'opération de traduction, le raisonnement juridique exige de la part de son auteur une « familiarité » (« *familiarity* ») avec le contexte culturel qui environne le texte à appliquer¹⁴⁶⁵. Ainsi conçue, la précompréhension dont parlait H.G. Gadamer¹⁴⁶⁶ – cet inévitable biais culturel par lequel s'opère toute interprétation – apparaît non plus comme un obstacle à l'interprétation, mais bien au contraire comme la condition même de sa réussite.

1231. – Ce parallèle avec la traduction invite à opérer un double décentrement par rapport au texte. D'une part, et d'accord avec les partisans de l'herméneutique juridique, on soulignera que la fidélité du juge à la langue source ne se limite pas à une fidélité au texte à appliquer. Avec F. Müller d'abord, on rappellera que la concrétisation d'une norme s'opère toujours sur fond de *l'ensemble* des textes en vigueur dans l'ordre juridique¹⁴⁶⁷. C'est que, comme le disent F. Ost et M. van de Kerchove, « (...) le champ juridique est, par excellence, le domaine de la *transtextualité* – un domaine où les textes se lisent les uns les autres »¹⁴⁶⁸. Avec G. Timsit ensuite, on insistera sur l'importance de la « surdétermination », qui désigne l'influence des valeurs, croyances et principes dans l'élaboration de la norme. Face aux lacunes d'un texte – c'est-à-dire, face à l'absence de « pré-détermination » –, le juge est appelé « co-déterminer » la norme par le biais d'une « conversion » : « le travail du texte consiste alors pour l'essentiel à en produire un, à partir des conditions dialogiques – croyances, valeurs, etc. – qui entourent l'affaire soumise à l'interprète »¹⁴⁶⁹. À la suite de R. Dworkin encore – et dans le sillage de sa théorie du « droit-intégrité » –, on soulignera que c'est plus largement encore l'histoire institutionnelle de sa collectivité que le juge-traducteur est appelé à prendre en compte dans sa mission interprétative. La structure politique et la doctrine juridique en vigueur dans la société fournissent au juge d'importantes balises dès lors qu'elles lui permettent d'écarter les solutions « incohérentes » et de sélectionner celle qui présente l'ordre juridique « sous son meilleur jour »¹⁴⁷⁰. Enfin, c'est M. Gauchet qui donne à l'interprète le mandat le plus large, l'autorisant non seulement à dépasser, mais éventuellement même à ignorer un texte dont l'adoption aurait été dictée par les velléités de l'opinion publique¹⁴⁷¹. Distinguant le peuple empirique et actuel – celui vivant *hic et nunc* – du peuple juridique et perpétuel – celui que dessinent les cohortes de générations qui se succèdent au sein de la communauté politique –, M. Gauchet confie au juge la redoutable tâche de protéger le peuple souverain contre lui-même, de préserver les lignes de force du projet politique et juridique qui fonde ce peuple contre les excès éventuels dont celui-ci se rendrait coupable¹⁴⁷².

¹⁴⁶⁵ L. LESSIG, « Fidelity in Translation », *loc. cit.*, p.1194-1196.

¹⁴⁶⁶ H.G. GADAMER, *op. cit.*, spéc. p.350-356 pour l'interprétation juridique. *Adde* : F. MÜLLER, *op. cit.*, p.215-220.

¹⁴⁶⁷ F. MÜLLER, *op. cit.*.

¹⁴⁶⁸ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide...*, *op. cit.*, p.400. *Adde* : M. ROSENFELD, *Les interprétations justes*, trad. G. Warland, 2000, p.20-21 : « Autrement dit, en isolant un écrit particulier et en l'élevant au-dessus de tous les autres écrits de telle sorte que les liens intertextuels qui constituent une condition préalable à la création de sens sont rompus, la jurisprudence de l'intention originale encourage le culte aveugle de l'arbitraire et de l'inintelligible et entrave ainsi la découverte des connexions intertextuelles nécessaires pour doter les actes juridiques de sens ».

¹⁴⁶⁹ G. TIMSIT, *op. cit.*, p.146.

¹⁴⁷⁰ R. DWORKIN, *L'empire du droit*, *op. cit.*, spéc. p.247-301. Une fois entendue comme traduction, on comprend mieux pourquoi l'interprétation doit satisfaire à ce critère esthétique du « meilleur jour », qui a tant intrigué les théoriciens du droit. Notons en revanche que Dworkin reste prisonnier de la « vulgate » de la traduction lorsqu'il invite son lecteur à comparer le travail – plus libre – du co-auteur d'un « roman à la chaîne » – auquel il identifie le juge – à une tâche « relativement plus mécanique, telle que la traduction directe d'un texte en langue étrangère » (p.257).

¹⁴⁷¹ Cf. M. GAUCHET, *La révolution des pouvoirs*, 1995, spéc. p.35-51.

¹⁴⁷² On peut considérer qu'O. Cayla donne – implicitement – à cette réflexion de M. Gauchet son tour proprement herméneutique. C'est fort justement qu'il écrit ainsi que l'« auteur souverain constituant (...) n'est (...) ni l'acteur de l'écriture de son texte (l'Assemblée nationale constituante de 1789 (...)), ni l'acteur de sa lecture (le Conseil constitutionnel (...)), mais une personne morale, abstraite et fictive, qu'on appelle, par convention de langage, « peuple » ou « nation », et dont l'Assemblée nationale constituante de 1789, le « constituant » de 1958 et le Conseil constitutionnel (...) sont les simples agents médiateurs, pour la part d'activité d'écriture et de lecture qu'ils ont pu prendre respectivement dans le processus complexe de génération de cette parole » (O. CAYLA, « L'obscur théorie du pouvoir constituant originaire », in D. DE

1232. – Le second décentrement ressort moins distinctement des nombreux écrits des « herméneutes du droit ». Le lecteur attentif aura observé que les développements qui précèdent concernent principalement la « traduction-*concrétisation* », celle qui préside à la construction de la norme à partir du « matériau juridique » mis à la disposition du juge. La « traduction-*qualification* » exige certes elle aussi une connaissance approfondie des textes, tant il est vrai que le processus d'abduction prend la forme d'un va-et-vient incessant entre les faits et le droit. Il n'en demeure pas moins que dans la traduction-qualification, la « langue source » s'entend avant tout de la langue usuelle, celle utilisée par les parties pour décrire les faits de la cause. Et l'on se méprendrait si l'on pensait que les enseignements de l'herméneutique juridique ne s'appliquent qu'au droit, et non au fait. Tout comme l'interprétation des textes passe par une immersion globale dans la structure juridique, politique et morale de la communauté qui les a produits, la compréhension des faits et des mots dans lesquels ils sont rapportés implique nécessairement une mise en contexte.

1233. – Les « cas difficiles » qui se posent dans le cadre de la qualification sont exactement opposés à ceux qui surgissent au niveau de la concrétisation. Ici, ce ne sont pas les lacunes, mais bien souvent le « trop-plein » de la langue source qui menace. Il s'agit de couler dans les moules rigides de quelques catégories juridiques des faits complexes que la richesse du langage courant peine déjà à contenir. Mais si les problèmes diffèrent, les balises sont similaires. Imaginons un traducteur espagnol ou italien chargé de rendre dans sa langue maternelle l'expression française « beaucoup trop ». Contrairement à un Anglais ou à un Néerlandais, il ne pourra s'autoriser à traduire littéralement, dès lors que les composés « *mucho demasiado* » et « *molto troppo* » s'apparentent au mieux à d'incongrus pléonasmes pour les locuteurs espagnols et italiens¹⁴⁷³. Cependant, pas plus qu'une lacune dans la langue source ne conférerait une totale liberté au traducteur russe de tout à l'heure, le luxe de détails donné dans le message d'origine n'affranchit ici de toute contrainte notre traducteur hispano/italo-phone. Dans les deux cas, il s'agit de rétablir la symétrie entre les langues en dépassant les signifiants pour sonder la partie immergée de l'« iceberg langagier ». Dans notre exemple, le traducteur devra sans doute se demander, à l'aide d'une analyse du contexte d'énonciation, si l'émetteur du message entendait d'abord exprimer une idée de « surplus » (« j'ai beaucoup *trop* de travail... pour partir en vacances ») ou si l'excès introduit par le « trop » s'apparente davantage à un effet de style destiné à souligner l'importance de la quantité (« j'ai *beaucoup trop* de travail... et j'en suis ravi »). Ce déchiffrement du message d'origine permet ainsi la sélection des mots pertinents (« beaucoup » ou « trop ») dans le cadre du processus traductif.

1234. – Ici encore, le parallèle entre le juge et le traducteur est à ce point évident que l'on n'y insistera guère. Confronté à la masse des faits rapportés par les parties, ce n'est qu'au terme d'un savant travail d'archéologie et de sélection que le juge pourra décider ce qui, du louage ou du dépôt, du gage ou du prêt, du mandat ou du contrat d'entreprise, constitue la meilleure traduction juridique d'une réalité toujours « en excès » sur la langue qui prétend la contenir. Et si cette traduction porte toujours la marque de l'incertitude et de la gageure, il ne viendra à l'esprit de personne de la taxer d'arbitraire ou d'irrationnelle.

§3. Fidélité à la langue cible – l'adhésion de la « communauté des lecteurs »

1235. – On a beaucoup parlé des traductions des œuvres de Sophocle réalisées par Hölderlin, si proches de la langue originale qu'elles en devenaient quasiment incompréhensibles pour les lecteurs

BECHILLON, P. BRUNET, V. CHAMPEIL-DESPLATS, E. MILLARD (dir.), *Mélanges en l'honneur de Michel Troper. L'architecture du droit*, 2006, p.262)

¹⁴⁷³ « Lorsqu'on demande à un locuteur hispanophone ou italophone pourquoi l'expression « *mucho demasiado* » ou « *molto troppo* » provoque l'hilarité, il répond, invariablement (dans sa langue, bien sûr), que si c'est déjà trop, ça ne peut pas être encore plus « trop ». L'hispanophone, pourrait même ajouter (toujours dans sa langue) que trop, c'est déjà très beaucoup et que, comme dirait l'italien (toujours dans sa langue), on ne peut pas trop exagérer sans provoquer la moquerie... » (P-Y RACCAH, « « Très beaucoup », c'est beaucoup trop d'exagération... », résumé d'une communication effectuée lors d'un colloque intitulé *Représentations du sens linguistique III*, disponible à l'adresse <http://www.ulb.ac.be/philo/serlifra/RSL3/resumes/racch.htm>).

de langue allemande. Ce risque auquel s'expose toute traduction n'est pas inconnu du juriste. Tant au stade de la qualification qu'à celui de la concrétisation, la tentation est grande de se laisser happer par de la berge de départ. D'un côté, on multiplie les concepts juridiques hybrides pour serrer au plus près la complexité du réel. De l'autre, on s'emploie à rendre dans l'interprétation les moindres exigences d'un matériau juridique presque aussi vaste que le réel lui-même. Dans les deux cas, on perd de vue l'horizon d'intelligibilité qui fonde l'intérêt même de la traduction.

1236. – Transposé à la décision de justice, cet impératif d'intelligibilité prend un relief particulier dès lors qu'il conditionne l'adhésion de la communauté des lecteurs à la solution dégagée par le juge. Or, dans notre société « postmoderne », qui a fait la douloureuse expérience de la déconstruction de la raison et du langage¹⁴⁷⁴, l'ultime critère de validité du jugement semble bien résider dans sa capacité à entraîner l'adhésion et la formation d'un accord intersubjectif. C'est probablement C.S. Pierce qui, le premier, s'est engagé dans cette voie. Après avoir démonté la dichotomie séparant les mots et les choses et montré que la signification d'un signe ne peut jamais être qu'un autre signe – son « interprétant » –, il affirme que « le critère scientifique de la vérité correspond à *l'opinion finale unanime de la communauté idéale des chercheurs* »¹⁴⁷⁵. C. Perelman se charge de transposer ce commandement – tout en l'adaptant – à l'univers de la morale et du droit. Rejetant « (...) la conclusion que la raison est tout à fait incompétente dans les domaines qui échappent au calcul et que là où ni l'expérience ni la déduction logique ne peuvent nous fournir la solution d'un problème, nous n'avons plus qu'à nous abandonner aux forces irrationnelles (...) »¹⁴⁷⁶, Perelman remet au goût du jour l'art de la rhétorique et invite à mesurer la « justesse » d'un discours à sa capacité à susciter l'adhésion de l'auditoire auquel il est adressé. C'est qu'en effet, « (...) la notion d'accord devient centrale quand les moyens de preuve sont absents ou insuffisants et surtout quand l'objet du débat n'est pas la vérité d'une proposition, mais la valeur d'une décision, d'un choix, d'une action, considérés comme justes, équitables, raisonnables, opportuns, honorables, ou conformes au droit »¹⁴⁷⁷. Sans même évoquer ici le succès qu'a rencontré la théorie de l'éthique communicationnelle proposée par J. Habermas¹⁴⁷⁸, on observera que ce retour en grâce de la « raison pratique » a exercé un puissant attrait auprès des théoriciens du droit. Il semble aujourd'hui largement acquis qu'un des critères – voire le seul critère – de validité d'une « traduction juridictionnelle » réside dans sa capacité à emporter l'accord du « peuple »¹⁴⁷⁹, de la « communauté d'interprétation »¹⁴⁸⁰, de la « société ouverte des interprètes »¹⁴⁸¹, des « cercles des lecteurs »¹⁴⁸², ou des « sphères de la communication »¹⁴⁸³.

1237. – Pour susciter l'adhésion de leurs lecteurs, on peut considérer que les traductions effectuées par les juges doivent remplir trois conditions. Elles doivent être tout à la fois *intelligibles (i)*, *rationnelles (ii)* et *raisonnables (iii)*. Afin de satisfaire à cette triple exigence, le traducteur est néanmoins autorisé – et même vivement encouragé – à s'aider des fameuses « *N.d.T.* ».

1238. – (i) On ne s'attardera pas démesurément sur le critère de l'intelligibilité. A vrai dire, le respect d'un tel impératif semble fort naturel dès lors que toute traduction consiste à amener le lecteur au texte

¹⁴⁷⁴ Cf. à cet égard la synthèse éclairante – même pour un « non-philosophe » – effectuée par J. LENOBLE, A. BERTEN, *op. cit.*, p.11-20.

¹⁴⁷⁵ B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, *op. cit.*, p.583. Souligné dans le texte.

¹⁴⁷⁶ C. PERELMAN, L. OLBRECHT-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, 5^{ème} éd., 1988, p.3.

¹⁴⁷⁷ C. PERELMAN, *Logique juridique – Nouvelle rhétorique*, 2^{ème} éd., 1979, p.102.

¹⁴⁷⁸ Nous évoquerons bien trop brièvement cette théorie *infra*, n°1253. Sur les liens entre les pensées perelmanienne et habermassienne, cf. G. HAARSCHER, « Après Perelman », in G. HAARSCHER, L. INGBER (dir.), *Justice et argumentation - Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, 1986, p.223-229.

¹⁴⁷⁹ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, 1978, p.389 : « il ne suffit pas que le juge soit lui-même convaincu : il faut encore qu'il soit en, état de faire partager sa conviction au peuple ». Pour faire bonne mesure, reconnaissons cependant que la position de J. Carbonnier est moins dictée par un questionnement théorique sur les critères de validité du jugement que par la crainte de voir des décisions demeurer inappliquées en raison de leur inintelligibilité.

¹⁴⁸⁰ O. FISS, « Objectivity and Interpretation », *Stanford L.R.*, vol.34, 1982, p.739-763, spéc. p.744 et s.

¹⁴⁸¹ P. HABERLE, cité et commenté par G. JUST, *op. cit.*, p.129.

¹⁴⁸² P. MOOR, *op. cit.*, p.203-235.

¹⁴⁸³ M. VAN HOECKE, *Law as Communication*, 2002, p.176-178, qui distingue cinq sphères de communication, allant des parties au litige (1^{re} sphère) jusqu'à la société dans son ensemble (5^{ème} sphère) en passant par les juridictions d'appel (2^{ème} sphère), la communauté des juristes (3^{ème} sphère), et les médias (4^{ème} sphère).

et le texte au lecteur. Faillir à ce premier commandement équivaut en quelque sorte à construire un « demi-pont », à « rater » le rivage de la langue cible. Notons cependant que cette exigence revêt un sens un peu particulier lorsqu'elle s'applique aux « traductions juridictionnelles ». Dans ce contexte, elle ne commande pas simplement au juge de rendre son verdict dans la langue des parties ou d'éviter de recourir trop souvent aux termes abscons et aux formules pédantes qui font le bonheur des juristes. Bien plus fondamentalement – et presque à l'inverse, si l'on peut dire –, elle l'engage à respecter les catégories et les notions qui composent le langage juridique.

1239. – Cette exigence intervient principalement au niveau de la traduction-qualification. Elle met en garde le juge contre la tentation – à laquelle succomba Hölderlin – de courber, de façonner et de reconstruire la langue cible – le langage juridique – jusqu'à la déformer, dans le désir d'épouser les formes complexes et variées de la langue source – le langage courant. On devine sans mal les dangers dont entend préserver un tel avertissement. Il s'agit d'éviter des bricolages désordonnés, une inflation des mots du droit et un éparpillement de leur sens, en tout point néfastes à la sécurité juridique. Il s'en faut toutefois de beaucoup que l'impératif d'intelligibilité condamne le juge à être l'otage des définitions et des catégories que lui ont léguées la tradition et le législateur. Nous l'avons relevé plus haut, la nature semi-conventionnelle du langage juridique lui confère une flexibilité qui fait largement défaut à la langue usuelle. Mille exemples attestent de ce que le langage du droit n'est rétif ni aux néologismes, ni aux déplacements de sens, pour autant que ces évolutions soient explicitement reconnues et encadrées, tantôt dans les définitions qui figurent aux premiers articles de nombreux textes législatifs et réglementaires, tantôt dans les « Notes du Traducteur » que constituent les motifs des décisions de justice. L'intelligibilité s'accommode donc d'une certaine *dose* et d'une certaine *forme* de souplesse dans l'utilisation des mots du droit.

1240. – (ii) Une bonne traduction ne doit pas seulement éviter de faire violence aux *mots* de la langue cible ; elle doit aussi en respecter la *grammaire*. Paraphrasant R. Alexy, on peut considérer que la grammaire du langage juridique, c'est l'argumentation¹⁴⁸⁴. Elle ne dit rien du contenu du message, mais elle le structure de telle façon qu'il apparaisse cohérent et – dans une certaine mesure – rationnel aux yeux de son destinataire. Cette grammaire est toutefois particulièrement complexe, et l'on serait bien naïf d'espérer en faire le tour dans l'espace ménagé par cette « sous-sous-section ». Aussi se contentera-t-on d'en souligner l'importance en en démontant les ressorts fondamentaux et en relevant quelques traits saillants, particulièrement importants pour la suite de notre réflexion.

1241. – A la suite de J. Wroblewski¹⁴⁸⁵, on observera que le raisonnement juridique comprend tout à la fois des formes de justification interne et externe. Les premières ressortissent à la logique formelle ou déductive ; elles assurent la cohérence intrinsèque du raisonnement en faisant découler de ses prémisses une conclusion indiscutable. Faute d'espace et de connaissances suffisantes, nous n'aborderons pas ici les riches enseignements de la logique « déontique »¹⁴⁸⁶. Tout au plus s'autorisera-t-on à rompre une nouvelle lance en faveur d'une réhabilitation – critique et relative – du syllogisme judiciaire, qui en constitue indiscutablement l'illustration archétypique. Il est pourtant vrai que la transposition du modèle syllogistique au raisonnement juridique a fait l'objet de vives critiques¹⁴⁸⁷. H. Kelsen y voyait la marque d'une grave confusion entre le *Sollen* de la règle de droit et le *Sein* de la conclusion à laquelle est censée aboutir le syllogisme¹⁴⁸⁸. Quant à C. Perelman, il rejetait

¹⁴⁸⁴ R. ALEXY, *A Theory of Legal Argumentation*, trad. R. Adler, N. MacCormick, 1989, p.245

¹⁴⁸⁵ Cf. J. WROBLEWSKI, « Legal Decision and its Justification », in H. HUBIEN (dir.), *Le raisonnement juridique*, 1971, spéc. p.412-419.

¹⁴⁸⁶ Sur la logique formelle en général et la logique déontique en particulier, cf. G. KALINOWSKI, *La logique déductive*, 1996 ; ID., *Introduction à la logique juridique*, 1965. Pour une description plus synthétique de la « justification interne », cf. R. ALEXY, *A Theory of Legal Argumentation*, *op. cit.*, p.221-230.

¹⁴⁸⁷ Sur les controverses relatives au syllogisme judiciaire, cf. C. STAMATIS, *Argumenter en droit*, 1995, p.165-184. Adde : P. BRUNET, « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », *Droits*, n°39, 2004, p.197-217 ; J-M. DENQUIN, « Réflexions sur le syllogisme judiciaire », in D. DE BECHILLON, P. BRUNET, V. CHAMPEIL-DESPLATS, E. MILLARD (dir.), *op. cit.*, p.373-385.

¹⁴⁸⁸ H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, trad. O. Beaud et F. Malkani, 1997, p.305-362.

– à raison – toute valeur heuristique au syllogisme judiciaire et n’y voyait qu’un procédé destiné à occulter la manière dont le juge, à l’aide de la raison *pratique*, construit la solution du litige¹⁴⁸⁹.

1242. – Les difficultés logiques et théoriques qui encombrant le syllogisme judiciaire ne suffisent cependant pas, à notre avis, à en démontrer l’inutilité ou l’« indésirabilité ». Il y a là véritablement une question de *politique juridique* qui dépasse le problème de la validité formelle des raisonnements juridiques déductifs¹⁴⁹⁰. Avec J. Wroblewski, on observera en effet que la logique formelle – et le syllogisme en particulier – « (...) correspond aux aspirations à la rationalité de notre culture juridique »¹⁴⁹¹. Elle confère à la décision juridictionnelle une aura d’objectivité sans doute nécessaire à l’adhésion des lecteurs. Non pas que ceux-ci soient dupes du stratagème, mais que la nécessité pour le juge de couler son raisonnement dans les formes du syllogisme leur apparaisse comme un rempart – fragile sans doute, mais néanmoins utile – contre les dérives du libre-arbitre.

1243. – Ce qui se dessine derrière l’image rassurante du syllogisme judiciaire, c’est l’idéal de cohérence vers lequel doit tendre l’ensemble du raisonnement juridique. Par où l’on en arrive à la justification externe, qui touche à la construction des prémisses du syllogisme. Le champ lisse de la logique formelle laisse ici la place au terrain accidenté de la rationalité pratique. L’on quitte la sphère du « certain » et de l’« indiscutable » pour entrer dans le registre du « probable » et du « convaincant ». De nombreux philosophes et théoriciens du droit se sont penchés sur les impératifs auxquels était soumise la rationalité juridique et sur les catégories d’arguments qui l’alimentaient. Parmi ces impératifs, l’on se permettra ici d’insister sur l’importance de la cohérence dans le raisonnement juridique. Comme l’explique N. MacCormick, cette exigence implique non seulement une obligation de non-contradiction (« *consistency* ») qui « (...) requires us not to tolerate the presence in a legal system of two rules which controvert each other »¹⁴⁹², mais également la nécessité de « (...) find a way of making sense of the system as a whole, by making sense of branches of it at a time »¹⁴⁹³ (« *coherence* »). Cette exigence prend notamment forme dans le principe d’« universalisabilité », selon lequel « a legal decision will be correct (...) only if it (...) can be applied consistently in the future too to similar cases »¹⁴⁹⁴. Elle se traduit notamment par le recours aux arguments d’analogie du type *a simili*, *a contrario*, *a fortiori* et *a minori*. Si elles ne fondent guère plus qu’un « raisonnement de probabilité »¹⁴⁹⁵, ces formes d’argument confortent la rationalité de la décision et encadrent la liberté du juge.

1244. – L’exigence de rationalité et de cohérence peut également être rencontrée par des voies moins habituelles. Certains estiment à cet égard que l’élaboration et le respect des règles relatives à la « charge de l’argumentation »¹⁴⁹⁶ conditionnent l’acceptabilité rationnelle de tout type de discours. On mesure sans peine l’intérêt que revêt une telle exigence dans le cadre du raisonnement juridique. La tradition continentale attache traditionnellement peu d’importance aux questions relatives à la charge de la preuve. Le règne de la procédure inquisitoire n’est sans doute pas étranger à cette indifférence. S. Van Drooghenbroeck a toutefois bien montré qu’une attribution intelligente de la *probatio* permettait

¹⁴⁸⁹ C. PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, 1984, p.95 : « (...) aucun homme sensé ne doute de la validité du syllogisme ni d’aucun mode de raisonnement formellement correct. Mais comme la vérité de la conclusion ne peut être garantie par la seule déduction correcte, car celle-ci ne fait que transférer à la conclusion la vérité des prémisses, il faut encore s’assurer de cette dernière ». Sur la place de la logique juridique – entendue ici comme logique formelle – dans la pensée de Perelman, cf. J. WROBLEWSKI, « Logique juridique et théorie de l’argumentation de Ch. Perelman », in G. HAARSCHER, L. INGBER (dir.), *op. cit.*, p.175-193.

¹⁴⁹⁰ En ce sens, cf. H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p.320.

¹⁴⁹¹ J. WROBLEWSKI, *loc. cit.*, p.187.

¹⁴⁹² N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1978, p.266. Cf. également R. ALEXI, *A Theory of Legal Argumentation*, *op. cit.*, p.188.

¹⁴⁹³ N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, *op. cit.*, p.266.

¹⁴⁹⁴ M. LA TORRE, « Theories of Legal Argumentation and Concepts of Law. An Approximation », *Ratio Juris*, vol.15, 2002, p.377-402, spéc. p.389.

¹⁴⁹⁵ H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p.359.

¹⁴⁹⁶ Cf. R. ALEXI, *A Theory of Legal Argumentation*, *op. cit.*, p.196-197.

de « rationaliser » l'incertitude qui pèse nécessairement sur toute décision juridictionnelle¹⁴⁹⁷. S'inspirant des enseignements de la doctrine allemande et américaine, l'auteur suggère d'établir une distinction entre la charge de la preuve « subjective », qui « (...) pourrait être définie comme le *processus consistant à apporter les preuves destinées à éclaircir les éléments contestés du litige* » et la charge de la preuve « objective », qui « (...) renvoie quant à elle à la *détermination de celui à qui incombe le risque de non-persuasion, lorsque subsiste, nonobstant les preuves apportées, une incertitude à propos d'un ou plusieurs éléments contestés du litige* »¹⁴⁹⁸.

1245. – La question de la répartition de la charge de l'argumentation est bien évidemment reliée à la charge de la preuve *objective*. Loin d'impliquer une remise en cause du principe selon lequel chaque partie doit concourir à l'établissement des faits contestés – charge de la preuve *subjective* –, elle repose sur l'idée que tout litige juridictionnel constitue le lieu d'un échange discursif placé sous le signe de la persuasion. Intentant une action ou soulevant une exception, les parties au procès supportent chacune à leur tour le risque de la non-persuasion. Cela ne signifie pas qu'il leur appartienne à elles seules de démontrer le bien-fondé de leur argument – le juge peut s'en convaincre de son propre chef. Cela implique simplement que lorsque la chaîne des arguments *pro et contra* s'arrête en raison de l'incapacité de la partie qui « a la main » à « surenchérir » – soit que le dernier argument ait été épuisé, soit que le bien-fondé de l'argument suivant n'ait pas été prouvé –, le litige est résolu « aux torts » de cette dernière.

1246. – L'élaboration et l'application explicites d'un tel système de répartition de la charge de l'argumentation fait apparaître sous un jour nouveau l'exigence de rationalité de la décision juridictionnelle. D'une part, cette exigence est désormais également supportée par les parties au litige, qui pourront difficilement reprocher à la Cour leur propre carence argumentative. D'autre part, la rationalité de la décision se mesurera principalement à sa capacité à concrétiser – à « créer » – une norme – la majeure du syllogisme – composée d'une chaîne cohérente de principes et d'exceptions se combinant les uns aux autres de manière linéaire. Le lecteur se sentira sans doute quelque peu désorienté face à ces réflexions à la fois fort théoriques et inhabituelles. L'illustration concrète que nous proposerons un peu plus loin devrait toutefois permettre de dissiper ces incertitudes¹⁴⁹⁹.

1247. – (iii) L'argumentation qui soutient la traduction juridictionnelle ne se réduit pas seulement au respect de quelque grammaire formelle. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre le reproche adressé par M. Atienza à R. Alexy et N. MacCormick, accusés de se limiter à proposer des règles de logique formelle, trop larges pour être réellement « discriminantes »¹⁵⁰⁰. On ne saurait en effet contester qu'à l'instar du traducteur qui mobilise dans sa version des « conceptions du monde vécu » propres à la communauté des locuteurs de la langue cible, le juge construit sa décision en recourant à des valeurs et des principes consacrés dans le cercle de ses lecteurs¹⁵⁰¹.

1248. – Voilà ce qui, aux yeux de C. Perelman¹⁵⁰², d'A. Aarnio¹⁵⁰³ et de M. Atienza¹⁵⁰⁴, distingue le « rationnel » du « raisonnable ». Là où l'argumentation rationnelle se contente de respecter les règles

¹⁴⁹⁷ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, ch.V, « La charge de la preuve de la proportionnalité », inédit, p.559-706.

¹⁴⁹⁸ *Ibid.*, p.594. Souligné dans le texte.

¹⁴⁹⁹ Cf. nos trois tableaux *infra*, n°1391bis, *ter* et *quater*, qui s'articulent autour de règles de distribution de la charge de la preuve « objective ». Les premices apparaissent déjà *infra*, n°1345.

¹⁵⁰⁰ M. ATIENZA, *Las razones del derecho – Teorías de la argumentación jurídica*, 1991, p.240. Dans le même sens, cf. C. PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, *op. cit.*, p.93 : « Mais comme, appliqués à un même texte, les arguments *a simili* et *a contrario* conduisent à des conclusions diamétralement opposées, il faut choisir entre eux, si l'on ne veut pas aboutir à une contradiction ».

¹⁵⁰¹ En ce sens, cf. C. PERELMAN, *Logique juridique et nouvelle rhétorique*, *op. cit.*, p.111 : « [L]'apprentissage d'une langue signifie aussi l'adhésion aux valeurs que cette langue charrie d'une façon explicite ou implicite, aux théories dont elle porte la trace, aux classifications qui sont sous-jacentes à l'emploi des termes ».

¹⁵⁰² Cf. e.a. C. PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, *op. cit.*, p.91-100.

¹⁵⁰³ A. AARNIO, *Le rationnel comme raisonnable*, trad. G. Warland, 1992.

¹⁵⁰⁴ M. ATIENZA, « Les limites de l'interprétation constitutionnelle. Retour sur les cas tragiques », in D. DE BECHILLON, P. BRUNET, V. CHAMPEIL-DESPLATS, E. MILLARD (dir.), *op. cit.*, p.93-108, spéc. p.105-106.

du discours et d'enchaîner les arguments selon une logique imparable, l'argumentation raisonnable *ajoute*¹⁵⁰⁵ à cette structure des éléments « substantiels » tirés de la tradition, de l'histoire et des valeurs qui forgent la communauté juridique. En d'autres termes, « le caractère déraisonnable d'une décision en appelle à des critères qui sont moins juridiques que sociologiques : est déraisonnable ce que l'opinion commune ne peut pas accepter, ce qu'elle ressent comme manifestement inadapté à la situation ou contraire à l'équité »¹⁵⁰⁶.

1249. – Nul ne contestera le bien-fondé de ces réflexions. Sans conteste, même lorsqu'il prétend s'adresser à « l'auditoire universel » – un auditoire obéissant à la seule voix de la raison –, le juge projette un certain nombre de préjugés et de valeurs susceptibles d'emporter l'adhésion de ses lecteurs¹⁵⁰⁷. Il en est notamment ainsi lorsque, affairé à déterminer les règles de répartition du risque de non-persuasion, le juge s'inspire d'un certain nombre de prénotions et d'idées reçues pour distinguer le principe de l'exception, la règle de la dérogation.

§4. Fidélité au réseau de traductions – l'impératif communicationnel

1250. – On l'a dit, le juge ne rend pas ses décisions dans un « *no man's land* » juridique. D'autres foyers de droit contribuent à l'élaboration d'une « version juridique du monde » perpétuellement en chantier. Loin de la structure pyramidale du droit moderne, qui autorisait le juge à n'avoir d'yeux que pour la loi qu'il appliquait, nos ordres juridiques en réseau invitent les préteurs à intégrer les *inputs* provenant des autres « nœuds » de la toile et à générer des *outputs* appelant à leur tour de nouvelles réactions. Loin d'être totalement libres et livrés à eux-mêmes, les juges sont ainsi enserrés dans un vaste réseau de communications qu'il leur appartient d'alimenter. Tout comme la prolifération des synapses entre les neurones favorise le développement cérébral, la multiplication des connexions entre les différents foyers de droit nourrit le développement du système juridique.

1251. – Ces affirmations soulèvent d'entrée de jeu deux interrogations, que l'on s'efforcera de rencontrer tour à tour. D'une part, en quoi les juges sont-ils contraints de « jouer le jeu » du réseau, de prendre en compte les attentes des autres foyers de droit et de communiquer autant que possible avec eux (*i*)? D'autre part, comment se concrétise cet « impératif communicationnel » dans une structure juridique en réseau (*ii*)?

1252. - (*i*) On peut avancer au moins trois raisons en soutien de l'impératif communicationnel auquel sont soumis les juges contemporains. La première raison tient dans ce qu'un tel impératif constitue sans doute la meilleure réponse aux accusations de « gouvernement des juges » proférées par les

¹⁵⁰⁵ « [I]l faut éviter d'unilatéraliser à son tour le sens commun, d'en faire le *shiboleth* de la pensée pratique, la clé ultime de toute réflexion éthique, juridique ou politique. En effet, si l'on en venait à faire cela, rien n'empêcherait (...) le glissement de l'esprit de finesse à l'acceptation des valeurs dogmatiquement reçues par l'auditoire (rien de plus facile, pour convaincre les gens, que de leur susurrer ce qu'ils désirent entendre parce que cela correspond à leurs penchants intimes). Le sens commun est là pour pallier les insuffisances du rationalisme, non pour en dénoncer les fins » (G. HAARSCHER, « Après Perelman », *loc. cit.*, p.227).

¹⁵⁰⁶ C. PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, *op. cit.*, p.118-119.

¹⁵⁰⁷ On notera à cet égard la différence entre l'auditoire universel de Perelman et la « situation idéale de parole » de J. Habermas. Là où la seconde renvoie bel et bien à un idéal contrefactuel dans lequel seule compte la logique du meilleur argument *rationnel*, la première s'entend d'une projection opérée par le « rhéteur », qui vise certes à convaincre tout homme doué de raison, mais qui demeure toujours tributaire de certains préjugés, de certaines valeurs à ce point assimilées par le rhéteur qu'il n'en a même plus conscience. C'est ainsi que si, « à la limite, la rhétorique efficace pour un auditoire universel serait celle ne maniant que la preuve logique », en réalité, « l'auditoire universel est constitué par chacun à partir de ce qu'il sait de ses semblables, de manière à transcender les quelques oppositions dont il a conscience. Ainsi, chaque culture, chaque individu a sa propre conception de l'auditoire universel, et l'étude de ces variations serait fort instructive, car elle nous ferait connaître ce que les hommes ont considéré, au cours de l'histoire, comme *réel*, *vrai* et *objectivement valable* » (C. PERELMAN, L. OLBRECHT-TYTECA, *op. cit.*, p.42-43). Dans cette perspective, il n'est pas interdit de considérer que s'il avait pris part à la fameuse controverse entre J. Habermas et H.G. Gadamer sur la possibilité d'une pensée critique délivrée de tout préjugé (cf. J.M. AGUIRRE ORAA, *Raison critique ou raison herméneutique ? Une analyse de la controverse entre Habermas et Gadamer*, 1998), Perelman aurait probablement occupé une position médiane. Cette conception « particulariste » de l'auditoire universel est du reste entretenue par G. CHRISTIE (*L'auditoire universel dans l'argumentation juridique*, trad. G. Haarscher, 2005).

légataires de Montesquieu. Ce sont principalement les juges du « contentieux objectif » qui sont ici visés, eux qui disposent du pouvoir exorbitant d'annuler les normes édictées par les représentants du peuple. L'activisme de la *Supreme Court* aidant, la doctrine américaine a sans doute été la plus prolifique et la plus active dans la recherche de solutions à ce qu'A. Bickel dénommait le « *countermajoritarian difficulty* »¹⁵⁰⁸. Des théories élaborées ont été mises sur pied, cherchant à justifier et/ou à encadrer le pouvoir des juges suprêmes¹⁵⁰⁹. C'est ainsi qu'a émergé assez récemment l'idée selon laquelle ces juges n'étaient – ou ne devraient être – que des participants parmi d'autres à un « dialogue constitutionnel » de grande ampleur, impliquant également des organes non juridictionnels, et en particulier le pouvoir législatif¹⁵¹⁰. Sans s'appesantir sur ce thème du dialogue constitutionnel, on en reconnaîtra toute la pertinence dans le cadre du « droit en réseau ». S'il est vrai que les juridictions constitutionnelles figurent parmi « les pouvoirs, tantôt concurrents, tantôt complémentaires, investis de la tâche de représenter [l]e peuple pluriel »¹⁵¹¹ de nos sociétés contemporaines, alors il faut reconnaître que leur légitimité dépend de leur capacité à stimuler la communication et le débat avec les autres foyers de droit détenteurs d'une parcelle de la souveraineté populaire.

1253. – Cet « impératif communicationnel » obéit également à des motivations plus philosophiques. Nul n'ignore que le « désenchantement du monde » et la crise contemporaine de la raison ont conduit des auteurs tels que J. Habermas¹⁵¹² et K.O. Apel¹⁵¹³ à plaider en faveur d'une « éthique communicationnelle ». Fondée sur le refus de tout argument d'autorité et sur la répudiation de toute forme de transcendance, cette théorie soutient que le seul critère éthique valide est d'ordre procédural. Seule une discussion rationnelle, ouverte à tous, et menée selon la règle du meilleur argument, est de nature à garantir le bien-fondé d'une position morale. Le caractère contrefactuel d'une telle discussion – reposant sur une « situation idéale de parole » – ne disqualifie pas pour autant ce retour en faveur de la raison délibérative. Dans un monde privé de repères axiologiques fixes, la discussion rationnelle s'impose en effet comme le « moins mauvais » chemin menant à la prise de position éthique. Le lecteur aura déjà saisi toute la pertinence de cette éthique communicationnelle pour notre juge-traducteur dès lors que dans le droit en réseau, les prétoires deviennent un lieu privilégié d'expression et de résolution des dilemmes moraux les plus délicats. La prise en compte des points de vue des autres acteurs du droit et l'adoption de décisions susceptibles d'alimenter le débat démocratique apparaissent ici comme une réponse évidente aux exigences de cette nouvelle éthique désenchantée.

1254. – Enfin, qui ne voit que l'impératif communicationnel trouve encore sa raison d'être dans des considérations d'ordre simplement pragmatique ? Avec J. Lenoble¹⁵¹⁴, il faut en effet pointer les insuffisances des théories classiques – positivistes ou herméneutiques – du droit, qui concentrent leurs analyses sur les rapports entre le juge et les normes – formellement valides – qu'ils sont amenés à appliquer. Dans cette conception très pyramidale du droit et du pouvoir, seule importe la correspondance entre la décision judiciaire et les règles situées en son amont. En revanche, nul regard pour l'aval. Aucune attention n'est prêtée aux conditions et au contexte d'application de la décision, tant est présupposée la confiance des destinataires du jugement et, partant, l'effectivité de celui-ci.

¹⁵⁰⁸ A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, 2nd ed., 1986, p.16.

¹⁵⁰⁹ Parmi les plus célèbres, cf.e.a. ID., *op. cit.* ; J. ELY, *Democracy and Distrust*, 1980.

¹⁵¹⁰ Cf. déjà l'ouvrage du politologue L. FISHER, *Constitutional Dialogues*, 1988. Pour une synthèse lumineuse et très complète de ces théories du dialogue constitutionnel, cf. C. BATEUP, « The Dialogic Promise : Assessing The Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue », *Brooklyn L. Rev.*, 2006, vol.71, disponible à l'adresse <http://lsr.nellco.org/nyu/plltwp/papers/11>.

¹⁵¹¹ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p.55. *Adde* : « En réalité, on s'en aperçoit maintenant, en lieu et place d'un souverain unitaire (le Parlement omnipotent, telle Cour toute puissante,...), c'est à un réseau d'acteurs qu'on a affaire, dont le faisceau de volontés, tantôt concurrentes, tantôt convergentes, représentent ce qu'il est convenu d'appeler « la » Constitution – autant d'approximations de la volonté du peuple, lui-même multiple, et très en retrait sans doute par rapport aux promesses qu'il s'est faites dans les textes fondamentaux » (p.63).

¹⁵¹² J. HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel*, trad. J.-M. Ferry et J.-L. Schlegel, 1987.

¹⁵¹³ K.O. APEL, *Sur le problème d'une fondation rationnelle de l'éthique à l'âge de la science : l'a priori de la communauté communicationnelle et les fondements de l'éthique*, trad. R. Lellouche e.a., 1987.

¹⁵¹⁴ Cf. J. LENOBLE, « La question de l'application en droit au-delà d'une approche herméneutique », in *Mélanges J. van Compernelle*, 2004, p.323-365.

L'autorité d'une décision judiciaire n'est pourtant jamais acquise dans un ordre juridique en réseau tout à la fois privé d'une morale conventionnelle forte et ourlé de « boucles étranges » offrant aux justiciables mille canaux pour contester et influencer le « cours du droit ». Dans ce contexte, le juge est donc naturellement invité à s'enquérir des conséquences de sa décision, à respecter les attentes des autres acteurs du « jeu en réseau », et à rendre des décisions susceptibles de nourrir une discussion aboutissant à la « construction de ce « sens commun » qui pouvait, sans dommage, être supposé donné dans les contextes de légitimation « forte » »¹⁵¹⁵.

1255. – (ii) Une fois accepté en son principe, cet impératif communicationnel demande encore à être explicité. Ses implications concrètes doivent être précisées à la lumière des trois caractéristiques principales des ordres juridiques en réseau : la circularité, la polycentricité et l'ouverture¹⁵¹⁶.

1256. – La *circularité* du droit en réseau donne à l'impératif communicationnel la forme d'une triple exigence. D'une part, il s'agit pour le juge d'*intégrer* les *inputs* qui lui parviennent des autres points du réseau. Les modifications législatives et les développements jurisprudentiels même formellement étrangers au domaine d'application d'un litige particulier peuvent ainsi en influencer la résolution, dès lors qu'ils témoignent d'évolutions plus générales au niveau de la perception du système juridique ou de ses acteurs. D'autre part, le juge est invité à générer des *outputs* susceptibles de *stimuler* la discussion en appelant des réactions de la part d'autres foyers de droit. En ce sens, on ne saurait trop insister sur la nécessité de rendre des décisions de principe qui établissent une ligne jurisprudentielle claire, susceptible de recevoir l'approbation ou la réprobation des autres points du réseau. Ainsi, « [s'] il s'agit de *dire le droit* en énonçant une norme à portée individuelle formant le dispositif de la décision, afin de trancher tel litige concret, il faut aussi dire le droit *applicable à toutes les hypothèses semblables*, en formulant, cette fois dans les motivations de la décision, la règle générale et abstraite virtuellement applicable aux *hypothèses semblables* qui viendraient à se présenter à l'avenir »¹⁵¹⁷. Enfin, le juge doit encore *anticiper* les conséquences de ses décisions et « retraduire les traductions de ses propres décisions » pour le dire comme G. Teubner¹⁵¹⁸. L. Tribe n'affirme pas autre chose lorsque, confronté à la circularité de l'ordre juridique, il appelle les juges de la Cour suprême américaine à délaisser le modèle newtonien pour s'aviser de la « courbure de l'espace constitutionnel »¹⁵¹⁹. Tout comme Einstein nous a appris que l'espace est courbe et que les objets qui le peuplent influencent sa forme et sa structure, il faut se rendre compte que « [e]ach legal decision restructures the law itself, as well as the social setting in which law operates »¹⁵²⁰ et que « [t]he results courts announce (...) will in turn have continuing effects that reshape the nature of what the courts initially undertook to review, even beyond anything they directly order to anyone to do or refrain from doing »¹⁵²¹. Le juge doit donc tenir compte de l'« effet transformateur » de sa décision et se rappeler que cet *output* lui reviendra, tôt ou tard, sous la forme d'un *input*.

1257. – La *polycentricité* du droit en réseau n'est pas non plus sans influence sur les modalités d'application de l'impératif communicationnel. Comme on l'a dit plus haut, elle rappelle que l'écriture du droit contemporain s'apparente à un concerto. Et pas plus que l'hautboïste ne peut prétendre jouer la partition du violoncelliste, le juge n'est autorisé à prendre la place du législateur, du constituant, ou même d'un autre juge. Bien au contraire, l'harmonie – l'idéal du droit en réseau ? – ne peut surgir que lorsque, se complétant, se stimulant et se contrôlant les uns les autres, tous les musiciens se cantonnent dans le rôle qui leur est assigné. Il faut donc résister à la tentation de voir dans le juge le « centre du

¹⁵¹⁵ *Ibid.*, p.359.

¹⁵¹⁶ Sur ces trois caractéristiques, cf. *supra*, n°1174 et s.

¹⁵¹⁷ F. OST, « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? », *loc. cit.*, p.41. Souligné dans le texte.

¹⁵¹⁸ « Aujourd'hui, les effets pertinents du droit moderne ne se situent pas dans le monde vécu diffus des sujets de droit (...) mais dans les sphères spécialisés de la société, lorsque les décisions du jeu de langage juridique sont « traduites » dans leurs jeux de langage spécifiques (...). De son côté, le droit devrait être mis en mesure de prendre en compte, par « retraduction », la forme langagière chaque fois spécifique de ces « traductions » ». (G. TEUBNER, « *Altera pars...* », *loc. cit.*, p.118).

¹⁵¹⁹ L. TRIBE, « The Curvature of the Constitutional Space. What Lawyers Can Learn From Modern Physics », *Harvard L.R.*, 1989, vol.103, p.1-39.

¹⁵²⁰ *Ibid.*, p.8.

¹⁵²¹ *Ibid.*, p.20.

système juridique »¹⁵²² ou le seul gardien des promesses de notre société. Le juge doit quant à lui renoncer à occuper cette position de surplomb qui, dans le droit en réseau, n'appartient à personne. Il lui faut bien plutôt faire preuve de modestie et reconnaître le caractère *décentré* de sa propre contribution au dialogue normatif. Cette consigne peut-être un peu mystérieuse s'éclairera lorsqu'elle sera appliquée, un peu plus loin, à notre objet d'étude¹⁵²³.

1258. – Enfin, l'*ouverture* propre aux ordres juridiques en réseau rappelle que l'impératif communicationnel ne connaît pas de frontières et s'étend aux foyers de droit situés dans des pays ou sur des continents étrangers. Avec G. Canivet, on fera ainsi l'« éloge de la « bénévolance » des juges » qui se tournent vers leurs homologues étrangers ou supranationaux pour leur emprunter telle ou telle jurisprudence afin de la transposer – traduire ? – dans leur ordre juridique interne¹⁵²⁴. S'appuyant eux aussi sur la métaphore du réseau, A. Fischer-Lescano et G. Teubner vont jusqu'à plaider pour une sorte de « déférence par défaut » à l'égard des décisions rendues dans d'autres ordres juridiques étrangers¹⁵²⁵. Tout en se gardant bien de promouvoir *pour eux-mêmes* les phénomènes de convergence jurisprudentielle¹⁵²⁶, on reconnaîtra dans ce respect dû à la parole de l'autre les germes d'une « situation idéale de parole » propre à féconder l'horizon de l'éthique communicationnelle. Loin de causer un appauvrissement ou une perte d'identité de la « langue juridique nationale »¹⁵²⁷, ce dialogue quasi « œcuménique » contribuera bien au contraire à un enrichissement mutuel. Enfin, on ajoutera que dans le cadre de ce grand forum judiciaire mondial, les juges sont non seulement invités à « regarder chez le voisin », mais également à nourrir le dialogue en forgeant à leur tour des décisions « exportables ».

§5. La triple clôture du flou et l'horizon de la traduction « relevante »

1259. – Après avoir examiné successivement les trois types de balises qui, *en amont, en aval, et depuis l'extérieur* de la *iurisdictio*, étaient susceptibles d'orienter la « traduction juridictionnelle », il convient à présent de s'interroger sur la possibilité même de leur articulation.

1260. – A cet égard, on commencera par noter que si les théories de l'interprétation et de l'argumentation se sont longtemps développées côte à côte, plus personne aujourd'hui – ou presque¹⁵²⁸ – ne semble contester leur complémentarité. Indéniablement, il en va ici du juge comme du traducteur : appelé à servir deux maîtres, l'auteur et le lecteur, son talent se mesure à sa capacité à

¹⁵²² Comme semble le voir N. Luhmann (cf. K.-H. LADEUR, « The Theory of Autopoiesis as an Approach to a Better Understanding of Postmodern Law. From the Hierarchy of Norms to the Heterarchy of Changing Patterns of Legal Interrelationships », EUI Working Paper LAW No. 99/3, disponible à l'adresse www.jeanmonnetprogram.org/papers/99/991007.html p.15 : « according to N. Luhmann, the judicial decision-making system is the centre of the legal system whereas the legislature is to be located at its periphery »). Dans le même sens, cf. A. FISCHER-LESCANO, G. TEUBNER, « Regime-Collisions : The Vain Search For Legal Unity in the Fragmentation of Global Law », *Mich.J.L.*, vol.25, 2004, p.999-1046, spéc. p.1012-1013.

¹⁵²³ Cf. *infra*, n°1368-1369 et 1381.

¹⁵²⁴ G. CANIVET, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales – Eloge de la « bénévolance » des juges », *R.S.C.*, 2005, p.799-817.

¹⁵²⁵ A. FISCHER-LESCANO, G. TEUBNER, *loc. cit.*, p.1039-1045.

¹⁵²⁶ Sur cette réserve, cf. *supra*, n°505-509.

¹⁵²⁷ Cf. à cet égard le point de vue de F. Michaelman, exposé et critiqué par A-M Slaughter : « To view American constitutional law as a *discourse* is to see it as something beyond a raw deposit of substantive rules, doctrines, results and precedents. It's to see the law as composed of an entire broad-sense « vocabulary » or dialect (...) in which American constitutional lawyers and judges frame, convey, and comprehend their forensic exchanges. To speak of the *integrity* of this discourse is to speak of its unbroken identity through time as a distinctly cognizable, self-contained discursive object (...) » (F. MICHAELMAN cité par A-M. SLAUGHTER, « A Brave New Judicial World », in M. IGNATIEFF (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, 2005, p.291).

¹⁵²⁸ Cf. R. SCHMETZ, « « Argumenter et/ou interpréter » selon P. Ricoeur : vraie et/ou fausse dialectique ? », *Cahiers Esphi*, n°28, qui oppose radicalement l'argumentation, conçue comme *traduction* visant à la clôture du texte, et l'interprétation, qui ouvre quant à elle le texte à une multitude de significations. Il est toutefois difficile de comprendre en quoi cette compréhension des notions d'argumentation et d'interprétation fait obstacle à la combinaison de l'un et de l'autre dans le cadre du raisonnement juridique. Car si l'interprétation a pour objet de dégager plusieurs sens au texte, l'argumentation permet ensuite d'opérer une sélection parmi ces significations. L'antinomie apparente débouche donc sur une complémentarité féconde.

assumer cette double fidélité¹⁵²⁹. Dans ce délicat exercice d'équilibriste, se laisse apercevoir à la fois le risque et la fécondité de la traduction juridictionnelle.

1261. – Le risque, c'est l'éternelle tentation de privilégier l'un des deux maîtres. Du côté de la langue source, surgit alors le problème de la traduction ou de l'interprétation littérale, arrachant le texte à son contexte d'origine et le restituant devant un auditoire ou un lectorat incrédule. Du côté de la langue cible, menace le risque de la dictature d'une opinion publique changeante, liant les mains d'une rhétorique trop attachée à convaincre pour réellement prêter attention au « matériel interprétatif »¹⁵³⁰.

1262. – La fécondité de la traduction juridictionnelle résulte de son utilisation conjointe des méthodes interprétatives et argumentatives. Il apparaît en effet que seule la combinaison des balises fournies par les langues « source » et « cible » permet de véritablement circonscrire le « flou du droit ». Le recours exclusif aux techniques de l'interprétation renvoie l'interprète à la texture ouverte du texte et à une multitude de significations également valables. Prise isolément, l'argumentation ne fait guère mieux. Les limites « formelles-rationnelles » du discours juridique ne suffisent pas à opérer une sélection parmi toutes les solutions qui se présentent au juge, et les valeurs et lieux communs qui structurent la société sont à ce point hétérogènes et variables qu'ils importent le flou dans le droit bien plus qu'ils ne l'en débarrassent.

1263. – En revanche, P. Ricoeur a fort bien montré qu'une fois combinées l'une à l'autre, les ressources interprétatives et argumentatives se renforcent mutuellement et encadrent efficacement la liberté du juge¹⁵³¹. D'une part, l'argumentation permet de sélectionner la meilleure interprétation parmi toutes celles auxquelles se prête le texte¹⁵³². D'autre part, l'interprétation nourrit et oriente l'argumentation, principalement au niveau de ce que l'on a appelé la « justification externe » de la décision¹⁵³³. En prolongeant nos audacieuses métaphores, on pourrait ainsi considérer que

¹⁵²⁹ Sur la double fidélité du traducteur, cf. e.a. F. OST, « Les détours de Babel. La traduction comme paradigme », inédit, p.35 ; P. RICOEUR, « Le paradigme de la traduction », *loc. cit.*, p.135 ; G. STEINER, *op. cit.*, p.249 : « Faut-il qu'une bonne traduction infléchisse sa langue en direction de l'original et crée ainsi une zone délibérément inquiétante, un anneau d'ombre ? Ou doit-elle assimiler les traits spécifiques de la langue importée jusqu'à ce qu'elle soit chez elle dans l'univers linguistique du traducteur et de ses lecteurs ? Herder limite les deux possibilités par un jeu de mots : une traduction est soit *Uebersetzung* et tend à une fusion aussi poussée que possible avec l'original, soit *Uebersetzung* et fait porter l'accent sur la création (*setzen*) dans la langue d'arrivée ». Sur la double fidélité du juge, mais dans un sens quelque peu différent, cf. G. ZAGREBELSKY, *Le droit en douceur*, trad. M. Leroy, 2000, p.131 ; F. OST, « Le droit comme traduction », inédit, p.14.

¹⁵³⁰ Sur les dangers d'un raisonnement juridictionnel exclusivement guidé par le désir de plaire à l'opinion publique, cf. A. BARAK, « L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la Cour suprême dans une démocratie », *R.F.D.C.*, 2006, n°66, p.227-302, spéc. p.252 : « La nécessité de s'assurer la confiance du public ne signifie pas qu'il faille rechercher la popularité. La confiance du public ne veut pas dire aller dans le sens de la tendance générale ou des sondages d'opinion (...). La confiance du public ne signifie pas qu'il faille lui plaire ; la confiance du public ne signifie pas qu'il faille statuer de manière contraire à la loi, ou contrairement à la conscience du juge, afin de parvenir à un résultat souhaité par le public ». De manière plus radicale, cf. F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, *op. cit.*, t.II, p.81 : « Sans parler de la difficulté, presque insurmontable en fait, d'une constatation convaincante de l'état de l'opinion publique sur une question de droit donnée, j'estime, que le jugement commun, tant qu'il n'est pas traduit en coutume caractérisée, n'a aucun titre à imposer son appréciation, pour la solution des problèmes juridiques ». Dans un sens quelque peu différent, cf. le regard critique porté par E.-W. BÖCKENFÖRDE (« Les méthodes d'interprétation de la Constitution : un bilan critique » *loc. cit.*, p.223-252, spéc. p.229-236) sur les travaux de certains constitutionnalistes allemands (Kriele, Häberle,...) partisans de ce qu'il appelle la « topique problématisante ». Selon celle-ci, le texte constitutionnel n'offre qu'un point de vue parmi d'autres de la manière dont il faut résoudre le cas posé, et il n'est pertinent que dans la mesure où il reflète un consensus au sein de la société. Böckenförde estime cette approche doublement sujette à caution dès lors que, d'une part, elle présuppose un large consensus sur le contenu du prescrit constitutionnel, et que d'autre part, elle réduit le texte constitutionnel à une coquille vide, à un réceptacle destiné à porter haut les valeurs de l'opinion publique.

¹⁵³¹ P. RICOEUR, « Interprétation et/ou argumentation », in P. RICOEUR, *Le Juste 1*, 1995, p.163-183.

¹⁵³² En ce sens, cf. J-M FERRY, « Une approche philosophique de la rationalité juridique », *Droits*, 1993, spéc. p.91 ; R. ALEXY, *A Theory of Legal Argumentation*, *op. cit.*, p.241.

¹⁵³³ Cf. e.a. R. ALEXY, *A Theory of Legal Argumentation*, *op. cit.*, p.234-250. P. Ricoeur estime que l'interprétation opère également au sein de la justification interne, au niveau du syllogisme même (P. RICOEUR, « Interprétation et/ou argumentation », *loc. cit.*, p.178-180). Il explique en effet que loin d'être une opération purement formelle et mécanique, la subsomption du cas sous la règle requiert une pratique véritablement herméneutique. Si l'on est mille fois d'accord avec cette réflexion – cf. *supra*, n°1143 et s., nos réflexions sur l'abduction –, il nous semble cependant qu'elle ne remet pas en cause l'autosuffisance du syllogisme judiciaire. En revanche, elle rappelle que la justification externe passe non seulement par la

l'interprétation donne à la décision-traduction son fil rouge, tandis que l'argumentation lui confère les mots – l'« intelligible » –, la grammaire – le « rationnel » –, et les ressorts symboliques – le « raisonnable – nécessaires pour se faire entendre dans la langue cible.

1264. – Il n'en reste pas moins que cette traduction s'inscrit dans un contexte – le droit en réseau – que son auteur ne peut prétendre ignorer, à la fois pour des raisons démocratiques, philosophiques et pragmatiques¹⁵³⁴. Aussi faut-il ajouter, aux balises de l'interprétation et de l'argumentation, celles de la communication. On rappellera à cet égard qu'une bonne décision juridictionnelle doit parvenir à favoriser le développement des synapses entre les différents neurones du réseau juridique et à intégrer les « informations » qui en proviennent. On notera encore que cet impératif communicationnel se nourrit des ressources de l'argumentation et de l'interprétation et contribue en même temps à leur alimentation.

1265. – Cette mise en tension proprement dialectique¹⁵³⁵ de la triple fidélité du « traducteur-juge » ne doit cependant pas oblitérer la part de liberté inhérente à l'activité juridictionnelle. Les balises de l'argumentation, de l'interprétation et de la communication sont de bien mauvaises conseillères lorsque le juge les utilise pour dissimuler – ou pour *se* dissimuler – l'inextirpable flou du droit. Aussi faut-il maintenant joindre les enseignements de ces deux dernières sous-sections afin d'articuler les dimensions de liberté et de contrainte qui caractérisent toute opération de *iurisdictio*.

1266. – A cette fin, l'on voudrait mobiliser la notion de traduction « relevante » forgée par J. Derrida¹⁵³⁶ : « 'Relevante', cet adjectif (...) doit moins être compris ici comme ce qui convient, ce qui paraît approprié, que comme ce qui est de nature à « relever » l'œuvre traduite. Relever au triple sens de ce qui donne du goût à une préparation culinaire (...), de ce qui élève, tire vers le haut, spiritualise, et enfin et surtout au sens hégélien de *aufheben* : ce qui élève en remplaçant cela même qu'il détruit. Une traduction relevante serait donc une version qui réaliserait l'*Aufhebung* du texte traduit : une mise à mort (on s'en sépare en effet, on abandonne son enveloppe originaire) et en même temps un dépassement qui conserve »¹⁵³⁷.

1267. – C'est précisément dans ce « *dépassement qui conserve* » que se laisse apercevoir l'horizon régulateur de toute traduction juridictionnelle. Le dépassement – qui signale la liberté – concerne à la fois la langue source, la langue cible, et le contexte dans lequel s'inscrit la traduction. Il s'agit d'une part de dépasser le texte d'origine – non seulement le texte de loi, mais aussi tout le matériel interprétatif qui l'entourne – pour tenter de dégager les intérêts, les forces, les principes qu'il véhicule. Il s'agit d'autre part de dépasser les structures de la langue cible, d'en aménager les mots et les catégories pour faire la meilleure place possible à l'étrangeté de la langue source. Il s'agit enfin de dépasser une vision pyramidale du droit et d'abandonner une conception monologique de la *iurisdictio* pour assumer pleinement la liberté du « traducteur en réseau ».

1268. – Ce dépassement n'est toutefois pas sans bornes. La « conservation » constitue à la fois sa visée et sa limite. Cette exigence de conservation se rapporte évidemment d'abord au message qui trouve à s'exprimer dans et par-devers le texte d'origine. Mais c'est aussi, pourrait-on ajouter, celle qui conditionne l'intelligibilité de l'œuvre traduite et empêche le traducteur de fouler au pied toutes les structures de la langue cible au point de la rendre incompréhensible à ses locuteurs¹⁵³⁸. Et c'est enfin, osera-t-on affirmer, la nécessité d'entretenir et d'alimenter le réseau de connexions qui unissent les

construction de la majeure – la norme générale concrétisée – mais également par l'élaboration de la mineure – le cas « abduit », qualifié en droit. Et il est incontestable que cette double opération renferme une dimension herméneutique.

¹⁵³⁴ Cf. *supra*, n°1252 et s.

¹⁵³⁵ Cf. F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p.421.

¹⁵³⁶ J. DERRIDA, *Qu'est-ce qu'une traduction relevante ?*, *op. cit.* Dans le même sens, cf. F. OST, « Les détours de Babel – La traduction comme paradigme », inédit, p.43 ; A. BAILLEUX, « Les traductions de la Cour de justice », *loc. cit.*, p.73, 81-82, 94-95.

¹⁵³⁷ F. OST, « Les détours de Babel – La traduction comme paradigme », inédit, p.43.

¹⁵³⁸ Notre position a évolué sur ce point depuis notre article intitulé « Les traductions de la Cour de justice », *loc. cit.*

« traducteurs du droit », à mille lieues de l'image trop souvent accréditée d'un juge suprême et monadique trônant sur les ruines du droit moderne.

1269. – Point n'est besoin d'insister sur le caractère largement contrefactuel d'une telle « traduction relevante ». Il s'agit là à notre sens d'un idéal régulateur qui, à tout le moins dans les « cas difficiles », doit guider le juge dans la recherche de *sa* bonne solution. Il convient maintenant de montrer, *en première approximation*, la fécondité de cet horizon régulateur dans le cadre de notre objet d'étude.

*
* *

1270. – Avant de se lancer dans ces nouveaux développements qui nous ramèneront sur la scène juridictionnelle européenne, le lecteur sera peut-être heureux de marquer un temps d'arrêt pour se remémorer le fil de cette section. Rappelons dès lors que le but de celle-ci consistait à éclairer, à travers la métaphore de la « traduction en réseau », les parts de liberté et de contrainte présentes dans toute décision juridictionnelle. Quant à la *liberté* d'une part, on a tenté de montrer qu'elle trouvait sa source à la fois dans le hiatus qui sépare les « mots du droit » de la réalité qu'ils entendent traduire et dans l'indétermination inhérente à nos ordres juridiques en réseau. Quant à la *contrainte* d'autre part, on a vu qu'elle s'enracinait dans une triple fidélité : à la langue source d'abord, à la langue cible ensuite, et enfin aux traductions des autres foyers de droit. Nos réflexions se sont terminées sur un « geste syncrétique », prétendant ramasser sous l'idéal régulateur de la « traduction relevante » ces dimensions apparemment contradictoires mais néanmoins constitutives de la *iurisdictio*. À présent, l'on va essayer de donner de la « chair » à cet horizon de la « traduction relevante » en l'appliquant aux relations entre droits fondamentaux et libre circulation dans la jurisprudence communautaire.

Section 3. Entre droits fondamentaux et libre circulation, les traductions en réseau de la Cour de justice

« 1. Selon un juriste hispano-américain, il y a trois sortes de juges: les artisans, véritables

automates qui, n'utilisant que les mains, produisent des arrêts en série et en quantité industrielle, sans entrer à considérer ce qui touche à l'humain et à l'ordre social ; les acteurs, qui utilisent les mains et le cerveau, en se soumettant aux méthodes d'interprétation traditionnelles, qui les conduisent inévitablement à se contenter de transcrire la volonté du législateur ; et les artistes, qui, à l'aide des mains, de la tête et du cœur, ouvrent des horizons meilleurs aux citoyens, sans tourner le dos aux réalités et aux situations concrètes.

2. Bien qu'ils soient tous nécessaires pour mener à bien la tâche juridictionnelle, la Cour, assumant le rôle qui lui revient, s'est toujours identifiée à la dernière catégorie, notamment lorsque l'inéluctable évolution des idées ayant conduit à la naissance de la Communauté a ralenti. »¹⁵³⁹

1271. – Les pages qui suivent constituent à la fois un « exercice pratique », visant à appliquer les réflexions théoriques qui précèdent, et une « passerelle », jetant un pont vers les propositions concrètes et détaillées qui formeront le prochain – et dernier – chapitre de cette étude. Il s'agit à présent de démontrer la pertinence de la métaphore de la « traduction en réseau », non seulement pour *décrire*, mais également – et surtout – pour *orienter* la jurisprudence relative aux rapports entre droits fondamentaux et libre circulation. Rien d'étonnant, dès lors, à ce que la structure de cette section soit calquée sur celle de la précédente. Ici comme là, nous opérerons en deux temps. Il conviendra d'abord de mesurer la grande liberté dont jouit la CJCE lorsqu'elle est amenée à opérer des traductions juridictionnelles *dans* et *à partir de* ces relations entre droits de l'homme et libertés de circulation (A). Il importera ensuite d'identifier les balises qui, tantôt dans la langue source, tantôt dans la langue cible, tantôt dans le contexte, sont susceptibles d'encadrer et de guider ce processus traductif (B).

A. Le flou assumé

1272. – On n'a cessé de le rappeler, le flou est omniprésent dans la jurisprudence de la Cour de justice relative aux rapports entre droits fondamentaux et libre circulation. Il se rencontre d'abord dans le texte du traité lui-même, qui confère au traducteur-juge une liberté sans pareil et obscurcit jusqu'aux termes de notre équation (§1^{er}-a)). Il affecte ensuite la structure même de l'ordre juridique communautaire, attaquant à la fois ses étages et ses frontières, privant les juges du Kirchberg de tout repère fixe et rassurant (§2-a)). Nous considérons que la Cour de justice doit assumer et exploiter cette double source d'indétermination. Elle doit d'abord tirer profit des lacunes du texte, assumer le caractère contrefactuel des catégories juridiques et remodeler celles-ci au regard des intérêts et des valeurs qu'elles traduisent (§1^{er}-b)). Elle doit ensuite changer de perspective et voir que sur les ruines des anciennes frontières se tissent aujourd'hui des connexions susceptibles de nourrir son raisonnement juridique (§2-b)).

§1^{er}. Les silences du texte – liberté et chance de la Cour

a) Le droit, masque et bouclier de l'activisme judiciaire

1273. – Nul ne contestera que lorsqu'elle traite des rapports entre droits fondamentaux et libre circulation, la Cour de justice n'est guère assujettie aux directives d'un texte clair ou d'un rédacteur univoque (i). En résulte une liberté extrêmement large, qui caractérise aussi bien le processus de traduction-qualification (ii) que celui de traduction-concrétisation (iii). Construites de toutes pièces et non déduites d'une improbable « essence juridique », ces traductions véhiculent une véritable « politique du juge » (iv).

¹⁵³⁹ Conclusions de l'AG RUIZ JARABO-COLOMER, C-11/06 et C-12/06 *Rhiannon Morgan c. Bezirksregierung Köln et Iris Bucher c. Landrat des Kreises Düren*, 20 mars 2007, non encore publié au Recueil (références omises).

1274. – (i) Nul n'ignore que les traités européens regorgent de « notions indéterminées »¹⁵⁴⁰ qui assurent à leur interprète une immense liberté. Il n'est plus l'heure de s'en émouvoir, tant il est désormais bien admis que « (...) the Treaty is not the product of a legislative process but of diplomatic negotiations. It contains language on which the national delegations were able to reach agreement, but that is all. It cannot be inferred that the delegations were all in agreement on the precise scope of each provision, still less that there was agreement that the Treaty did not cover issues that were not expressly dealt with »¹⁵⁴¹.

1275. – S'il apparaît nécessaire à la formation d'un accord entre l'ensemble des parties contractantes, le maintien du « flou » dans le texte des traités est par ailleurs facilité par le multilinguisme inhérent à la construction européenne. Inutile de rappeler à cet égard que « legal terms currently used in one language may have no exact equivalent in another », de telle sorte que les malentendus et les divergences d'interprétation sont soigneusement entretenus et amplifiés par la co-existence de vingt-trois versions officielles des traités¹⁵⁴². Il n'est pas davantage besoin d'insister sur la difficulté supplémentaire qui en résulte pour la Cour, qui se trouve confrontée à des problèmes de traduction au sein même du texte qu'elle est appelée à... traduire dans le droit. Notons enfin que la raison même de ce « flou textuel » rend illusoire toute entreprise de recherche de l'intention du « constituant ». En effet, c'est précisément l'indétermination de cette intention partagée, l'ambiguïté de cette volonté collective, que dissimule – ou plutôt que reflète – le laconisme des traités¹⁵⁴³.

1276. – Indubitablement, les notions de « libre circulation » et de « droit fondamental » sont les premières victimes de ce flou textuel. Mentionnée au nombre des principes énumérés à l'article 3 CE et figurant dans l'intitulé des titres I et III de la troisième partie du traité CE, la « libre circulation » ne reçoit nulle part une définition claire. A lire les traités, il s'agit moins d'une norme que d'un principe ou d'un objectif dont la satisfaction exige le respect d'un certain nombre de règles détaillées dans le traité. Mais ces règles elles-mêmes – abolition des discriminations fondées sur la nationalité, interdiction des restrictions à l'importation, etc. – sont trop vagues et englobantes pour lier leur interprète.

1277. – Il n'en va pas différemment de la notion de « droit fondamental » ou de « droit de l'homme ». C'est en vain que l'on chercherait une définition officielle de ces termes dont l'attachement est proclamé avec tant de force dans le préambule et dans l'article 6 du traité UE. Certes, la Charte des droits fondamentaux contient une liste de ces derniers. Mais sauf à se satisfaire d'une compréhension purement nominaliste, on reconnaîtra qu'une définition requiert davantage qu'une énumération, *a fortiori* lorsque celle-ci exclut expressément toute prétention à l'exhaustivité.

1278. – (ii) Cette approche nominaliste fut pourtant la nôtre depuis le début de cette étude. On comprend maintenant pourquoi il s'agissait là moins d'une option délibérément prise que d'un choix contraint et forcé. C'est qu'en l'absence de critère permettant de déterminer *a priori* les signifiés des signifiants « droits de l'homme » et – dans une moindre mesure – « libre circulation », il fallait bien s'en remettre à ce que la Cour elle-même en disait. En d'autres termes, l'inéluctabilité de ce

¹⁵⁴⁰ H. BAUER-BERNET, « Notions indéterminées et droit communautaire », in C. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, 1984, p.269-287.

¹⁵⁴¹ A. ARNULL, « The European Court and Judicial Objectivity: A Reply to Professor Hartley », *L.Q.R.*, 1996, vol.112, p.412.

¹⁵⁴² O. DUE, « Understanding the Reasoning of the Court of Justice », in G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS *e.a.* (dir.), *Mélanges en hommage à Fernand Shockweiler*, 1999, p.73-85, ici p.76.

¹⁵⁴³ Sur le refus de la Cour de justice d'interpréter le traité CE en recherchant l'intention du « constituant », cf.e.a. J-P. PUISOCHET, « Des Traités et des juges : la fonction de la jurisprudence dans l'élaboration du droit communautaire », in G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS *et al.*, *Problèmes d'interprétation - A la mémoire de Constantinos N. Kakouris*, 2004, p.303-320, spéc. p.315 ; H.G. SCHERMERS, « The European Court of Justice: Promoter of European Integration », *A.J.C.L.*, 1974, vol.22, p.444-464, spéc. p.456-457 ; F. SCHOCKWEILER, « La Cour de justice des Communautés européennes dépasse-t-elle les limites de ses attributions ? », *J.T.D.E.*, 1995, p.73-80, spéc. p.74. En revanche, la Cour semble aujourd'hui encline à consulter les travaux préparatoires de la législation communautaire : cf. S. SCHONBERG, K. FRICK, « Finishing, refining, polishing: on the use of *travaux préparatoires* as an aid to the interpretation of Community legislation », *E.L.R.*, 2003, p.149-171.

nominalisme témoigne de la très grande liberté dont jouit la CJCE dans la définition des deux termes de notre objet d'analyse.

1279. – A dire vrai, la question même des *rapports* – à tout le moins des rapports « explicites » – entre libre circulation et droits fondamentaux prend appui sur le résultat d'une opération de « traduction-qualification » qui est tout sauf évidente. Cette question aurait fort bien pu ne jamais apparaître dans la jurisprudence de la Cour. Sans même aller jusqu'à envisager l'hypothèse où la Cour aurait refusé de consacrer les droits de l'homme au sein de la « constitution » européenne, on conviendra que la simple présence d'alliances et de conflits entre droits de l'homme et libertés de circulation est tributaire d'une certaine « tournure » du langage juridique qui ne renvoie en rien à une quelconque « essence du droit ».

1280. – Du côté des *alliances*, il nous a ainsi été donné de constater que les libertés de circulation *telles que définies par la Cour* recoupaient largement – et dans certains cas, recouvraient totalement – les droits fondamentaux au libre exercice de l'activité économique, à la non-discrimination en raison de la nationalité, ou... à circuler librement. Ce type d'alliances « génétiques », d'ordinaire invisible aux yeux nominalistes, est de temps à autre mis en exergue par la Cour ou par un avocat général dans un exercice rhétorique qui n'a rien d'innocent. Mais l'artificialité de ces « partenariats » se laisse observer en bien d'autres endroits. Que toute alliance se résume à une construction de l'esprit jouant sur une définition plus ou moins large des termes de la coalition, voilà qui ressort clairement des alliances « nécessaires » et « volontaires », fondées sur l'idée que toute atteinte à un droit fondamental met en péril l'exercice de la libre circulation. Nul ne contestera que ces alliances reposent tout entières sur la liberté du juge de définir comme il lui plaît les contours des libertés de circulation.

1281. – Il en va exactement de même du côté des *conflits*. A l'évidence, il n'y aurait pas eu d'arrêt *Schmidberger* si la Cour n'avait préalablement *décidé* d'étendre la portée des libertés de circulation aux entraves non-discriminatoires au commerce intracommunautaire. On se remémorera par ailleurs la proposition de certains auteurs de doctrine, suggérant de transposer la jurisprudence *Keck et Mithouard* aux situations de conflits entre droits fondamentaux et libre circulation¹⁵⁴⁴. En faisant échapper au champ d'application de cette dernière toute mesure fondée sur la protection d'un droit de l'homme, ce raisonnement – que la Cour est libre d'adopter demain si elle le désire – permettrait d'éviter la survenance de toute forme de conflit. Droits de l'homme et libertés de circulation se côtoieraient sans s'opposer, le « territoire » des secondes s'arrêtant là où commence celui des premiers.

1282. – Ces quelques exemples auront suffi à prendre toute la mesure de la liberté que procure au « traducteur-juge » la plasticité des mots de la langue source. Moins encore que la traduction interlinguistique, la traduction des faits de la cause dans les catégories juridiques « droits de l'homme » et « libertés de circulation » n'obéit à une quelconque « nature des choses ».

1283. – (iii) La liberté du juge communautaire n'apparaît guère plus bridée au stade de la « traduction-concrétisation »¹⁵⁴⁵. Rien dans le texte des traités ne semble prédéterminer l'agencement des rapports entre les droits fondamentaux et les libertés de circulation. Force est de reconnaître, d'abord, que les « maîtres des traités » se sont bien gardés de régler la question des *conflits* entre ces principes fondateurs de la construction communautaire. La Charte des droits fondamentaux prévoit bien des dérogations au respect des droits de l'homme, de même que le traité CE reconnaît l'existence d'exceptions aux libertés de circulation. Nulle part cependant n'est précisé lequel, de la liberté communautaire ou du droit de l'homme, doit bénéficier sur l'autre d'une *priority in adjustment*, pour

¹⁵⁴⁴ Cf. *supra*, n°699 et s.

¹⁵⁴⁵ Cette liberté au double stade de la qualification et de la concrétisation se retrouve largement dans les dix sources du pouvoir discrétionnaire de la CJCE identifiées par J. BENOÏT-XEA (« The Scope for Discretion, Coherence and Citizenship », in O. WIKLUND (ed.), *Judicial Discretion in European Perspective*, 2002, p.48-74, spéc.p.59-67). Ce dernier souligne également que la liberté du juge se manifeste aussi bien au niveau de la construction de la « mineure » – la qualification – que de la « majeure » – la construction de la règle – du syllogisme judiciaire.

reprendre l'expression de S. Leader¹⁵⁴⁶. Il n'est guère étonnant que, face à cette absence de « prédétermination » textuelle – pour s'inspirer cette fois de G. Timsit¹⁵⁴⁷ –, la Cour hésite encore sur la manière adéquate d'arbitrer ces « cas difficiles », voire « tragiques »¹⁵⁴⁸.

1284. – Mais même lorsque la hiérarchie préexiste à la décision du juge, la liberté de celui-ci ne s'en trouve guère diminuée. Que l'on pense ainsi à ces mesures d'harmonisation des législations qui, relevant du droit dérivé, sont censées respecter tout à la fois les droits de l'homme et les libertés de circulation. La texture ouverte de ces droits et libertés, la possibilité d'octroyer au législateur une marge d'appréciation, et l'inéluctable présence d'un droit ou d'une liberté opposé, celé dans la finalité de la mesure contestée, semblent rendre vain tout espoir de limiter le pouvoir discrétionnaire du juge-traducteur.

1285. – Les effets des *alliances* sont pareillement soumis au bon vouloir des juges. Dès lors qu'ils n'ont sans doute pas même aperçu la possibilité de combiner les droits de l'homme aux « quatre libertés », les rédacteurs des traités pouvaient difficilement régler par avance les effets censés résulter de cette coalition. Face à ce nouveau silence, nous avons vu que la Cour a tout le loisir de mobiliser ces partenariats dans les buts les plus divers ; tantôt pour compléter, renforcer, ou étendre la force normative de la libre circulation, tantôt pour élargir sa propre compétence ou celle du législateur communautaire.

1286. – (iv) La liberté dont jouissent les juges de Luxembourg en ces matières leur confère un pouvoir politique d'autant plus important qu'il avance masqué, dissimulé derrière le voile de l'autorité du droit. Les politologues nous ont de longue date mis en garde contre la capacité de la Cour de justice à avancer son propre « agenda » sous la neutralité apparente du discours juridique¹⁵⁴⁹. Certains juristes ne sont pas demeurés en reste, délaissant le « point de vue interne du droit » pour adopter une posture critique – confinant parfois à l'irrévérence – à l'égard de la jurisprudence communautaire¹⁵⁵⁰.

1287. – Qu'à travers leurs décisions sur les droits de l'homme et la libre circulation, les juges promeuvent et véhiculent « une certaine idée de l'Europe »¹⁵⁵¹, voilà qui ne fait guère de doute.

¹⁵⁴⁶ Cf. *supra*, n°669.

¹⁵⁴⁷ Cf. *supra*, n°1152.

¹⁵⁴⁸ Cf. M. ATIENZA, *Las razones del derecho*, op. cit., p.252 ; ID., « Les limites de l'interprétation constitutionnelle. Retour sur les cas tragiques », in D. DE BECHILLON, P. BRUNET, V. CHAMPEIL-DESPLATS, E. MILLARD E. (dir.), op. cit., p.93-108 : « l'on peut parler de deux types de cas tragiques ou, autrement dit, le juge peut vivre comme tragique : a) une situation dans laquelle son ordre juridique lui fournit au moins une solution correcte (en accord avec les valeurs de ce système) mais qui choque sa morale ; b) une situation dans laquelle l'ordre juridique ne permet d'atteindre aucune solution correcte. Dans la première situation, le tragique dérive du contraste entre deux ordres distincts ; dans la seconde, il s'agit d'une contradiction interne au système juridique » (p.104).

¹⁵⁴⁹ Cf. e.a. A-M. BURLEY, W. MATTI, « Europe Before the Court: A Political Theory of Legal Integration », *I.O.*, 1993, p.41-76 ; ID., « Law and Politics in the European Union: A Reply to Garrett », *I.O.*, 1995, p.183-190 ; ID., « Revisiting the European Court of Justice », *I.O.*, 1998, p.177-209. Défendant un point de vue « néo-fonctionnaliste », ces auteurs soutiennent l'idée selon laquelle la Cour de justice est un acteur politique comme les autres, qui poursuit la satisfaction de ses propres intérêts – à savoir une intégration toujours plus étroite et un accroissement de son propre prestige – sous le couvert du langage juridique, qui sert à la fois de « masque » et de « bouclier ». Cette position se trouve cependant quelque peu tempérée dans leurs derniers écrits. Adde : A. STONE SWEET, M. MCCOWN, « Discretion and Precedent in European Law », in O. WIKLUND (ed.), *Judicial Discretion in European Perspective*, 2003, p.84-115 ; P. MAGNETTE, *L'Europe, l'Etat et la démocratie*, 2000, p.77-109.

¹⁵⁵⁰ Cf. la célèbre thèse de doctorat de H. RASMUSSEN, *On law and Policy in the European Court of Justice*, 1986, et les réactions critiques qu'elle a suscitées : M. CAPPELLETTI, « Is the European Court of Justice "Running Wild"? », *E.L.R.*, 1987, p.3-17 ; J. WEILER, « The Court of Justice on Trial », *C.M.L.R.*, 1987, vol.24, p.555-589. Sur la jurisprudence de la Cour de justice relative aux droits fondamentaux, on rappellera également l'article incendiaire de J. COPPEL, A. O'NEILL, « The European Court of Justice: Taking Rights Seriously? », *C.M.L.R.*, 1992, vol.29, p.669-692, et la réponse adressée par J. WEILER, N. LOCKHART, « 'Taking Rights Seriously' Seriously: the European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence », *C.M.L.R.*, 1995, p.51-94 (part I) ; *C.M.L.Rev.*, 1995, p.579-627 (part II).

¹⁵⁵¹ Cf. P. PESCATORE, « The Doctrine of Direct Effect' : An Infant Disease of Community Law », *E.L.R.*, 1983, p.155-177, ici p.157.

L'interprétation large de la notion de libre circulation¹⁵⁵² et la consécration des droits de l'homme sous la menace des juridictions nationales ont favorisé une dynamique centripète qui constitue, pour d'aucuns, le penchant « naturel » de la Cour de justice¹⁵⁵³. Il en va incontestablement de même des alliances entre les droits fondamentaux et les quatre libertés qui, par-delà la diversité de leurs effets, contribuent toutes à renforcer l'intégration européenne. Quant aux situations de conflits, on observera que le simple fait qu'elles relèvent de la compétence de la Cour suffit déjà à favoriser l'émergence d'une culture juridique commune des droits fondamentaux. Du reste, on notera que si les droits de l'homme tiennent parfois en échec une liberté de circulation, ils paraissent bien moins efficaces lorsqu'ils sont brandis à l'encontre d'une mesure de droit dérivé contribuant à l'intégration économique positive.

1288. – Encore faut-il se garder de verser dans l'excès. Avec de nombreux auteurs, on refusera de donner du crédit à l'hypothèse d'une conspiration orchestrée par les juges à l'encontre et à l'insu des Etats qui les ont nommés. On n'a guère de peine à croire D. Keeling lorsqu'il affirme que « [t]here is no agenda. There is no programme »¹⁵⁵⁴. C'est que, comme le rappelle l'ancien juge D. Edward, on ne voit pas très bien comment tous les juges désignés depuis cinquante ans par les gouvernements nationaux auraient pu, un à un et dans la discrétion la plus complète, se faire happer par cette inquiétante conjuration¹⁵⁵⁵. Du reste, nul ne contestera que dans sa majeure partie, la jurisprudence communautaire repose sur des considérations juridiques bien argumentées et n'offre guère de prises aux critiques de « décisionnisme » ou d'« arbitraire ».

1289. – Il n'en demeure pas moins que cet argumentaire juridique, aussi élaboré et honnête soit-il, dissimule mal la « béance » du droit face aux équations combinant la libre circulation et les droits de l'homme. Comment ne pas voir que dans de tels cas de figures, l'apparence formelle et scientifique du discours juridique sert à la fois de « masque » et de « bouclier », pour reprendre les métaphores d'A-M. Burley et W. Mattli¹⁵⁵⁶ ? De masque, car elle cache l'influence des opinions personnelles et des facteurs extra-juridiques dans la résolution de ces « cas difficiles » ; de bouclier, car elle donne aux décisions de la Cour une autorité qui les rend invulnérables aux critiques « simplement » politiques.

b) Arracher le masque pour renforcer le bouclier – redéfinir les termes de l'équation

1290. – Un tel état de fait n'a rien de critiquable, ni même de regrettable. On aurait tort de s'émouvoir de la liberté ainsi laissée au juge par le « flou » du texte. Le paradigme de la traduction nous rappelle en effet qu'il est vain d'espérer trouver un rapport univoque entre les mots et les choses. Transposée au droit et alimentée de la « jurisprudence des intérêts », cette réflexion conduit à voir dans les catégories juridiques de simples artefacts du langage du droit, destinés à véhiculer des principes et des valeurs qui lui sont sous-jacents.

1291. – Dès lors, c'est moins la liberté du juge qu'il faut craindre que son refus de l'assumer. Dans cette perspective, on ne saurait trop inviter la Cour à se départir d'une vision « essentialiste » des notions de « droits fondamentaux » et de « libertés de circulation ». Il s'agit là de simples « mots » (semi)-conventionnellement définis et utilisés pour traduire dans le langage juridique certaines idées et intérêts qui sous-tendent l'ensemble de la construction européenne. Ce sont ces idées et ces intérêts,

¹⁵⁵² Interprétation qui, aux yeux de certains, s'écarterait de l'intention des rédacteurs des traités : cf. G. MARENCO, « Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative », *C.D.E.*, 1984, p.291-355.

¹⁵⁵³ Entre mille, cf. P. PESCATORE, « Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice », in *Miscellanea W.J. Ganshof Vandermeersch*, 1972, t.II, p.325-363 ; F. MANCINI, D. KEELING, « Democracy and the European Court of Justice », *M.L.R.*, 1994, vol.57, n°2, p.175-190 ; F. SCHOCKWEILER, *loc. cit.*, spéc. p.76..

¹⁵⁵⁴ D. KEELING, « In Praise of Judicial Activism. But What does it Mean? And Has the Court of Justice ever Practised it ? », in *Scritti in onore di Federico Mancini*, 1998, vol.II, p.535.

¹⁵⁵⁵ D. EDWARD, « Judicial Activism – Myth or Reality ? », in A. CAMPBELL, M. VOYATZI (eds.), *Legal Reasoning and Judicial Interpretation of European Law - Essays in honour of Lord Mackenzie-Stuart*, 1996, p.29-67

¹⁵⁵⁶ Cf. *supra*, n°1286.

bien plus qu'un attachement indu aux « mots du droit », qui doivent guider l'œuvre traductrice de la Cour.

1292. – En d'autres termes, et pour poursuivre dans le registre métaphorique, la Cour doit arracher le masque qui obscurcit son appréhension des données de l'équation. C'est seulement dans un second temps que, prenant appui sur une meilleure connaissance des enjeux et du contexte qui trouvent à s'exprimer dans le litige, elle s'attellera à reconstruire un bouclier juridique renforcé, qui s'assume comme tel.

1293. – Ainsi apparaît la première directive qui guidera la construction de la traduction « relevante » à laquelle sera consacré le prochain chapitre. Il s'agira de prendre à bras-le-corps le « flou du droit » et de proposer un usage plus clair et plus rigoureux des deux termes de notre équation. Les catégories « droits de l'homme » et « libertés de circulation » devront être retravaillées, adaptées, transformées pour « rendre au mieux » et « serrer au plus près » les intérêts, les valeurs et les principes qu'elles prétendent incarner.

1294. – Dans cet aller-retour incessant entre les « mots du droit » et ce qu'ils cachent, il conviendra de s'aider des balises de l'interprétation, de l'argumentation et de la communication. D'une part, il s'agira d'entreprendre un travail archéologique comparable à celui du traducteur, qui cherche dans le contexte de l'énonciation et dans l'univers symbolique de la langue source la précision nécessaire à la traduction dans la langue cible. D'autre part, il faudra s'efforcer de structurer et de construire sa traduction de telle sorte qu'intelligible, rationnelle et raisonnable, elle emporte l'adhésion des lecteurs. Enfin, ce retravail des termes de notre équation devra tout à la fois intégrer et stimuler les traductions concurrentes opérées par les autres points du réseau juridique européen.

Mais avant de puiser à cette triple racine, il convient de prendre toute la mesure de la liberté du juge communautaire en s'arrêtant sur l'environnement, ouvert et désordonné, dans lequel s'inscrit sa traduction.

§2. L'ouverture de l'ordre juridique – des frontières aux synapses

1295. – L'ordre juridique communautaire et la place qu'y occupe la Cour de justice cadrent mal avec une conception pyramidale du droit. La dilution des frontières du système juridique européen confère à son juge une importante marge de liberté, notamment dans le contentieux relatif aux rapports entre libre circulation et droits fondamentaux (a). Cet espace de liberté n'a cependant rien de problématique une fois que l'on considère la Cour de justice comme partie prenante à une entreprise de « traduction en réseau », et pour autant que les juges du Kichberg assument pleinement le « moment décisionniste » de leurs traductions (b).

a) Retour sur la dilution des frontières

1296. – Il n'est un secret pour personne que la Cour de justice s'est de longue date imposée comme un « entrepreneur cosmopolitique »¹⁵⁵⁷ de la construction européenne. Attelée à l'édification d'une union sans cesse plus étroite, elle n'a guère vu sa marche entravée par un quelconque système de « *checks and balances* ». Comme le note P. Magnette, « [s]ans doute la force principale de la Cour tient-elle à l'incapacité politique des gouvernements de prendre des mesures de rétorsion. Formellement, ils restent libres de modifier les traités – et donc les pouvoirs de la Cour. En pratique, la nécessité de réunir l'unanimité pour ce faire rend la menace peu crédible »¹⁵⁵⁸. La marge de liberté de la Cour s'est avérée d'autant plus grande qu'à cette incurie du pouvoir constituant s'est longtemps ajoutée la faiblesse d'un législateur communautaire largement enferré, lui aussi, dans le piège de l'unanimité. La Cour était ainsi censée compenser la paralysie des organes politiques. Et aujourd'hui même, alors que

¹⁵⁵⁷ U. BECK, E. GRANDE, *Pour un empire européen*, trad. A. Duthoo, 2007, p.19.

¹⁵⁵⁸ P. MAGNETTE, *Le régime politique de l'Union européenne*, 2003, p.193.

le législateur fait preuve d'un dynamisme accru, certains (ex-)juges en prennent ombrage, rappelant qu'il n'appartient pas au pouvoir législatif de remettre en cause, par le biais du droit dérivé, les interprétations « constitutionnelles » données par la Cour de justice¹⁵⁵⁹. Ce rôle prépondérant assumé par le juge communautaire paraît bien loin de la position subordonnée qui lui est traditionnellement assignée dans la pyramide des normes.

1297. – L'étude des relations entre droits fondamentaux et libre circulation confirme cette dilution des étages de la pyramide. Le premier chapitre nous a ainsi donné l'occasion d'observer la – relative¹⁵⁶⁰ – passivité des « maîtres des traités » dans le processus de consécration des droits de l'homme au sommet de l'ordre juridique européen. Le législateur communautaire est lui aussi demeuré singulièrement en retrait, se contentant bien souvent de couler *a posteriori* dans les textes des principes et des solutions dictées par la jurisprudence. Outre cette érosion des échelons de la pyramide, on a pu également constater la perméabilité croissante de ses parois dans le deuxième chapitre de ce travail. Confrontées elles aussi à des affaires mettant en cause les droits de l'homme et/ou la libre circulation, nombreuses sont ainsi les juridictions étrangères qui s'inspirent aujourd'hui des décisions de la Cour de justice. Celle-ci semble du reste de plus en plus encline à jouer un rôle « actif » dans ces « échanges jurisprudentiels » souvent suggérés par les avocats généraux.

b) Abolir les frontières et construire des synapses

1298. – Ici encore, on aurait tort de s'offusquer de cette incapacité des frontières classiques du droit à clôturer efficacement la liberté de la Cour. Dans nos ordres juridiques en réseau, nul n'ignore que la norme – et en particulier la norme constitutionnelle – s'écrit à plusieurs mains, à mille lieues des hiérarchies strictes qui prévalaient du temps des pyramides. Ici aussi cependant, il appartient aux juges d'assumer cette « indétermination du droit » et de ne pas (se) la dissimuler derrière des formes pyramidales rassurantes. S'il est vrai que la CJCE s'apparente à un foyer du droit communautaire plus qu'à l'étage inférieur d'une structure hiérarchique, alors elle doit reconnaître pleinement le pouvoir normatif qui est le sien et en faire le meilleur usage possible.

1299. – Cette consigne de « bonne gouvernance » invite indéniablement la Cour à nourrir les connexions entre les foyers de droit, à multiplier les synapses entre les différents noeuds du réseau. Sans nous attarder sur ce point – nous y reviendrons au moment d'identifier les « contraintes » qui pèsent sur la Cour –, on rappellera que le réseau juridique communautaire se compose de très nombreux « neurones », depuis les gouvernements et les parlements des Etats membres jusqu'aux juges étrangers et au législateur communautaire, en passant par les cours et tribunaux nationaux. La CJCE est ainsi appelée à mettre son pouvoir créateur au service d'une meilleure interaction entre ces différents acteurs aussi complémentaires qu'indispensables à la réussite du projet européen.

B. Le flou encadré

1300. – Le « *law-making power* » de la Cour de justice ne s'exerce toutefois pas sans limites. Sa jurisprudence relative aux droits de l'homme et à la libre circulation témoigne de ce que la haute juridiction ne s'autorise pas à décider n'importe quoi. Nous verrons bien au contraire que les juges du Kirchberg recourent sans cesse aux balises de l'interprétation (§1-a)), de l'argumentation (§2-a)) et de la communication (§3-a)) pour asseoir l'autorité de leurs arrêts. Il nous faudra cependant constater qu'en dépit de ces opérations ponctuelles de légitimation, il s'en faut de beaucoup que la jurisprudence de la Cour réponde parfaitement à l'exigence de triple fidélité du « traducteur en réseau ». On se permettra dès lors de formuler un certain nombre de pistes qui, ambitionnant de prendre au sérieux les ressources de l'interprétation (§1^{er}-b)), de l'argumentation (§2-b)) et de la communication (§2-c)), dégageront les premières formes de la « traduction relevante » proposée dans le chapitre suivant.

¹⁵⁵⁹ Cf. D. EDWARD, « Guest Editorial : Will there Still Be Honey for Tea ? », *C.M.L.R.*, vol.43, 2006, p.623-627.

¹⁵⁶⁰ Sur les freins – peu efficaces, mais surtout peu explicites (cf. *infra*, n°1364) – posés par les Etats à l'extension de la compétence de la Cour dans le domaine des droits fondamentaux, cf. *supra*, n°137-139.

§1^{er}. Le « droit-intégrité » de la construction européenne

a) La Cour de justice, une « cour dworkinienne »

1301. – A bien des égards, le travail de la Cour de justice s'apparente à celui du juge « Hercule » imaginé par Dworkin. Comme son modèle « héroïque » en effet, le juge communautaire s'efforce de rendre des décisions qui s'insèrent harmonieusement dans l'ordre juridique et qui font apparaître ce dernier sous son meilleur jour. On ne s'appesantira pas outre mesure sur ce point tant il paraît aujourd'hui incontesté. Ses détracteurs comme ses louangeurs s'accordent à reconnaître que la jurisprudence de la Cour de justice – particulièrement dans les « cas difficiles » – est largement déterminée par des considérations d'ordre systémique et téléologique¹⁵⁶¹. Elle cherche à assurer tout à la fois la cohérence du système juridique communautaire et la promotion des valeurs et des finalités qui le sous-tendent. Du reste, J. Bengoetxea a d'ores et déjà parfaitement démontré en quoi « (...) it is of interest to analyse the ECJ as an institution which engages in social action mainly by furthering the Community project and continually reshaping EC law as a coherent order inspired by some notion of integrity or system. It is in this respect that the ECJ is a Dworkinian court »¹⁵⁶².

1302. – Deux exemples suffiront à montrer que cette approche « dworkinienne » du raisonnement juridique trouve à s'exprimer dans la jurisprudence relative aux rapports entre droits fondamentaux et libre circulation. L'arrêt *Schmidberger*¹⁵⁶³ fournit une première illustration convaincante du penchant « herculéen » de la Cour de justice. Confrontée à un conflit entre une liberté de circulation et la liberté de réunion, la Cour ne peut trouver son salut dans une interprétation littérale du texte des traités. Elle adopte alors un raisonnement qui s'efforce d'assurer la cohérence de l'ordre juridique communautaire : dès lors que celui-ci consacre en son sommet aussi bien la protection des libertés de circulation que le respect des droits de l'homme, il implique une opération de pondération entre des intérêts réputés équivalents bien plus que l'établissement d'une hiérarchie stricte entre ceux-ci. Si ce recours à la *praktische Konkordanz* s'insère harmonieusement dans l'ordre juridique communautaire, il présente par ailleurs celui-ci sous son meilleur jour. Il fait du droit européen un système juridique pluraliste, qui se construit autour de valeurs aussi antagoniques que complémentaires. Du reste, c'est sans doute ce même souci « esthétique » qui pousse encore la Cour à laisser aux autorités autrichiennes une large marge d'appréciation, soulignant par là l'attachement de l'ordre juridique communautaire au principe de subsidiarité et aux impératifs de bonne gouvernance¹⁵⁶⁴.

1303. – L'affaire *R*¹⁵⁶⁵ fournit une deuxième illustration de la vocation « dworkinienne » de la Cour de justice, qui touche cette fois aux *alliances* entre droits fondamentaux et libre circulation. En l'occurrence, la Cour estime qu'une ressortissante américaine, autrefois mariée à un citoyen français

¹⁵⁶¹ Cf. *ex multis* R. LECOURT, *L'Europe des juges*, 1976, p.235-236 : « Si le Traité de Rome confie à la Cour la mission d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application du Traité, ce n'est certainement pas pour l'inviter à en négliger les objectifs, mais pour l'inciter à les sauvegarder et à les prendre pour guide de son interprétation. (...) C'est précisément pour éviter qu'il ne se méprenne sur le sens de sa fonction, qu'il l'étiole graduellement dans une desséchante interprétation formelle, que les auteurs des traités ont pris la peine de dérouler sous ses yeux les divers objectifs qu'ils lui fixent et dont il doit s'inspirer. Rudolf von Ihering avait naguère observé que "le but est le créateur du droit" ». *Adde* : T. TRIDIMAS, « The Court of Justice and Judicial Activism », *E.L.R.*, 1996, vol.21, p.199210, spéc. p.204-206 ; T. KOOPMANS, « The Theory of Interpretation and the Court of Justice », in D. O'KEEFE, A. BAVASSO (eds.), *Judicial review in European Union Law – Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, vol.1, 2000, p.45-57 ; G. SLYNN, « The Court of Justice of the European Communities », *I.C.L.Q.*, 1984, vol.33, p.409-429 ; P. PESCATORE, « Les objectifs... », *loc. cit.* ; M. CAPPELLETTI, « Is the European ... », *loc. cit.*, spéc. p.9-10.

¹⁵⁶² J. BENGOTXEA, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice*, 1993, p.9.

¹⁵⁶³ Pour un rappel des faits et du raisonnement de la Cour, cf. *supra*, n°625-628 et 685-695.

¹⁵⁶⁴ « Tandis que les autorités communautaires se sont efforcées longtemps d'assurer l'hégémonie des libertés économiques, il s'agit plutôt, à présent, de concilier l'exercice de ces libertés avec les exigences et les objectifs non économiques du traité. Dans la jurisprudence actuelle, cette recherche d'équilibre a deux versants. L'un concerne les équilibres horizontaux entre les libertés économiques fondamentales et les objectifs sociaux (...), sanitaires ou environnementaux. L'autre concerne les équilibres verticaux entre les standards européens et les exigences constitutionnelles (...), linguistiques, culturelles ou sociétales des Etats membres (...) » (L. AZOULAI, « Article I-3. Les objectifs de l'Union », in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, Tome 1, 2005, p.73).

¹⁵⁶⁵ Cf. C-413/99 *Baumbast et R*, *supra*, n°927-928 et 997-1000.

établi au Royaume-Uni, doit être autorisée à résider en Angleterre afin de permettre à ses enfants – de nationalité française – d’y poursuivre leur scolarité. Cette solution est d’abord dictée par un argument d’effet utile : elle est cohérente avec le droit communautaire dès lors qu’elle conditionne l’effectivité du droit des enfants de Mme R à résider et circuler librement sur territoire de l’Union européenne. Mais la Cour souligne que cette solution obéit également à des ressorts plus « nobles », qui font apparaître l’ordre juridique communautaire sous son meilleur jour. La CJCE rappelle en effet que les dispositions du droit communautaire doivent être interprétées à la lumière du droit à la protection de la vie privée et familiale, lequel, en tant que principe général du droit communautaire, garantit aux enfants de travailleurs migrants le droit de vivre avec leurs parents.

1304. – Pour autant, on se gardera bien de conclure au caractère « herculéen » ou « héroïque » de la jurisprudence communautaire relative aux « cas difficiles » qui font l’objet de la présente étude. Si les juges de Luxembourg s’attachent généralement à rendre des décisions à la fois cohérentes – d’un point de vue « systémique » – et légitimes – d’un point de vue « moral » ou « éthique » –, celles-ci s’apparentent davantage à des bricolages ponctuels qu’à des manifestations concrètes d’une politique jurisprudentielle transversale s’enracinant dans une réflexion plus globale sur la fonction et la nature de l’ordre juridique communautaire. Les hésitations, les flous, les incohérences, les non-dits et les paradoxes qui émaillent la jurisprudence relative aux rapports entre droits fondamentaux et libre circulation témoignent de l’absence d’une « toile de fond » susceptible de donner un contenu plus solide et plus précis aux idéaux de la cohérence et du « meilleur jour ». Pour le dire vite, on avancera que ce qui manque, c’est une réflexion explicite et systématique sur le « droit-intégrité » de l’Union – ou à tout le moins de la Communauté – européenne. Nul doute qu’une réflexion d’une telle ampleur n’a pas sa place dans les arrêts de la Cour de justice. Par ailleurs, si chaque juge a « une certaine idée de l’Europe », bien naïf serait celui qui espérerait rallier ces vingt-sept conceptions du « grand machin » autour d’une même théorie politique de l’Union européenne. **1305.** – Enfin, il va sans dire que l’esquisse d’une telle théorie dépasse très largement les limites de la présente recherche. Il nous semble néanmoins que c’est à la doctrine qu’il revient de « se mouiller » et, par petites touches successives, de jeter des idées susceptibles de nourrir la réflexion et d’appuyer la tâche herculéenne des juges de Luxembourg. C’est dans cette perspective que s’inscrivent les pages qui suivent.

b) Le développement durable comme « droit-intégrité »

1306. – Tout au long de la deuxième partie de ce travail, on a cherché à montrer que derrière les ambiguïtés et les paradoxes des relations entre droits fondamentaux et libre circulation, se manifestait « en réalité » la double tension fondatrice de la construction européenne, qui structure l’ensemble de l’ordre juridique communautaire. Il convient de revenir à présent un peu plus longuement sur ce point, et sur la façon dont il peut éclairer la résolution de nos équations et guider la construction d’une traduction véritablement relevante. Nous articulerons notre réflexion en trois temps. D’abord, l’on rappellera dans quelle mesure la jurisprudence relative aux rapports entre libre circulation et droits fondamentaux *traduit* dans le langage du droit une double tension entre valeurs marchandes et non-marchandes, d’une part, et entre unité et diversité, de l’autre (*i*). Ensuite, il s’agira de montrer en quoi l’articulation dialectique de cette double tension, qui s’apparente à un impératif de « développement durable », peut être considérée comme le « droit-intégrité » de l’ordre juridique communautaire (*ii*). Enfin, à partir de ces réflexions d’ordre général, l’on tentera de dégager certaines directives utiles à la traduction relevante proposée dans notre prochain chapitre (*iii*).

1307. – (*i*) La jurisprudence analysée dans la deuxième partie de cette étude nous a permis d’observer que les relations entre droits fondamentaux et libre circulation constituaient un « épiphénomène juridique » derrière lequel se jouait une équation à quatre inconnues. Il n’est pas question de proposer ici une nouvelle analyse des arrêts étudiés plus haut. Tout au plus se contentera-t-on de dresser un tableau correspondant au plan de l’étude de jurisprudence que nous avons livrée dans la deuxième partie de ce travail. On y découvre que chaque type de conflit et d’alliance – signalé ici systématiquement par un cas-type analysé plus haut – constitue la traduction, dans des termes juridiques, de conflits et d’alliances entre l’unité (U) et la diversité (D) et entre les valeurs marchandes (M) et non-marchandes (NM).

Tableau¹⁵⁶⁶

Conflits/alliances	« Traduction » juridique	Double tension	Application jurisprudentielle
I. Conflits			
A. Droits fondamentaux face aux libertés de circulation	LC c. DF	U + M c. D + NM	<i>Schmidberger</i>
B. 1) Validité d'une mesure d'harmonisation	MI c. DF	U + M (M x NM) c. M c. NM	<i>RTL Lindqvist</i>
2) Dérogation à une mesure d'harmonisation	MI c. DF	U + M (M x NM) c. D + NM	<i>Gallagher</i>
3) Inapplication d'une mesure d'harmonisation	MI c. DF	U + M (M x NM) c. M c. NM	? <i>AGM</i>
II. Alliances			
A.1. Alliances économiques génétiques	LC + DF	U + M (+ M)	Souligné dans <i>ABDHU</i>
A.2. Alliances économiques contingentes	LC/MI + DF	U + M + NM	<i>ERT</i>
A.3. Alliances économiques nécessaires	LC/MI + DF	U + M (x NM)	<i>Vlassopoulou</i>
A.4. Alliances économiques volontaires	LC/MI + DF	U + M (x M)	Non-discrimination entre agents économiques
A.5. Alliances économiques de voisinage	LC/MI + DF	NM x (U + M)	<i>Kofisa</i>
B.1. Alliances citoyennes génétiques	LC + DF	U + M (+ NM)	AG Cosmas dans <i>Wijsenbeek</i>
B.2. Alliances citoyennes contingentes	LC/MI + DF	U + M + NM	<i>Orfanopoulos</i>
B.3. Alliances citoyennes nécessaires	LC/MI + DF	U + M (x NM)	<i>Carpenter</i>
B.4. Alliances citoyennes volontaires	LC/MI + DF	U + NM (x M)	AG Jacobs dans <i>Konstantinidis</i>
B.5. Alliances citoyennes de voisinage	LC/MI + DF	NM x (U + M)	<i>Akrich</i>
C. Alliances institutionnelles	LC/MI + DF	U + NM x (M c. NM)	<i>Allemagne c. Parlement et Conseil (Tabac I)</i>

¹⁵⁶⁶ Légende : LC = liberté de circulation ; DF = droit fondamental ; D = diversité ; U = unité ; M = valeurs marchandes ; NM = valeurs non-marchandes ; MI = mesure communautaire d'harmonisation oeuvrant à l'établissement du marché intérieur ; « c. » = contre ; « + » = addition ; « x » = arbitrage entre valeurs antagoniques (dans le cas des conflits) ou rapport d'implication (dans le cas des alliances) ; « / » = ou.

1308. – Sans s'appesantir outre mesure sur ce qui ne constitue jamais qu'une nouvelle formalisation – tout aussi grossière, déformante et subjective que la formalisation juridique qui lui correspond –, on en épinglera cependant quelques traits saillants. Relevons d'abord que les mesures de droit dérivé oeuvrant à l'établissement du marché intérieur (symbolisées par le sigle MI) servent en dernière analyse des valeurs marchandes (M) même si elles résultent parfois d'un arbitrage entre les impératifs du libre-échange et des intérêts non-marchands concurrents (M x NM). Notons ensuite que si elles pointent nécessairement vers une intégration plus poussée (U), les libertés de circulation (LC) n'incarnent pas nécessairement des valeurs marchandes. Les alliances « nécessaires » (II.A.3 et II.B.3) témoignent de ce que bien souvent, les libertés de circulation dépendent d'une valeur non-marchande incarnée par un droit fondamental (DF). Plus encore, les alliances citoyennes « volontaires » (II.B.4) rappellent que dans certains cas, la libre circulation des personnes protège avant tout une valeur non-marchande – la protection de la vie privée, par exemple –, le lien économique n'apparaissant alors qu'en filigrane. On remarquera en outre que la jurisprudence actuelle ne permet pas encore de remplir toutes les cases du tableau. Ainsi attend-on encore l'affaire dans laquelle l'application d'une mesure de rapprochement des législations nationales se verra contestée au nom du respect d'une valeur marchande – incarnée, par exemple, par le droit au libre exercice de l'activité économique. Enfin, on observera que la catégorie juridique « droits fondamentaux » revêt une plasticité étonnante, qui lui permet de servir successivement – et parfois simultanément ¹⁵⁶⁷ – toutes les causes.

1309. – Incontestablement, une telle entreprise de formalisation prête le flanc à de très nombreuses critiques. Outre qu'elle opère des raccourcis embarrassants – la dichotomie marchand/non-marchand est à cet égard excessivement fallacieuse, comme nous le verrons plus loin ¹⁵⁶⁸ –, elle laisse dans l'ombre un grand nombre de nuances mises en relief par la traduction juridique. Ainsi par exemple ne reflète-t-elle pas les différences d'intensité dans les oppositions entre droits fondamentaux et libre circulation – une dérogation à une liberté de circulation n'est pas la même chose que l'annulation d'une mesure de droit dérivé. Elle ne permet pas davantage de classer les valeurs dites « marchandes » et « non-marchandes » en ordre d'importance.

1310. – Cet exercice n'en demeure pas moins intéressant. Il nous permet de sortir du « quartier de la langue juridique » – pour reprendre la métaphore wittgensteinienne – et en jauger les constructions de l'extérieur. Cette « évaluation externe » conduit à remarquer certaines anomalies. On peut ainsi douter de la pertinence d'une catégorie juridique – les droits fondamentaux – susceptible d'assurer à la fois tous les rôles. De même, on peut s'interroger sur la justesse d'un raisonnement consistant à justifier la validité d'une mesure de rapprochement des législations nationales en invoquant la légitimité des intérêts non-marchands que cette mesure ne protège pourtant qu'accessoirement. Enfin, on est amené à détecter une certaine redondance dans les alliances unissant une liberté de circulation et un droit fondamental autour d'un même intérêt marchand.

1311. – Si elle s'efforce de mettre en pratique les enseignements de la « jurisprudence des intérêts », une telle formalisation risque cependant d'apparaître illégitime et de « tourner à vide » si elle ne s'enracine pas dans l'esprit même du système juridique qu'elle prétend (re-)traduire. C'est que, comme on y a déjà insisté, le juge n'est, pas plus que le traducteur, libre d'aller chercher à sa guise derrière les mots de la langue. Cette investigation archéologique doit être à la fois autorisée et guidée par l'ordre juridique exploré. C'est pourquoi il nous faut maintenant *interpréter* l'ordre juridique communautaire pour, d'une part, s'assurer de la pertinence de cette lecture en forme de « double tension », et pour, d'autre part, en dégager les directives nécessaires à notre « traduction relevante ».

1312. – (ii) Il ne sera guère difficile de démontrer le bien-fondé d'une interprétation de l'ordre juridique communautaire qui considère ce dernier comme traversé de part en part par la double tension

¹⁵⁶⁷ Que l'on se remémore l'arrêt *Familiapress*, dans lequel la liberté d'expression apparaissait simultanément aux côtés de la libre circulation, incarnant l'unité et le marché, et aux côtés de la mesure nationale, protégeant la diversité et une valeur non-marchande.

¹⁵⁶⁸ Cf. *infra*, n°1546.

« unité-diversité » et « marchand-non-marchand ». Une telle démonstration peut être accomplie en trois étapes, en partant des articles du traité directement pertinents pour notre objet d'étude, en élargissant ensuite l'analyse à l'ensemble des textes de droit primaire, et en tenant compte enfin des croyances et des valeurs partagées par l'opinion publique à l'égard de la construction européenne.

1313. – Incontestablement, les dispositions du traité relatives aux libertés de circulation procèdent de cette double tension. Elles mettent en place des principes visant à assurer l'intégration (U) économique (M), mais assortissent ces mêmes principes d'une série d'exceptions permettant à tout Etat membre (D) de déroger à la libre circulation au nom de la préservation de valeurs non-marchandes (NM). Il n'en va pas différemment des droits fondamentaux. L'article 6 UE et la Charte des droits fondamentaux dotent l'Union européenne d'un socle commun (U) de valeurs marchandes et non-marchandes (M-NM). Les droits qui incarnent ces valeurs peuvent cependant être limités pour assurer la protection d'intérêts concurrents (M-NM), et ils doivent en outre être préservés « dans le respect de la diversité des cultures et des traditions des peuples de l'Europe, ainsi que de l'identité nationale des Etats membres »¹⁵⁶⁹ (D).

1314. – Une interprétation systémique et téléologique de l'ensemble du droit primaire confirme cette analyse. Au niveau systémique, il suffira de rappeler qu'en marge du marché intérieur (M), se développent aujourd'hui des politiques communes en matière sociale (art.136 et s. CE) et environnementale (art.174 et s. CE), et que dans l'exercice de toutes ses compétences, la Communauté doit désormais assurer un niveau élevé de protection de la santé humaine (art.152 CE) et de l'environnement (art.6 CE) (NM). De même, des instruments institutionnels tels que les directives, la méthode ouverte de coordination et la coopération renforcée sont autant de moyens servant à assurer une plus grande intégration (U) dans le respect de la diversité des Etats-membres (D). D'un point de vue téléologique, il n'est que de consulter le préambule du traité UE pour apprendre que la construction européenne vise à établir une « union sans cesse plus étroite entre les peuples », formule qui tout à la fois exprime la dynamique centripète de l'intégration européenne (U) et renvoie à un processus sans fin de rapprochement entre *des* peuples censés rester distincts¹⁵⁷⁰ (D). Quant aux missions de la Communauté européenne, énumérées à l'article 2 CE, elles rassemblent allègrement des objectifs marchands et non-marchands sous l'horizon d'un « développement harmonieux, équilibré et durable »¹⁵⁷¹.

1315. – Censée intégrer les valeurs et croyances qui « surdéterminent » l'ordre juridique communautaire, la dernière étape de notre raisonnement interprétatif paraît la plus risquée. On ne voit guère en effet comment sonder le *Volksgeist* de l'Union européenne, tant l'opinion publique qui la compose paraît hétéroclite, voire éclatée. Il nous semble pourtant que c'est précisément dans cette pluralité d'opinions, divisant eurosceptiques (D) et europhiles (U), opposant les adorateurs du grand marché (M) et les partisans d'une Europe sociale (NM), que s'exprime une fois de plus la double tension dont on a déjà tant parlé. Du reste, on rappellera que la devise même de l'Union européenne proclame « l'unité dans la diversité »¹⁵⁷².

1316. – Une telle interprétation de l'ordre juridique européen, et plus spécifiquement des rapports entre libre circulation et droits de l'homme, présente donc les apparences de la *cohérence*. A ce stade cependant, on n'a encore parcouru que la moitié du chemin. A suivre Dworkin en effet, il nous faut montrer que cette interprétation est non seulement cohérente au regard de l'ordre juridique communautaire, mais qu'en outre elle fait apparaître ce dernier sous son meilleur jour. Dans la mesure

¹⁵⁶⁹ Préambule de la Charte des droits fondamentaux, al.3.

¹⁵⁷⁰ Cf. à ce sujet K. NICOLAIDIS, « Notre demoï-cratie européenne. La constellation transnationale à l'horizon du patriotisme constitutionnel », *Politique Européenne*, 2006, n°19, p.45-70, spéc. p.60 ; A. VON BOGDANDY, « Constitutional Principles », in A. VON BOGDANDY, J. BAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, 2006, p.3-52, spéc. p.37.

¹⁵⁷¹ « Au vrai, il est aisé de démontrer que la prise en compte de valeurs supérieures à la circulation des richesses économiques est inhérente au traité CE dès son origine » (M. FALLON, « Les préambules et principes de la constitution européenne », in P. MAGNETTE (ed.), *La constitution de l'Europe*, 2000, p.101).

¹⁵⁷² Pour une réflexion sur ce point, cf. J.-M. FAVRET, « L'Union européenne: "l'unité dans la diversité" », *R.T.D.E.*, 2003, p.657-660.

où cette exigence quasi-esthétique¹⁵⁷³ mobilise des considérations morales – ou à tout le moins extra-juridiques –, l'on s'autorisera ici à nourrir notre réflexion des enseignements de philosophes, de politologues, de sociologues et de juristes contemporains. L'interprétation juridique trouve ici non pas sa limite, mais bien son prolongement – son dépassement, même.

1317. – La théorie politique de l'Union européenne semble aujourd'hui plus que jamais emprunter les voies du cosmopolitisme¹⁵⁷⁴. Par-delà les divergences qui les opposent, la plupart des théoriciens de la construction européenne s'accordent pour voir dans celle-ci un édifice à deux niveaux inextricablement et nécessairement liés l'un à l'autre. Les Etats membres occupent le premier niveau, qui donne à l'Union européenne la légitimité démocratique et la flexibilité – la *diversité* – nécessaire à sa survie. Le rêve de l'unité parfaite paraît bel et bien mort et enterré tant il est vrai que les peuples européens constituent autant de « demoï » et de « communautés morales » distinctes, qu'on ne saurait – ni ne devrait – espérer fusionner du jour au lendemain. A ce premier niveau, celui du « bien », des valeurs « chaudes » et de la moralité « épaisse » chère aux communautariens, s'ajoute un second, celui du « juste », des normes à vocation universelle et de la moralité formelle, chère aux libéraux. Sur ce deuxième niveau, occupé par les instances supranationales de l'Union européenne, se développe une « communauté légale » sur fond de « patriotisme constitutionnel ». Popularisée par Habermas, cette notion renvoie à l'idée d'une communauté politique unie non pas par une identité culturelle partagée ou par un même passé historique, mais par l'adhésion à des principes constitutionnels communs. Le droit, incarné en l'occurrence par la Charte des droits fondamentaux¹⁵⁷⁵, est ici considéré comme un véhicule efficace de l'intégration politique¹⁵⁷⁶.

1318. – Que nous apprennent ces réflexions sur la double tension entre unité et diversité d'une part, et entre valeurs marchandes et non-marchandes, de l'autre ? Elles nous invitent incontestablement à articuler ces deux couples d'opposés dans une perspective dialectique. Elles nous conduisent à penser que le droit-intégrité de l'Union – ou à tout le moins de la Communauté – européenne réside dans la mise en tension permanente entre la dynamique centripète et les forces centrifuges, et dans la confrontation sans relâche entre les exigences du marché et les impératifs non-marchands. Avec M. Gauchet, on considérera ainsi que « si quelque chose comme une refondation du projet européen est imaginable, c'est d'une juste appréciation des contraintes et des potentialités de cette *dialectique* des nations et de la civilisation qu'elle doit partir »¹⁵⁷⁷. Mais c'est sans doute P. Magnette qui résume le mieux la voie à suivre :

« Reconnaître que les tensions entre les Etats et les normes européennes sont constitutives de l'Union permet peut-être mieux de concevoir « un style de pouvoir qui rompt avec le fantasme de l'unification ». L'Europe du marché contre l'Europe de la solidarité, l'Europe espace contre l'Europe puissance (...) à supposer qu'on le puisse, faut-il vraiment trancher

¹⁵⁷³ Cf. J. ALLARD, *Dworkin et Kant. Réflexions sur le jugement*, 2001.

¹⁵⁷⁴ On s'inspirera ici principalement des réflexions de J. HABERMAS, *Après l'Etat-nation*, trad. R. Rochlitz, 2000 ; ID., « Citoyenneté et identité nationale – Réflexions sur l'avenir de l'Europe », in J. LENOBLE, N. DEWANDRE (dir.), *L'Europe au soir du siècle*, 1992, p.17-38 ; J.-M. FERRY, *La question de l'Etat européen*, 2000 ; ID., *Europe : la voie kantienne*, 2005 ; ID., « Du politique au-delà des nations », *Politique Européenne*, 2006, n°19, p.5-20 ; J. LACROIX, *L'Europe en procès : quel patriotisme au-delà des nationalismes ?*, 2004 ; ID., « Pertinence du paradigme libéral pour penser l'intégration politique de l'Europe », *Politique Européenne*, 2006, n°19, p.21-43 ; U. BECK, E. GRANDE, *Pour un empire européen*, trad. A. Duthoo, 2007 ; K. NICOLAIDIS, « Notre demoï-cratie européenne. La constellation transnationale à l'horizon du patriotisme constitutionnel », *loc. cit.* ; M. GAUCHET, « Le problème européen », *Le Débat*, 2004, n°129, p.50-66 ; P. MAGNETTE, « Le sens de l'Europe », *Le Débat*, 2006, n°140, p.30-35. Cf également, du côté des juristes, J. WEILER, « Fédéralisme et constitutionnalisme : le *Sonderweg* de l'Europe », in R. DEHOUSSE (dir.), *Une Constitution pour l'Europe ?*, 2002, p.151-176 ; A. VON BOGDANDY, « Constitutional Principles », *loc. cit.* ; N. WALKER, « Flexibility within a Metaconstitutional Frame : Reflections on the Future of Legal Authority in Europe », in G. DE BURCA, J. SCOTT (eds), *Constitutional Change in the EU : From Uniformity to Flexibility ?*, 2000, p.9-30.

¹⁵⁷⁵ Cf. e.a. J.-M. FERRY, « Du politique au-delà des nations », *loc. cit.*

¹⁵⁷⁶ Ce point de vue cosmopolitique ne fait bien évidemment pas l'unanimité. Cf. *ex multis* J.-F. KERVEGAN, « Souveraineté, Etat de droit, supranationalité : un rapport contradictoire ? », in D. DE BECHILLON, P. BRUNET, V. CHAMPEIL-DESPLATS, E. MILLARD (dir.), *op. cit.*, p.553-567 ; P. THIBAUD, « De l'échec au projet », *Le Débat*, 2006, n°140, p.17-29 ; R. BELLAMY, « Still in Deficit : Rights, Regulation, and Democracy in the EU », *E.L.J.*, 2006, vol.12, p.725-742. Pour un aperçu synthétique des critiques émises contre cette position, cf. J. LACROIX, *op. cit.*, p.33-144.

¹⁵⁷⁷ M. GAUCHET, « Le problème européen », *loc. cit.*, p.66. Nous soulignons.

ces alternatives ? Le ressort du projet européen, et ce qui le prémunit le mieux contre la tentation de l'uniformisation, n'est-ce pas justement la persistance de ces aspirations différentes ? (...) Pourquoi ne peut-on reconnaître que ces dichotomies, aussi vieilles que l'Europe, forment son principe politique (...) ? Ce qui manque à l'Europe, ce n'est pas un choix clair, unique et irrévocable entre les termes de ces alternatives. Ce qui manque c'est une structuration du pouvoir qui leur donne sens »¹⁵⁷⁸.

1319. – Dans cette entreprise de « structuration du pouvoir », le droit, et singulièrement le débat juridictionnel, a incontestablement un rôle essentiel à jouer. À cet égard, on ne peut mieux faire que citer deux réflexions lumineuses, extraites cette fois des oeuvres de J-M Ferry :

« Il n'est pas irréaliste d'admettre qu'au sein de l'Union européenne, les conflits d'interprétation juridique ne s'évanouiront pas purement et simplement sans laisser de traces. Ils forment au contraire des dépôts, des sédiments de sens, une *semiosis* dont la teneur ne se laisse pas réduire aux exégèses et aux doctrines de spécialistes. Derrière les conflits d'interprétation, en effet, des conflits d'intérêt se jouent, des valeurs et des visions du monde entrent en tension, tandis que se forment des résistances dont l'explicitation appelle au premier chef des récits spécifiques portant sur le vécu d'individus ou de groupes »¹⁵⁷⁹

« On peut alors anticiper qu'entre [les acteurs de ces conflits] – et par la seule vertu de la confrontation publique où les conflits d'intérêts, sublimés en conflits d'interprétation juridique, se dénouent à travers des procès discursifs d'argumentation –, une culture politique commune puisse par là se former, sans que les éléments sémantiques doivent en être donnés préalablement (...) »¹⁵⁸⁰.

1320. – Voilà donc exposée la mission du droit : offrir une grammaire capable de donner à voir et d'articuler ces antagonismes par lesquels *se construit* l'Europe cosmopolitique – une Europe fondée sur les identités nationales mais regroupée autour de principes constitutionnels communs. C'est que, comme le disent U. Beck et E. Grande, « l'Europe n'existe pas, seule existe l'eupéanisation »¹⁵⁸¹. Gardant à l'esprit cette nature profondément *dynamique* de la *construction* européenne, on proposera de voir dans l'impératif de *développement durable* le « droit-intégrité »¹⁵⁸² de l'ordre juridique communautaire.

1321. – La notion de « développement durable » est probablement l'une des plus galvaudées et des plus ambiguës de l'histoire contemporaine des idées. On se gardera bien, dès lors, de la sacraliser et d'y voir autre chose qu'une expression commode permettant, *pour notre propos*, de traduire un double principe – dialectique, assurément – de *mouvement* et d'*équilibre*. Le mouvement, c'est ce qui se dessine derrière cet ordre juridique communautaire en chantier perpétuel, qui se définit lui-même comme un processus sans fin, visant notamment une « union *sans cesse plus* étroite », mais aussi une « *croissance* durable », une « *convergence* des performances économiques » et un « *relèvement* du niveau et de la qualité de vie » (art.2 CE). Cependant, nous y avons déjà insisté longuement, ce mouvement ne se réalise qu'à travers la recherche, tout aussi perpétuelle et « essentielle », d'un équilibre entre unité et diversité d'une part, et entre valeurs marchandes et non-marchandes, de l'autre¹⁵⁸³.

1322. – (iii) Ces considérations théoriques laisseront sans doute songeur plus d'un juriste. C'est que si elles paraissent relever du bon sens, il s'en faut toutefois de beaucoup que des réflexions situées à un

¹⁵⁷⁸ P. MAGNETTE, « Le sens de l'Europe », *loc. cit.*, p.35.

¹⁵⁷⁹ J-M. FERRY, *Europe : la voie kantienne*, *op. cit.*, p.68.

¹⁵⁸⁰ ID., « Du politique au-delà des nations », *loc. cit.*, p.19.

¹⁵⁸¹ *Op. cit.*, p.21.

¹⁵⁸² Sur cette notion, cf. *supra*, n°1231, 1301 et s.

¹⁵⁸³ Sur ce dernier point, cf. E. REID, « Protecting Non-economic Interests in the European Community Legal Order : A Sustainable Development ? », *Y.E.L.*, 2005, p.385-421. E. Reid fait également du développement durable un principe structurant de l'ordre juridique communautaire, dans la mesure où ce principe invite à chercher un équilibre entre les intérêts économiques, sociaux et environnementaux, et à arbitrer la « dialectical relationship between economic and non-economic interests within the European single market » (p.385).

tel niveau d'abstraction offrent des solutions toutes faites aux juristes de Luxembourg. Il nous semble pourtant que derrière ces observations se dessinent des directives susceptibles de guider la construction de notre traduction relevante.

1323. – C'est au niveau des *conflits* entre droits fondamentaux et libre circulation que l'idéal de développement durable dévoile toute sa fécondité. Il met en garde contre les traductions *hégémoniques*¹⁵⁸⁴, qui méprisent les valeurs non-marchandes et la diversité des intérêts nationaux pour mieux satisfaire l'inclination originelle de la construction européenne envers l'unité et du marché. Il s'oppose ainsi à la jurisprudence *Dassonville*¹⁵⁸⁵ de la Cour de justice, qui permet d'invoquer les libertés de circulation à l'encontre de toute mesure nationale entravant directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire.

1324. – L'idéal de développement durable suggère qu'une traduction *relevante* implique de « recalibrer » le champ d'application des libertés de circulation en prenant davantage en compte les intérêts que celles-ci représentent. A cet égard, on observera que les « quatre libertés » constituent la traduction juridique la plus puissante et la plus efficace de la dynamique centripète qui habite la construction européenne (U). Il est donc tout à fait logique qu'elles fassent obstacle – *prima facie* – à l'adoption de réglementations étatiques établissant une discrimination – de fait ou de droit – fondée sur la nationalité. En revanche, les quatre libertés s'inscrivent plus malaisément sur l'axe « marchand – non-marchand ». En principe certes, les libertés de circulation font signe en direction d'une « Europe des marchands » fondée sur la dérégulation et les impératifs du libre-échange (M). Comme en témoigne la jurisprudence récente en matière de citoyenneté européenne, l'orientation « libérale » des libertés de circulation demeure toutefois secondaire – accessoire, dérivée, mais pas pour autant subordonnée¹⁵⁸⁶ – par rapport à leur vocation intégrationniste. On ne s'en émouvra pas, tant il est vrai qu'aux termes de l'article 2 CE, l'abolition des frontières au profit des acteurs économiques n'est rien d'autre qu'un *outil* – mais un outil de prédilection, il est vrai – au service de l'intégration communautaire et du bien-être des peuples européens. C'est donc un biais *limité* en faveur du libre-échange, par lequel s'exprime le droit-intégrité de la Communauté européenne, que sont amenées à traduire les libertés de circulation sur le terrain juridique. A notre sens, ce biais limité exige qu'outre les mesures discriminatoires évoquées plus haut, seules les réglementations nationales rendant *impossible* le commerce intracommunautaire tombent *prima facie* sous le coup des libertés de circulation. Nous y reviendrons plus longuement dans le chapitre suivant¹⁵⁸⁷.

1325. – L'idéal de développement durable s'oppose encore aux traductions « simplement » *hospitalières*, qui font droit aux valeurs non-marchandes et aux exigences de la diversité, mais se dispensent d'un laborieux travail de réaménagement critique des structures de la langue cible – en l'occurrence, le droit européen. La traduction prend ici encore la forme d'une importation brute, d'une transplantation d'un certain nombre de concepts dans un langage trop rigide pour être réellement accueillant. En résultent d'importantes difficultés. Les traductions sont parfois approximatives, regroupant sous un même terme dans la langue cible une multiplicité d'idées véhiculées dans la langue source. Ainsi en est-il de la catégorie des « raisons impératives d'intérêt général », dont la plasticité englobe virtuellement tous les intérêts avancés par les Etats pour déroger au principe de libre circulation.

1326. – Par d'autres côtés en revanche, ces transpositions font preuve d'une déférence excessive envers la terminologie employée dans la langue source. Celle-ci se trouve alors sacralisée, idéalisée, adoptée sans recul critique et bien vite exposée à toutes les manipulations. Que l'on s'avise à cet égard du succès grandissant du « discours des droits de l'homme » qui, s'il continue de conquérir les

¹⁵⁸⁴ Sur cette notion, cf. A. BAILLEUX, « Les traductions de la Cour de justice ... », *loc. cit.*

¹⁵⁸⁵ Cf. *supra*, n°472, 476, 597, 723.

¹⁵⁸⁶ Cf. *supra*, n°440 et s., 736-138, 833, où l'on a pu observer que les libertés de circulation étaient opposables à des mesures de droit dérivé de rapprochement des législations nationales – et réalisant, de ce fait, une plus grande unité.

¹⁵⁸⁷ Cf. *infra*, n°1424 et s.

prétoires de la Cour de justice, risque bien d'y paralyser tout effort réflexif¹⁵⁸⁸. S'il est vrai qu'à la faveur de la Charte des droits fondamentaux, tout intérêt non-marchand peut être relié à la protection d'un droit de l'homme, alors il faut constater l'échec du traducteur qui, succombant aux effets de mode et à la crainte de déplaire à l'émetteur du message, reçoit sans discernement un champ lexical menaçant pour la richesse de la langue cible. Si un usage critique des droits de l'homme en fait la meilleure grammaire d'un nouvel « esperanto juridique »¹⁵⁸⁹ et le cadre prometteur d'un « consensus par confrontation » au sein de la communauté européenne¹⁵⁹⁰, une adhésion immodérée au « discours des droits » risque de transformer celui-ci en un chant des sirènes, dont la dangereuse beauté séduit et empêche de penser pareillement dans toutes les langues.

1327. – Contre ces dérives, l'idéal de développement durable nous indique qu'une traduction relevante ne saurait faire l'économie d'une mise en ordre – d'un « classement » – de la masse infinie des intérêts susceptibles d'être brandis par les Etats pour se soustraire aux libertés de circulation. C'est que l'articulation harmonieuse des valeurs marchandes et non-marchandes et des dynamiques centripètes et centrifuges appelle un affinement, un cisèlement d'un matériau juridique encore trop rudimentaire. Nous nous pencherons plus loin sur les modalités pratiques de cet ordonnancement¹⁵⁹¹. Pour l'heure, contentons-nous d'observer dans quelle mesure les concepts de cosmopolitisme et de patriotisme constitutionnel¹⁵⁹² offrent un point de départ intéressant à notre tentative de classement.

1328. – Rappelons à cet égard que pour des libéraux – au sens de la théorie politique – tels que J. Habermas, J-M. Ferry et J. Lacroix, les droits fondamentaux constituent la pierre de touche du patriotisme constitutionnel. Ils fournissent un ensemble de *normes* générales et abstraites et fondent ainsi, à l'échelon européen, une communauté *juste* permettant la cohabitation (Lacroix) ou la confrontation (Habermas, Ferry) entre des systèmes de *valeurs* et des conceptions de la vie *bonne* différents. J-M. Ferry et J. Lacroix voient ainsi dans l'article 6 UE, proclamant l'attachement de l'Union européenne au respect des droits de l'homme, le socle du patriotisme constitutionnel européen et le terreau de notre communauté cosmopolitique.

1329. – Pour séduisante qu'elle soit, cette position théorique n'en demeure pas moins doublement problématique. D'une part, et comme les communautariens n'ont pas manqué de le relever, elle laisse entendre que des normes formelles et *universelles* peuvent à elles seules fonder une communauté politique *particulière*. Le projet libéral dévoile sa limite dans son incapacité à donner à la communauté politique une identité propre, qui lui permet de se définir par rapport à l'Autre¹⁵⁹³. D'autre part, le patriotisme constitutionnel prend appui sur l'idée que les droits fondamentaux sont des *normes* impératives et mutuellement exclusives, des « atouts »¹⁵⁹⁴ ressortissant au domaine déontologique, et non de simples *valeurs* concurrentes commandant un principe d'optimisation dans une perspective téléologique¹⁵⁹⁵. Or, force est de constater que la prolifération des droits de l'homme conduit aujourd'hui à leur mise en concurrence, laquelle prend inmanquablement la forme d'une pondération d'intérêts empreinte de pragmatisme et d'équité.

1330. – Ces difficultés soulignent à la fois la nécessité de retravailler le concept de « droit fondamental » et indiquent la voie pour y parvenir. Avec U. Beck et E. Grande, l'on est en effet en droit de se demander : « Quelles sont les normes qui doivent faire partie de ce fonds normatif de l'Europe cosmopolitique ? A-t-on vraiment besoin ici de tout le catalogue de valeurs fondamentales

¹⁵⁸⁸ Cet avertissement se limite bien évidemment au droit du marché intérieur. Il est peut-être également inutile. Rien ne dit en effet que si une telle rhétorique des droits de l'homme devait se développer, la Cour s'en montrerait dupe. Il reste qu'elle devrait alors affiner sa jurisprudence actuelle. En outre, on précisera que cet avertissement s'adresse à tout principe et à tout concept reçu sans la distance critique nécessaire à la traduction.

¹⁵⁸⁹ Cf. F. OST, « Le droit comme traduction », inédit, p.9-12

¹⁵⁹⁰ Cf. J-M. FERRY, *Europe – la voie kantienne*, op. cit., spéc. p.83-84

¹⁵⁹¹ Cf. *infra*, n°1445 et s.

¹⁵⁹² Sur ce concept, cf. *supra*, n°1317.

¹⁵⁹³ Cf. J. HABERMAS, *Après l'Etat-nation*, op. cit., p.117-119.

¹⁵⁹⁴ R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, op. cit., p.279-304.

¹⁵⁹⁵ Sur ce point, cf. J. LACROIX, « Pertinence du ... », *loc. cit.*, p.26-27. Cf. également la position exprimée, dans un autre contexte il est vrai, par J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, op. cit., p.276-284.

énumérées dans « la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne » ? »¹⁵⁹⁶. Il semble qu'une manière de surmonter les deux limites qui obèrent la thèse du patriotisme constitutionnel consiste à remettre en cause le postulat selon lequel tous les droits fondamentaux actuellement reconnus comme tels dans la « constitution » européenne s'apparentent nécessairement à des *normes* à prétention *universelle*. On peut en effet se demander s'il n'est pas possible – et pertinent – de classer ces droits – et de manière plus générale, toute la gamme des intérêts opposables aux libertés de circulation – en quatre catégories, qui s'appuient d'une part sur la dichotomie « normes-valeurs » propre au débat entre libéraux et communautariens, et d'autre part sur la structure bipolaire (Communauté – Etats-membres) qui sous-tend la théorie cosmopolitique de la construction européenne¹⁵⁹⁷. La première catégorie regrouperait ainsi les droits « les plus » fondamentaux, pareillement reconnus, au niveau de la *Communauté* et des *Etats-membres*, comme des *normes* cardinales fondatrices d'une société juste. Le second groupe rassemblerait les droits considérés comme des *normes* fondatrices par un ou plusieurs *Etats-membres*, et reconnus comme des *valeurs* – représentant une conception respectable de la vie bonne – au niveau *supranational*. La troisième catégorie engloberait des principes représentant, tant aux yeux des *Etats* que de la *Communauté*, des *valeurs* nécessairement concurrentes, porteuses de projets politiques différents, demandant à être combinées et synthétisées dans les actions des pouvoirs publics. Enfin, la quatrième catégorie regrouperait des intérêts plus pragmatiques, à la fois subordonnés au respect des normes et des valeurs et nécessaires au maintien d'une société juste et à la réalisation de projets politiques véhiculant une conception de la vie bonne¹⁵⁹⁸.

1331. – Une telle classification quadripartite permettrait de surmonter la première difficulté exposée plus haut. Elle donnerait à l'Union européenne une identité propre, qui ne se résume pas à l'adhésion à une poignée de normes universalisables. Cette identité se traduirait d'une part dans la reconnaissance et la promotion de certaines *valeurs* propres au projet européen, incarnant un projet de société déterminé, procédant d'une *Weltanschauung* historiquement et culturellement située¹⁵⁹⁹. Cette spécificité européenne s'exprimerait d'autre part dans le dédoublement de la dichotomie « normes-valeurs » selon l'axe « Communauté – Etats-membres ». La construction européenne trouverait ainsi son *modus essendi* dans une double articulation, horizontale et verticale : entre le juste et le bien d'une part, entre la Communauté et les Etats membres de l'autre¹⁶⁰⁰. On laissera à d'autres le soin de développer plus avant, sur le plan théorique, ces réflexions encore inchoatives. Il nous semble cependant qu'il y a là l'embryon d'un véritable projet politique pour l'Union européenne, et les linéaments d'une dialectique entre libéralisme et communautarisme, que F. Ost et M. van de Kerchove appelaient de leurs vœux¹⁶⁰¹.

1332. – Notre ébauche de classement conduit également à dépasser la seconde aporie dans laquelle s'enferment les théories du patriotisme constitutionnel. A la croyance en un « mur coupe-feu »¹⁶⁰² entre normes et valeurs, entre droits et principes, entre déontologie et téléologie, elle substitue l'idée d'une normativité graduelle. Jamais totale et jamais nulle, celle-ci est plus ou moins forte selon qu'elle s'attache aux droits compris dans les premières ou dans les dernières catégories de notre

¹⁵⁹⁶ U. BECK, E. GRANDE, *op. cit.*, p.364.

¹⁵⁹⁷ Cette façon de concevoir certains droits fondamentaux comme des *valeurs* représentant une *culture* particulière et oeuvrant à une conception de la vie *bonne* se retrouve chez un communautarien tel que J. RAZ (*The Morality of Freedom*, 1986, spéc. p.255-263).

¹⁵⁹⁸ Ces « intuitions » sont présentées plus longuement *infra*, n°1445 et s.

¹⁵⁹⁹ Dans le même sens, cf. K. LENAERTS, M. DESOMER, « Bricks for a Constitutional Treaty of the European Union : values, objectives and means », *E.L.R.*, 2002, vol.27, p.377-407, spéc. p.380 : « (...) the Charter in fact contains not only a series of classical fundamental rights, such as the right to life and the right to human dignity, but also rights meeting present-day aspirations and concerns of European citizens, such as the protection in the case of unjustified dismissal, the right to good administration or access to documents of the Union's institutions. Precisely because it reflects the most fundamental *values* that uphold the Union as a *polis*, the Charter could constitute a certain response to the mistrust displayed *vis-à-vis* the European project (...) » (souligné dans le texte).

¹⁶⁰⁰ S'inscrit ici, en filigranes, la notion de « tolérance constitutionnelle » évoquée notamment par J. WEILER (« Fédéralisme et constitutionnalisme : le *Sonderweg* de l'Europe », *loc. cit.*, p.169), ainsi que par U. BECK et E. GRANDE (*op. cit.*, p.128). Cf. également A. PAPAUX, « L'Union européenne : entre société (*Gesellschaft*) et communauté (*Gemeinschaft*), entre Platon et Aristote », *R.I.E.J.*, n°51, 2003, p.247-273..

¹⁶⁰¹ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p.489-540.

¹⁶⁰² J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, *op. cit.*, p.282.

classement. On n'échappe donc jamais à une opération de pondération d'intérêts, mais il s'en faut de beaucoup que celle-ci se réduise à un exercice purement arbitraire et irrationnel.

1333. – À travers l'idéal de développement durable, les ressources de l'interprétation ont donné ses premières orientations à notre traduction relevante. Avant d'explorer celles-ci plus en détail dans le prochain chapitre, il convient à présent de sonder les balises de *l'argumentation* pour en extraire de nouveaux enseignements susceptibles de guider la résolution de notre équation à deux inconnues.

§2. *L'adhésion de la communauté européenne des lecteurs*

a) **La jurisprudence actuelle : intelligible, rationnelle, raisonnable ?**

1334. – Il est loin le temps où, avec E. Stein, l'on pouvait voir dans la Cour de justice un organe juridictionnel travaillant dans l'ombre, largement ignoré du grand public et du monde politique, « [t]ucked away in the fairyland Duchy of Luxembourg and blessed, until recently, with benign neglect by the powers that be and the mass media (...) »¹⁶⁰³. La jurisprudence des juges de Luxembourg fait désormais l'objet d'une attention soutenue, tant de la part des media et des gouvernements nationaux¹⁶⁰⁴ que de la communauté scientifique¹⁶⁰⁵. L'auditoire confiant et dissipé des débuts de l'intégration européenne s'est aujourd'hui transformé en un cercle de lecteurs consciencieux et critiques, soumettant le travail des juges communautaires à une analyse serrée et sans complaisance¹⁶⁰⁶.

1335. – Dans ce contexte, la capacité de la jurisprudence communautaire à emporter l'adhésion de ses lecteurs est à la fois plus nécessaire et plus compromise que jamais. À n'en pas douter en effet, la légitimité de la Cour de justice tient largement à son aptitude à satisfaire les attentes d'une opinion européenne toujours plus morcelée. D'aucuns vont jusqu'à considérer que face à des textes juridiques lacunaires, susceptibles de diverses interprétations pareillement défendables, les réactions de l'auditoire européen constituent le meilleur – le « moins mauvais » – critère permettant de jauger le bien-fondé d'une décision jurisprudentielle¹⁶⁰⁷. Ce point de vue paraît sans nul doute excessif dès lors qu'il refuse de prendre au sérieux le discours juridique lui-même, lequel se trouve réduit à un type de discours politique parmi d'autres, dont la justesse se mesure au seul moyen d'un étalon sociologique. Il n'en demeure pas moins qu'à peine de mettre en péril sa crédibilité et son autorité, la Cour de justice doit fournir des « traductions juridictionnelles » susceptibles d'entraîner l'adhésion de lecteurs sans cesse plus exigeants. Elle doit ainsi s'efforcer de rendre des décisions tout à la fois *intelligibles, rationnelles et raisonnables*.

1336. – Il n'est guère aisé d'apprécier dans quelle mesure la jurisprudence communautaire, même réduite à notre domaine d'investigation, satisfait à cette triple exigence. Incontestablement, la plupart des arrêts analysés dans cette étude présentent, par certains côtés du moins, les vertus nécessaires à l'adhésion de leur lectorat. Concernant l'impératif d'*intelligibilité*, on relèvera le souci de clarté et de didactisme manifesté par la Cour dans certaines de ses décisions. Ainsi en est-il de l'arrêt *Allemagne c. Conseil* (« Tabac I »)¹⁶⁰⁸, qui s'attache à spécifier les conditions du recours à l'article 95 CE et

¹⁶⁰³ E. STEIN, « Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution », *A.J.I.L.*, 1981, vol.75, p.1.

¹⁶⁰⁴ Cf. M-P. GRANGER, « When governments go to Luxembourg... : the influence of governments on the Court of Justice », *E.L.R.*, 2004, p.3-31.

¹⁶⁰⁵ « [T]he Court is being subjected to empirical investigation, to critical theorizing, to public-attitude surveys, and to a general demystification of the Community judicial function. In other words, the Court is finally receiving the attention from social scientists which its importance in the European structure merits » (J. WEILER, « The Least Dangerous Branch: A Retrospective and Prospective of the European Court of Justice in the Arena of Political Integration », in J. WEILER, *The Constitution of Europe*, 1999, p.217).

¹⁶⁰⁶ Sur cette évolution, cf. R. DEHOUSSE, *La Cour de justice des Communautés européennes*, 2^{ème} éd., 1997.

¹⁶⁰⁷ Cf. H. RASMUSSEN, « Between Self-Restraint and Activism : A Judicial Policy for the European Court », *E.L.R.*, 1988, vol.13, p.28-38. L'auteur n'a du reste pas hésité à mettre en pratique cette position dans sa thèse de doctorat : *On Law and Policy in the European Court of Justice*, *op. cit.*

¹⁶⁰⁸ Cf. *supra*, n°1056-1060.

encadre – sans prétendre l'évacuer – le flou qui nimbaît auparavant cette disposition. L'exigence de *rationalité* apparaît quant à elle largement respectée dans ces affaires où rentrent en conflit une liberté de circulation et une mesure nationale assurant la protection d'un droit de l'homme. La Cour suit ici toujours – en ce compris dans l'arrêt *Schmidberger* – un même raisonnement en trois temps. Après avoir déterminé l'existence d'une entrave à la libre circulation (i), elle cherche dans le but poursuivi par la mesure nationale un titre de dérogation à l'impératif du libre-échange (ii), avant d'opérer un contrôle de proportionnalité entre ces intérêts concurrents (iii). Rudimentaire, ce test en trois étapes n'en présente pas moins une indéniable cohérence sur le plan formel. Enfin, nul ne contestera que de nombreux arrêts de la Cour sont dictés par des considérations de bon sens, qui les rendent parfaitement *raisonnables*. On rappellera à cet égard que dans l'arrêt *Baumbast*¹⁶⁰⁹ un ressortissant allemand fut autorisé à demeurer au Royaume-Uni avec sa famille, même si, contrairement au prescrit de la directive 90/64, l'assurance-maladie dont il disposait en Allemagne ne couvrait pas les soins urgents dispensés sur le territoire britannique. La Cour estima en effet que, vivant au Royaume-Uni depuis de nombreuses années sans jamais avoir été à charge de la collectivité, la famille Baumbast bénéficiait d'un droit de résidence qu'il eût été disproportionné de lui dénier sur base d'une application légaliste et tatillonne d'une disposition de droit dérivé.

1337. – Si la Cour n'est donc pas insensible aux exigences de l'intelligibilité, de la rationalité et du sens commun dans la rédaction de ses arrêts, force est toutefois de reconnaître que ces qualités font largement défaut lorsque l'on élargit le regard à l'ensemble de la jurisprudence relative aux rapports entre droits de l'homme et libre circulation. Analysés séparément, dans leur contexte et à l'époque de leur prononcé, la plupart des arrêts qui composent cette jurisprudence sont accompagnés d'une motivation suffisamment claire et convaincante pour susciter l'adhésion de leurs lecteurs. Considérée dans sa globalité en revanche, cette chaîne d'arrêts présente trop d'incohérences, d'incertitudes et de zones d'ombre pour emporter une totale conviction.

1338. – Ce sont ces insuffisances – ou du moins certaines d'entre elles – que l'on prétend à présent identifier et « redresser ». À cet égard, l'on pose l'hypothèse que ce n'est qu'en prenant davantage « le droit au sérieux » que la Cour sera capable de construire une jurisprudence dont l'intelligibilité, la rationalité et le bon sens garantiront la crédibilité et l'acceptabilité générales.

b) Prendre le droit au sérieux

1339. – La jurisprudence communautaire qui fait l'objet de la présente étude nous semble pécher par l'ambiguïté du rapport qu'elle entretient à l'égard du discours juridique. Tantôt « nominaliste », la Cour accorde au langage du droit – et aux exigences de la logique juridique – une place décisive dans son raisonnement et ses décisions. Tantôt plus « réaliste », elle refuse de prendre au sérieux les artefacts du langage juridique et ancre sa décision dans des considérations de type politique ou moral. Dans le premier cas de figure, les arrêts satisfont à l'exigence de cohérence formelle requise par les impératifs d'intelligibilité et de rationalité. Dans le second, ils obéissent au « bon sens » et débouchent sur un verdict « raisonnable ». Cette oscillation entre deux pôles *a priori* inconciliables n'est pourtant pas inévitable. Il semble en effet possible de construire un raisonnement juridique clair et formellement cohérent qui ne soit pas pour autant déraisonnable. Si la « traduction juridictionnelle » doit respecter les structures grammaticales et le sens des mots qui habitent le langage juridique, elle peut néanmoins largement contribuer à la construction de ces structures et de ces significations en recourant aux « Notes du Traducteur » qui font le lien entre le registre formel du droit et ses ressorts « substantiels » – fondés sur l'interprétation des textes ou sur des considérations de bon sens.

1340. – Ces réflexions théoriques prendront un tour plus concret lorsque l'on aura montré que les hésitations de la Cour de justice à prendre le langage juridique au sérieux trouvent à s'exprimer dans le flou entourant la définition et le statut des deux termes de notre équation de départ : les droits fondamentaux d'une part (i), la libre circulation de l'autre (ii).

¹⁶⁰⁹ Cf. *supra*, n°927-928 ; 997-1000.

1341. – (i) Notre étude de la jurisprudence communautaire a montré que celle-ci abritait, outre des conflits – et des alliances – « explicites », un grand nombre de conflits – et d’alliances – « manqués » et « potentiels » entre libre circulation et droits fondamentaux. Sans s’appesantir sur cette découverte abondamment commentée plus haut, on signalera que la présence de ces relations « implicites » n’est pas de nature à renforcer l’intelligibilité et la rationalité de la jurisprudence de la Cour de justice. D’un côté en effet, celle-ci semble donner à la notion même de droit fondamental une signification juridique particulière dès lors qu’elle érige les droits de l’homme au rang des principes généraux du droit communautaire. Prenant au sérieux le « discours des droits », elle semble ainsi consacrer une catégorie juridique déterminée. Par un autre côté en revanche, la Cour paraît faire peu de cas du « label » « droit de l’homme », tantôt reconnaissant, tantôt ignorant sa présence derrière l’intérêt invoqué à l’encontre de la libre circulation.

1342. – Cette ambiguïté se répercute au niveau du statut normatif accordé aux droits fondamentaux. Tantôt la Cour semble reconnaître à la catégorie juridique des droits de l’homme une normativité supérieure aux autres intérêts opposés à la libre circulation. Ainsi en est-il de l’affaire *Schmidberger*, dans laquelle un droit de l’homme, *en tant que droit de l’homme*, voit son statut porté – peu ou prou – à la hauteur des quatre libertés. Tantôt en revanche, les juges paraissent dénier aux droits fondamentaux toute normativité particulière. Ceux-ci sont alors ravalés au rang d’intérêts ordinaires, leur libellé pompeux ne trahissant, pour la Cour, rien d’autre qu’une figure rhétorique.

1343. – La Cour semble ainsi empêtrée dans un curieux « trilemme »¹⁶¹⁰. Soit – première option – elle s’efforce de prendre au sérieux le discours juridique et ses artefacts. Elle traque systématiquement la présence de droits de l’homme dans les affaires qui lui sont soumises – évitant ainsi les conflits et alliances « manqués » et « potentiels » – et reconnaît à ceux-ci un statut particulier, dans la ligne de l’arrêt *Schmidberger*. Le problème d’une telle approche réside toutefois dans sa contribution à l’inflation du « discours des droits », qui ne manquera pas de déboucher sur la multiplication d’affaires *a priori indécidables*. C’est qu’à multiplier les droits fondamentaux et à leur donner à tous un statut primordial, on favorise la survenance de conflits « tragiques » qui ne vont dans le sens ni d’une rationalisation du raisonnement juridique, ni d’une prise au sérieux de ces droits – nul n’ignorant que l’inflation entraîne la dévaluation. La Cour peut également – seconde option – développer une approche purement « réaliste », « substantielle » ou « essentialiste », qui refuse de se laisser abuser par le « voile juridique ». Elle n’accorde alors aucune importance à l’emballage « droit-de-l’hommesque », et résout ses équations en ne tenant compte que des intérêts bruts, tels qu’ils se manifestent dans le cas de l’espèce. Jetant le discrédit sur l’ensemble du discours juridique, pareille tactique n’est pas non plus à l’abri de toute critique. Elle confine à un *scepticisme* très « benthamien » à l’égard des droits de l’homme, et scie la branche même sur laquelle repose l’autorité de la Cour. Ramenant l’articulation des rapports entre droits de l’homme et libre circulation à un « arbitrage du bon sens », elle refuse de conférer à certaines valeurs une prééminence de principe et dénie à la Cour toute compétence particulière pour opérer ces arbitrages. Entre Charybde et Scylla, la Cour peut enfin – troisième option – ne pas cesser d’osciller, se condamnant ainsi à une incohérence qui ne favorise ni l’intelligibilité, ni la rationalité, ni la « raisonnabilité » de sa jurisprudence.

1344. – Face à ces difficultés, il semble que la seule manière de prendre le droit au sérieux consiste à adopter une approche nominaliste critique. On veut dire par là que, loin du scepticisme réaliste, les exigences d’intelligibilité, de rationalité et de bon sens invitent la Cour à donner à la catégorie des droits de l’homme un contenu et un statut déterminés, qui la distinguent des autres intérêts susceptibles d’entraver la libre circulation. Pour autant, à peine de verser dans un nominalisme béat, il convient de donner à cette catégorie un contenu limité et de faire ainsi barrage à une « dérive du sens » en tout point nuisible à la protection des droits fondamentaux. On en revient par là à la classification « quadripartite » évoquée plus haut¹⁶¹¹, qui fera l’objet de plus amples développements dans le chapitre suivant¹⁶¹².

¹⁶¹⁰ Cf. *supra*, n°868.

¹⁶¹¹ Cf. *supra*, n°1327 et s.

¹⁶¹² Cf. *infra*, n°1445 et s.

1345. – Cette entreprise de « mise en ordre » des intérêts opposables aux « quatre libertés » devrait même aller plus loin pour emporter réellement l’adhésion de la « communauté européenne des lecteurs ». On peut en effet considérer que la seule manière d’encadrer le « flou des droits » et l’arbitraire du juge – auxquels mènent inexorablement les trois pôles du trilemme susmentionné – consiste à bâtir un syllogisme à plusieurs branches. Celui-ci procéderait d’un raffinement de la démarche en trois étapes actuellement utilisée par la Cour – principe-exception-proportionnalité. Jouant sur des variations au niveau de la marge d’appréciation accordée à l’auteur de la mesure contestée et au niveau de la répartition du « risque de non-persuasion »¹⁶¹³ entre les parties au litige, il comporterait un certain nombre de « canaux » instaurant un contrôle de validité plus ou moins sévère selon l’importance des intérêts en jeu.

1346. – On se gardera bien évidemment de voir dans ce syllogisme à plusieurs branches la panacée qui permettra, une fois pour toutes, de résoudre les dilemmes constitutionnels sur lesquels la science juridique a toujours échoué. Reposant sur un critère unique aux contours bien déterminés¹⁶¹⁴, une telle « méthode différenciée »¹⁶¹⁵ aurait toutefois le mérite d’introduire davantage de clarté, de rationalité et de bon sens dans la jurisprudence relative aux rapports entre droits fondamentaux et libre circulation. Davantage de clarté, dès lors qu’à chaque catégorie juridique correspondrait un type de contrôle particulier. Davantage de rationalité, dès lors que le raisonnement de la Cour suivrait une logique déductive fondée sur les principes d’« universalisabilité » et de différence – invitant à traiter de la même manière les cas semblables et différemment les cas différents¹⁶¹⁶. Davantage de bon sens, dès lors que des mesures protégeant des droits ou des intérêts plus importants feraient l’objet d’un contrôle juridictionnel plus lâche.

1347. – Insistons-y cependant, il ne s’agit pas ici de renouer avec une quelconque utopie « leibnizienne » ni de ramener le raisonnement juridique à un vaste syllogisme fermé sur lui-même. Il est évident que les « canaux » évoqués ci-dessus représentent la prémisse majeure d’un syllogisme qui devra être *construit* de bout en bout par les juges. Tout orientée qu’elle soit par un certain nombre de balises, cette construction n’en porte pas moins nécessairement la trace d’un *certain* arbitraire et d’une *certaine* subjectivité. Ceci étant, le modèle syllogistique proposé a au moins le mérite de cantonner le décisionnisme du juge – et partant, le débat entre les parties – au niveau de la construction des

¹⁶¹³ Sur cette notion, cf. *supra*, n°1244 et s.

¹⁶¹⁴ Cette méthode différenciée échapperait ainsi largement aux critiques traditionnellement adressées à la doctrine de la marge d’appréciation mise en œuvre par la CEDH, qui obéit à un grand nombre de variables plus ou moins floues et plus ou moins explicites (existence d’un consensus européen, gravité de l’atteinte, importance du droit violé, « sensibilité politique » de l’affaire, etc.). Pour une synthèse de ces critiques, cf. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité...*, *op. cit.*, p.511-546. Ce même auteur se montre critique à l’égard de l’arrêt *Chassagnou*, dans lequel la CEDH a accordé aux autorités nationales un surcroît de marge d’appréciation en raison de l’importance de l’intérêt – la protection d’un droit fondamental concurrent – invoqué par celles-ci pour justifier une atteinte à la liberté d’association (*Ibid.*, p.536-537 ; *Adde* : ID., « Conflits entre droits... », *loc. cit.*). L’auteur voit dans le raisonnement de la Cour une forme d’abdication du pouvoir juridictionnel face à un « cas tragique », abdication d’autant moins excusable que l’affaire met précisément en jeu un conflit de droits : « en creux, va nécessairement se poser la question d’une préférence, plus ou moins prononcée, reconnue à l’un des droits conflictuels. Or, n’est-ce pas là une question pour la résolution de laquelle le juge européen est, *de facto* et *de iure*, « mieux placé » que les autorités nationales, lui qui est l’interprète authentique de la Convention et le gardien de sa cohérence ? ». Pour percutante qu’elle soit, cette critique n’est guère transposable à notre proposition, dans laquelle la technique de la marge d’appréciation aboutit effectivement à instaurer une hiérarchie – graduelle, mais néanmoins fixe et claire – entre droits fondamentaux et libertés de circulation. La déférence dont feraient preuve les juges communautaires dans la mise en œuvre de notre proposition devrait dès lors s’analyser non pas comme une forme d’abdication du droit face à la politique, mais au contraire comme une contribution à la reconstruction d’un système d’adjudication cohérent.

¹⁶¹⁵ La jurisprudence communautaire porte déjà les traces d’un contrôle de proportionnalité à l’intensité variable. Nul n’ignore par exemple que les actes à portée générale adoptés par les autorités européennes bénéficient d’une marge d’appréciation plus importante que les actes communautaires individuels ou que les mesures prises par les Etats membres (N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality*, *op. cit.*, p.181). Le critère que l’on propose – l’importance de l’intérêt poursuivi – semble cependant plus justifié que ces critères « politiques » relatifs à l’identité de l’auteur ou à la portée de la mesure contrôlée.

¹⁶¹⁶ Dans un sens relativement proche, cf. le plaidoyer de L. MORAL SORIANO en faveur d’un plus grand attachement de la Cour de justice à la cohérence « formelle » de sa jurisprudence (« A Modest Notion of Coherence in Legal Reasoning. A Model for the European Court of Justice », *Ratio Juris*, 2003, vol.16, p.296-323).

prémisses. Tout à la fois, donc, il *encadre* et *donne à voir* la manifestation indépassable du flou du droit.

Une fois encore, ces considérations abstraites paraîtront sans doute trop éthérées pour être réellement utiles. Elles acquerront cependant une tout autre résonance lorsque, dans le chapitre suivant, l'on s'attellera à la construction de notre traduction relevante sous la forme d'un vaste syllogisme – ou, à tout le moins, de la majeure de celui-ci.

1348. – (ii) La jurisprudence communautaire enveloppe également le second terme de notre équation – la libre circulation – d'incertitudes qui cadrent difficilement avec les exigences d'intelligibilité, de rationalité et de bon sens nécessaires à l'adhésion de la « communauté européenne des lecteurs ».

1349. – Quant aux *libertés de circulation* d'une part, on notera que leur nature tout comme leur champ d'application demeure passablement nébuleux. S'apparentant à la fois à des droits fondamentaux et à des outils au service de l'intégration économique, opposables tantôt aux seules mesures discriminatoires tantôt à toutes les réglementations entravant le commerce intracommunautaire, dotées de régimes juridiques partiellement différents, les « quatre libertés » demeurent une énigme pour qui se plonge dans la jurisprudence de la Cour. Celle-ci semble ici encore hésiter entre une approche nominaliste et formelle, qui risque de scléroser sa jurisprudence, et une approche sceptique et pratique, qui porte en elle les germes de l'insécurité juridique.

1350. – Ces incertitudes soulèvent d'innombrables difficultés au niveau du traitement des alliances entre droits de l'homme et libertés de circulation. Car si le bon sens s'oppose à ce que des alliances « génétiques » – se bornant, par exemple, à alléguer l'existence d'une violation du droit au libre exercice de l'activité économique en sus d'une atteinte à la libre circulation des marchandises – se voient reconnaître une quelconque efficacité juridique, encore faut-il être capable de faire clairement le départ entre ces alliances « redondantes » et d'autres types d'alliances, telles que les alliances « contingentes ». Il semble en effet nettement moins raisonnable de dénier à celles-ci toute plus-value normative ; le sens commun et le respect dû aux mots du droit n'oblige-t-il pas à faire preuve d'un surcroît de sévérité à l'égard d'une mesure qui, par exemple, non contente d'entraver la libre prestation des services d'un opérateur économique, viole en outre sa liberté d'expression ?

1351. – Une meilleure définition des contours des libertés de circulation permettrait en outre de développer une jurisprudence plus claire à l'endroit des alliances dites « nécessaires » et « volontaires ». Il semble en effet difficile de déterminer dans quelle mesure une atteinte à un droit fondamental est susceptible de compromettre l'exercice effectif d'une liberté de circulation – alliances « nécessaires » – si l'on ne s'entend pas au préalable sur ce que recouvre précisément cette dernière. Plus encore, seul un éclaircissement de la nature et du statut des libertés de circulation permettra de décider si, comme nous y invite l'AG Jacobs, toute atteinte aux droits fondamentaux d'un citoyen migrant doit être considérée *per se* comme une violation de sa liberté de circulation. Si les exigences d'intelligibilité et de rationalité n'offrent guère de réponse toute faite à ces interrogations, elles invitent en tout cas la Cour à forger des solutions de principe, seules capables d'introduire un minimum de cohérence et de sécurité juridique dans cette zone jurisprudentielle très chahutée. C'est pourquoi, guidés par des considérations de bon sens et par l'horizon du « développement durable », l'on se risquera à proposer des réponses claires et tranchées à certaines de ces questions dans le chapitre suivant¹⁶¹⁷.

1352. – Quant au *marché intérieur* d'autre part, on relèvera qu'il s'agit là d'une notion aux contours et au statut encore plus flous que la précédente. Dans l'arrêt *Allemagne c. Conseil* (« Tabac I »)¹⁶¹⁸, la Cour s'est pourtant efforcée de lui donner un contenu et une force juridiques spécifiques en interdisant le recours à l'article 95 CE pour des motifs étrangers à l'intégration économique. Ce respect ponctuel pour les mots du droit rend toutefois plus criantes encore les incohérences qui parsèment certains

¹⁶¹⁷ Cf. *infra*, n°1397 et s.

¹⁶¹⁸ Cf. *supra*, n°1056-1060.

arrêts analysés dans cette étude. On se limitera à renvoyer aux critiques émises plus haut à l'encontre de certaines « alliances institutionnelles », qui permettent au législateur communautaire de recourir à l'article 95 CE pour protéger des intérêts non-marchands *au-delà* voire *à rebours* des exigences du marché intérieur¹⁶¹⁹. Ici encore, l'intelligibilité, la cohérence formelle et le bon sens s'opposent à ce que la compétence « marché intérieur » du législateur communautaire soit mise au service d'autres finalités que celle de l'intégration économique. Si l'harmonisation des législations touchant aux droits de l'homme ou à d'autres intérêts non-marchands est parfois *nécessaire* à l'établissement du marché intérieur, la protection de ces droits et de ces intérêts ne saurait être l'objectif *premier et autonome* d'une mesure communautaire fondée sur l'article 95 CE.

1353. – Les exigences de rationalité et de « bon sens » semblent encore s'opposer à l'extension des compétences de la Cour de justice engendrée par les « alliances de voisinage »¹⁶²⁰. Sont ici visées les situations dans lesquelles la simple « proximité » d'une liberté de circulation ou d'une mesure de droit dérivé *pourtant inapplicable au cas de l'espèce* suffit à la Cour pour s'arroger le pouvoir de contrôler la conformité d'une mesure nationale au regard des droits fondamentaux. Sans nous y attarder outre mesure, on conviendra que ces simples « relations de voisinage » sont loin de fournir un fondement rationnel ou raisonnable à la compétence de la Cour de justice.

1354. – Pour emporter l'adhésion de ses lecteurs, la jurisprudence analysée dans ce travail doit donc subir un certain nombre d'inflexions et de clarifications, qui sonnent comme autant d'appels à prendre le droit au sérieux. Les exigences de clarté, de rationalité et de « raisonnabilité » invitent la Cour à affiner les contours des catégories juridiques qui fondent notre équation de départ. Une telle remise en ordre permettra d'une part d'instaurer un traitement différencié et systématisé des *conflits* entre droits fondamentaux et libre circulation. Elle fournira d'autre part une compréhension plus fine des phénomènes d'*alliances*, permettant d'en combattre certains (alliances génétiques et de voisinage), d'en reconnaître d'autres (alliances contingentes), et de préciser les limites d'autres encore (alliances nécessaires, volontaires, et institutionnelles).

§3. Inputs et outputs d'une communication en réseau

a) Les prémices d'un dialogue en réseau

1355. – Nul n'ignore que la construction européenne est le « paradis des réseaux »¹⁶²¹. Lieux d'expression privilégiés du « désordre normatif »¹⁶²², l'Union et la Communauté européennes s'édifient sur le mode de la « *multilevel governance* ». Le lobbying des multinationales et des ONG auprès des institutions européennes, la consécration de la « méthode ouverte de coordination »¹⁶²³, la mise en place d'un « réseau européen de la concurrence », le succès du concept de « constitutionnalisme multiniveaux », le recours croissant à la « comitologie » sont autant de signes d'une fragmentation du pouvoir normatif européen. Celui-ci s'exerce conjointement à travers une multiplicité d'acteurs qui sont ainsi appelés, bon gré, mal gré, à s'entendre et à coopérer.

1356. – La Cour de justice se trouve elle-même enserrée dans ce réseau d'acteurs¹⁶²⁴. Colosse aux pieds d'argile, on sait d'abord qu'elle ne peut rien sans le soutien des juridictions des Etats membres.

¹⁶¹⁹ Cf. *supra*, n°1070-1073.

¹⁶²⁰ Sur ce type d'alliance, cf. *supra*, n°861-864 et 965-969.

¹⁶²¹ Sur les réseaux et la construction européenne, cf.e.a. C. HARLOW, R. RAWLINGS, « Promoting Accountability in Multilevel Governance : A Network Approach », *E.L.J.*, vol.13, 2007, p.542-562 ; T. BÖRZEL, « What's So Special About Policy Networks ? », *EIoP*, vol.1, 1997, n°16 ; U. BECK, E. GRANDE, *op. cit.*, p.102-103 ; P. MAGNETTE, E. REMACLE, « La grande transformation de l'Europe », in P. MAGNETTE, E. REMACLE (dir.), *Le nouveau modèle européen*, vol.1, 2000, p.13-14 ; F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p.65-78.

¹⁶²² H. OBERDORFF, « Ordre et désordres normatifs dans l'Union européenne », *R.D.P.*, 2006, p.113-127.

¹⁶²³ Sur ce sujet, et avec un parallèle entre le succès de la MOC et le passage de la pyramide au réseau, cf. J. PITSEYS, « La méthode ouverte de coordination », *R.I.E.J.*, n°54, 2005, p.63-95 (I) et *R.I.E.J.*, n°58, 2007, p.151-179 (II).

¹⁶²⁴ Parmi les auteurs qui, s'inspirant des écrits de F. Ost et M. van de Kerchove, ont évoqué la figure du réseau pour analyser les relations entre la CJCE et d'autres juridictions – nationales ou internationales –, cf. F. TULKENS, J. CALLEWAERT, « Le

Chargés de l'application du droit communautaire et appelés à nourrir le contentieux de la Cour de justice par le biais du renvoi préjudiciel, les cours et tribunaux nationaux sont véritablement la « centrale électrique »¹⁶²⁵ de la mécanique communautaire. De longue date, la CJCE s'est ainsi impliquée dans un « dialogue constitutionnel » avec ses homologues nationaux¹⁶²⁶. On peut ainsi rejoindre C. Timmermans qui, à propos des relations entre la CJCE et les juridictions suprêmes des Etats membres, évoque l'existence d'un « (...) dialogue between courts through their case law. This dialogue is not limited to implicitly asking for more protection, as in the case of fundamental rights. It might occasionally also send signals asking for more judicial restraint »¹⁶²⁷.

1357. – Les juridictions des Etats-membres ne sont toutefois pas les seuls interlocuteurs de la CJCE, loin s'en faut. Comme l'affirme K. Boskovits, la Cour est insérée « dans un réseau d'interprétations concurrentes du traité (...). En effet, les Etats membres, dans l'exercice de leurs compétences (...) et dans l'exécution des mesures communautaires, et les institutions qui participent aux différentes étapes du processus normatif communautaire, exercent, eux aussi, un pouvoir d'interprétation du traité fondateur de la Communauté »¹⁶²⁸. Ces contre-pouvoirs sont bien réels, tant il est vrai que sans leur approbation, les arrêts de la Cour de justice demeureraient lettre morte. A côté de ces acteurs normatifs « officiels », il en est d'autres plus « informels », qui ne jouissent que de la force de persuasion pour faire valoir leurs vues auprès des juges du Kirchberg. On pense bien évidemment aux juridictions étrangères et internationales – et en particulier à la CEDH –, mais aussi aux avocats généraux, à la doctrine et aux simples particuliers.

1358. – Avec S. Besson, on est alors amené à considérer que le « droit-intégrité » de l'Union européenne implique la recherche d'une harmonie – revoilà le thème du concerto – dans la création de ce droit en réseau¹⁶²⁹. Les différents « foyers de droit » – nationaux et communautaires – sont ainsi appelés à dialoguer et à accorder leurs positions de telle sorte que « European law speaks with just one voice ». Dans ce processus de communication permanente et d'ajustement mutuel, la Cour de justice a bien évidemment un rôle central à jouer.

1359. – Si l'on concentre le regard sur le contentieux touchant aux rapports entre libre circulation et droits de l'homme, force est de constater que la CJCE a pris acte des signaux envoyés par les participants à ces « traductions en réseau ». Rappelons à cet égard que c'est sous la menace de plusieurs juridictions nationales et à l'instigation de certains avocats généraux que la Cour s'est lancée dans un processus de constitutionnalisation des droits de l'homme. Notons également que la CJCE n'a pas hésité à s'appuyer sur la proclamation formelle des institutions européennes à Nice pour

point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme », in J-Y. CARLIER, O. DE SCHUTTER (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 2002, p.219-240 ; J-Y. CARLIER, « La garantie des droits fondamentaux en Europe : pour le respect des compétences concurrentes de Luxembourg et de Strasbourg », *R.Q.D.I.*, 2000, n°13.1, p.37-61 ; J-P. JACQUE, « Droit constitutionnel, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques », *R.F.D.C.*, 2007, vol.69, p.3-37, spéc. p.5.

¹⁶²⁵ D. EDWARD, « National Courts – the Powerhouse of Community Law », disponible à l'adresse suivante : http://www.law.du.edu/david_edward/publications/pdf/CD/National%20Courts%20-%20the%20Powerhouse%20of%20Community%20Law'%20the%20MAck.pdf

¹⁶²⁶ Sur ce sujet, cf. A. STONE SWEET, « Constitutional Dialogues in the European Community », in A-M. SLAUGHTER, A. STONE SWEET, J. WEILER (eds.), *The European Court and the National Courts: Legal Change in its Social, Political, and Economic Context*, 1998, p.305-328. Dans le même sens, cf. A. TIZZANO, « La protection des droits fondamentaux en Europe : la Cour de justice et les juridictions constitutionnelles nationales », *R.D.U.E.*, 2006, n°1, p.12-13 : « Depuis toujours (...), la CJCE n'a jamais manqué une occasion de souligner que les rapports qu'elle entretient avec les juges nationaux (...) ne se définissent pas en termes de « suprématie » mais de « collaboration », une collaboration à laquelle elle se prête comme une sorte d'auxiliaire de justice au service des juges nationaux confrontés à un système normatif très complexe, articulé autour d'une panoplie touffue de textes, qui de plus font foi dans un grand nombre de langues, et qui doivent s'imposer et produire leurs effets de manière uniforme dans plusieurs Etats et systèmes juridiques ».

¹⁶²⁷ C. TIMMERMANS, « The European Union's Judicial System », *C.M.L.R.*, 2004, p.393-405.

¹⁶²⁸ K. BOSKOVITS, *op. cit.*, p.70-71. Sur l'existence et la désirabilité d'un dialogue entre la Cour de justice et les organes « politiques » de l'UE, cf. J.W.R. REED, « Political Review of the European Court of Justice and its Jurisprudence », *Jean Monnet Working Paper*, 1995, disponible sur www.jeanmonnetprogram.org; O. GERSTENBERG, « Expanding the Constitution Beyond the Court: The Case of Euro-Constitutionalism », *E.L.J.*, 2002, p.172-192.

¹⁶²⁹ S. BESSON, « From European Integration to European Integrity : Should European Law Speak with Just One Voice ? », *E.L.J.*, vol.10, n°3, 2004, p.257-281.

reconnaître un effet normatif – limité – à la Charte des droits fondamentaux¹⁶³⁰. Soulignons en outre le désir de la Cour de justice de « prendre au sérieux » le « discours des droits » utilisé dans les argumentaires des parties et dans les raisonnements des avocats généraux. Evoquons encore le soin avec lequel les juges du Kirchberg ont tâché de s'aligner, autant que faire se peut, sur la jurisprudence de Strasbourg. Relevons enfin le souci, manifesté par la Cour dans certains arrêts, de ne pas « piéger » les Etats en donnant à une question préjudicielle une interprétation qu'ils n'auraient pu prévoir¹⁶³¹.

1360. – Il s'en faut toutefois de beaucoup que la Cour de justice entretienne avec les différents points du réseau une communication intense, lisse et sans accroc. Avec B. De Witte d'abord, on notera qu'en fait de dialogue, c'est plutôt une interaction contrainte qui se noue entre les juridictions nationales et communautaires : « [a] real dialogue, with mutual exchange of arguments, requires a series of subsequent references in different cases raising similar problems, which is rather cumbersome and rarely happens »¹⁶³². On rappellera du reste les frondes plus ou moins explicites que n'a pas manqué d'essuyer la Cour de justice de la part de juridictions nationales tantôt désireuses de régler elles-mêmes les conflits entre droits de l'homme et libre circulation, tantôt soucieuses de conserver la *Kompetenz-Kompetenz* ou d'affirmer la suprématie de la constitution nationale sur les traités européens¹⁶³³. Il convient par ailleurs de constater la frilosité de la Cour de justice sur le « grand marché » des jurisprudences étrangères. A l'heure où même la Cour suprême américaine n'hésite plus à citer des décisions rendues par ses homologues canadienne, sud-africaine ou européennes, il est regrettable que les juges du Kirchberg demeurent aussi réticents à s'inspirer d'exemples étrangers souvent très proches de leurs propres préoccupations. Mais ce n'est pas tout. Il faut encore relever, à tout le moins dans les arrêts étudiés ici, la tendance de la Cour de justice à rendre des décisions casuistiques qui suscitent la perplexité du législateur communautaire – lequel n'arrive pas à « suivre le rythme »¹⁶³⁴ – et l'émoi des Etats membres.

1361. – La Cour doit donc être invitée à améliorer, par sa jurisprudence, la communication avec les différents points du réseau européen. En ce qui concerne les relations entre libre circulation et droits de l'homme, cette amélioration implique la prise en compte d'un certain nombre de consignes qu'il nous appartient à présent de détailler.

b) Juges, encore un effort...

1362. – Nous avons soutenu plus haut que le droit contemporain en réseau se démarquait des ordres juridiques pyramidaux par sa circularité (par opposition à la linéarité), sa polycentricité (par opposition à l'arborescence), et son ouverture (par opposition à la clôture)¹⁶³⁵. L'on a ensuite pu constater que ces trois caractéristiques constituaient autant de voies permettant de concrétiser l'impératif communicationnel auquel est soumis le juge en réseau¹⁶³⁶. Il convient à présent de montrer comment les directives générales que l'on avait alors identifiées pourraient prendre corps dans la jurisprudence communautaire relative aux rapports entre libre circulation et droits fondamentaux.

¹⁶³⁰ Cf. l'arrêt précité C-540/03 *Parlement c. Conseil*, pt.38 ; cf. A. BAILLEUX, « La Cour de justice et les droits de l'homme : A propos de l'arrêt *Parlement c. Conseil* du 27 juin 2006 », *J.T.*, n°6238, 2006, p.589-593.

¹⁶³¹ En ce sens à propos de l'affaire AGM précitée, cf. A. BAILLEUX, « Les droits de l'homme face à la libre circulation – un nouveau conflit porté devant la Cour de justice (C-470/03 *A.G.M. Cos.MET Srl c. Suomen valtio, Tarmo Lehtinen*, 17 avril 2007) », *R.T.D.H.*, 2007, n°72, p.1171-1184.

¹⁶³² B. DE WITTE, « The Closest Thing to a Constitutional Conversation in Europe: The Semi-Permanent Treaty Revision Process », in P. BEAUMONT, C. LYONS, N. WALKER (eds.), *Convergence and Divergence in European Public Law*, 2002, p.41. Sur les limites de ce dialogue et pour une série de propositions visant à l'améliorer, cf. H.W. MICKLITZ, *The Politics of Judicial Co-operation in the EU*, 2005, p.424-502. L'auteur voit dans le dialogue préjudiciel « the principal democratic foundation of the European legal order if three conditions are met: (1) national and European courts must truly cooperate; (2) public interest groups must turn themselves into professionalized legal players; and (3) EU rights and remedies must be understood as political rights ». (p.425)

¹⁶³³ Sur tout ceci, cf. *supra*, n°372 et s.

¹⁶³⁴ A propos de la libre circulation des citoyens européens, cf. *supra*, n°1013.

¹⁶³⁵ Cf. *supra*, n°1174-1183.

¹⁶³⁶ Cf. *supra*, n°1250-1258.

1363. – (i) La *circularité* des ordres juridiques en réseau nous avait conduit à formuler une triple consigne pour le « traducteur en réseau » : *intégrer* les *inputs* provenant des autres foyers de droit ; par des prises de position tranchées, *stimuler* la communication et provoquer la discussion avec ceux-ci ; *anticiper* les réactions des autres points du réseau. Transposées à la Cour de justice et à notre objet d'étude, ces mots d'ordre permettent de poursuivre l'ébauche de notre « traduction relevante ».

1364. – Concernant l'*intégration* des *inputs* d'abord, il appert que la CJCE devrait prendre davantage en considération les messages que lui transmettent les « maîtres des traités ». Il est évidemment très difficile de déceler et de décoder ces messages à travers les différentes réformes des traités, les innombrables déclarations politiques et les divers projets de modification institutionnelle émanant du Conseil européen ou d'ailleurs. On se risquera néanmoins à identifier quelques-uns des moins discutables de ces *inputs*. On relèvera d'abord que l'extension des compétences de la Cour de justice à l'occasion des traités d'Amsterdam et de Nice constitue un signe de confiance envers la haute juridiction et un encouragement à persévérer dans la même voie sans prêter l'oreille aux partisans d'une plus grande « *judicial self-restraint* »¹⁶³⁷. Ensuite, la rédaction et l'adoption¹⁶³⁸ de la Charte des droits fondamentaux, la décision de retirer la « concurrence libre et non faussée » des objectifs de l'Union européenne¹⁶³⁹ et la place grandissante qu'y acquiert la notion de développement durable¹⁶⁴⁰ confirment que l'heure est plus que jamais à la conciliation de valeurs marchandes et non-marchandes désormais placées sur un strict pied d'égalité. Enfin, il est deux dispositions de la Charte des droits fondamentaux que la Cour ne peut méconnaître si elle entend prendre au sérieux les messages que lui adressent les Etats – et les « conventionnels » chargés de la rédaction de la Charte. La première, qui se trouve à l'article 51, précise que la Charte ne peut avoir pour effet d'étendre les compétences de l'Union européenne et que ses dispositions ne s'adressent aux Etats membres que « lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ». Ces craintes très « hamiltoniennes »¹⁶⁴¹, aujourd'hui amplifiées par les déclarations de certains Etats désireux de se soustraire en tout ou en partie à la force normative de la Charte¹⁶⁴², ne peuvent demeurer sans influence sur la jurisprudence relative aux alliances entre libre circulation et droits fondamentaux. Le second message adressé à la Cour par les rédacteurs de la Charte et les « maîtres des traités » réside dans la distinction entre « droits » et « principes » établie aux articles 51, §1^{er}, et 52. Si elle prête le flanc à la critique – nous y reviendrons –, cette distinction signale néanmoins une prise de conscience, dans le chef des Etats et des « conventionnels », des limites du « discours des droits ». Elle s'oppose à une prolifération sans fin des droits fondamentaux et souligne qu'à côté des droits subjectifs, « naturellement » opposables à l'autorité, il est d'autres prérogatives qui incarnent des projets ou des valeurs auxquels seule l'arène politique peut donner forme. Malgré ses insuffisances, cette distinction entre droits et principes peut et doit donc être prise en charge et retravaillée par la Cour, dans ce qui ressemblerait alors à un véritable dialogue entre les différents acteurs du réseau juridique européen.

1365. – La *stimulation* de cette communication réticulaire exige quant à elle de donner aux autres « foyers de droit » l'occasion de contribuer à la construction de la jurisprudence communautaire. Cette exigence pourrait aisément être rencontrée si la Cour de justice concédait à procéder à une triple inflexion de sa jurisprudence. D'abord, qu'il nous soit permis d'y insister, il appartient à la Cour

¹⁶³⁷ Il est vrai que les traités d'Amsterdam et de Nice ne reconnaissent pas la compétence de la Cour de justice pour contrôler les actes des autorités *nationales* au regard du respect des droits de l'homme. Avec K. Lenaerts cependant (« Le respect des droits fondamentaux en tant que principe constitutionnel de l'Union européenne », in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, 1999, spéc. p.429-431), on résistera à une lecture trop négative de cette « omission ». Après tout, le recul de l'histoire conduit plutôt à « regarder le verre à moitié plein » en se félicitant de ce que, avec trente ans de retard sur la jurisprudence de la Cour de justice, les « maîtres des traités » aient conféré à celle-ci la compétence de contrôle des actes *des institutions* au regard du respect des droits de l'homme. Rien ne permet de conclure que par leur demi-silence, les Etats aient cherché à exprimer leur désapprobation envers la jurisprudence de la Cour de justice en matière de droits de l'homme.

¹⁶³⁸ Dans les limites que l'on sait : cf. *supra*, n°220 et s.

¹⁶³⁹ Tels que mentionnés à l'article 3 de feu le traité établissant une Constitution pour l'Europe.

¹⁶⁴⁰ Art.3, §3, du traité établissant une Constitution pour l'Europe ; art.3, §3 du futur traité UE (tel qu'amendé par le traité de Lisbonne).

¹⁶⁴¹ Cf. *supra*, n°81.

¹⁶⁴² Cf. le Protocole sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la Pologne et au Royaume-Uni, présenté *supra*, n°216.

d'élaborer des règles nettes et précises concernant l'articulation des rapports entre droits fondamentaux et libre circulation. Seule l'adoption d'un cadre conceptuel et d'un raisonnement juridique clairs sera à même de susciter des réactions qui, en retour, dicteront de nouveaux aménagements jurisprudentiels. Ensuite, il importe de favoriser le dialogue préjudiciel en définissant une fois pour toutes le rôle assigné aux juridictions des Etats membres dans l'évaluation du caractère discriminatoire et/ou disproportionné des mesures nationales. Aujourd'hui, ces questions sont tantôt tranchées par la Cour de justice elle-même, tantôt renvoyées au juge *a quo* avec ou sans directives, sans qu'aucun critère ne préside au choix entre ces alternatives. Il est urgent de mettre un terme à ces incertitudes et d'instaurer une collaboration équilibrée entre les juges nationaux et le juge « expert ». Enfin, mais sans s'appesantir sur cette question complexe et amplement débattue, l'on plaidera pour un relâchement des conditions de recevabilité des recours en annulation et pour une plus grande ouverture des prétoires aux *amici curiae*. C'est qu'il n'y aurait guère de sens à œuvrer en faveur de l'impératif communicationnel si celui-ci n'était d'abord appliqué dans les salles d'audience du Kirchberg.

1366. – L'*anticipation* des conséquences de ses décisions doit elle aussi servir de guide à la Cour de justice lorsqu'elle traite des relations entre libre circulation et droits de l'homme. Cette exigence d'anticipation devrait, à notre sens, se traduire par le respect d'une double consigne. La première prolonge notre réflexion relative au dialogue préjudiciel. Elle consiste à laisser aux juridictions nationales le soin de corriger, à la marge, les excès d'une application trop mécanique du syllogisme forgé par la Cour de justice. Celle-ci doit en effet se garder d'opérer elle-même ces « sauts vers l'humanité » évoqués plus haut¹⁶⁴³, de peur de se voir submergée d'un flot de nouvelles demandes la poussant à s'aventurer toujours davantage dans les détails des affaires, et l'acculant, tôt ou tard, à la contradiction. Notre seconde consigne entend quant à elle rappeler, une fois encore, les dangers qui couvent derrière une utilisation immodérée du discours des droits fondamentaux. Une inflation excessive de la catégorie juridique des droits de l'homme risque en effet d'aboutir à une multiplication des affaires donnant lieu à des « conflits de droits ». Et l'on ne sait que trop les impasses auxquelles conduisent ces derniers.

1367. – (ii) La polycentricité de l'ordre juridique communautaire nous permet de prendre position sur la question de la place qu'est censée y occuper la Cour de justice. Comme le relevait en son temps C.J. Mann, « (...) the Court of Justice is called to be both guardian of the Treaties and arbiter of the balance of powers in the Communities »¹⁶⁴⁴. Nul ne contestera que ces deux missions sont, au moins parfois, difficilement réconciliables. Là où la première demande à la Cour de veiller à l'unité du droit communautaire en favorisant la constitution d'une union sans cesse plus étroite et en suppléant, le cas échéant, aux carences des organes politiques, la seconde lui confie le rôle d'un arbitre impartial s'assurant que chacun respecte les règles du jeu et s'interdisant tout parti pris en faveur de l'un ou l'autre participant¹⁶⁴⁵. Cette double vocation de juge et de partie constitue bien évidemment une éternelle pomme de discorde pour les auteurs de doctrine. Tandis que les uns, soutenus par l'ancien président de la Cour G.C. Rodriguez Iglesias¹⁶⁴⁶, appellent les juges du Kirchberg à davantage de neutralité¹⁶⁴⁷, les autres, dans la ligne des anciens juges F. Schockweiler¹⁶⁴⁸ et F. Mancini¹⁶⁴⁹,

¹⁶⁴³ Cf. *supra*, n°973.

¹⁶⁴⁴ C.J. MANN, *The Function of Judicial Decision in European Economic Integration*, 1972. p.508.

¹⁶⁴⁵ On peut ici faire un parallèle entre la CJCE et la Cour suprême américaine : cf. K. LENAERTS, *Le juge et la Constitution...*, *op. cit.*, p.645-650.

¹⁶⁴⁶ Lequel « (...) recently reasserted the role of the Court as a custodian of legality rather than as a « motor of integration », a perception of the Court which he firmly rejected » (N. FENNELLY, « Legal Interpretation at the European Court of Justice », *Fordham I.L.J.*, 1997, p.668).

¹⁶⁴⁷ Cf. e.a. T. HARTLEY, « The European Court, Judicial Objectivity and the Constitution of the European Union », *L.Q.R.*, 1996, vol.112, p.95-109 ; H. RASMUSSEN, « Towards a Normative Theory of Interpretation of Community Law », in *The University of Chicago Legal Forum - Europe and America in 1992 and Beyond : Common Problems... Common Solutions?*, 1992, p.135-178.

¹⁶⁴⁸ F. SCHOCKWEILER, « La Cour de justice des Communautés européennes dépasse-t-elle les limites de ses attributions ? », *J.T.D.E.*, 1995, p.73-80.

¹⁶⁴⁹ F. MANCINI, D. KEELING, « Democracy and the European Court of Justice », *M.L.R.*, 1994, vol.57(2), p.175-190.

considèrent qu'il est dans la « nature » de la Cour de justice de promouvoir l'intégration européenne¹⁶⁵⁰.

1368. – Comme nous l'affirmions plus haut, il est vain de prétendre occuper une position de surplomb dans un ordre juridique en réseau. Tout comme les autres « foyers » du droit communautaire, la Cour est « juridiquement située ». Il nous a ainsi été donné d'observer sa relative clémence envers les mesures de droit dérivé attaquées pour atteinte aux droits de l'homme, ainsi que sa promptitude à nouer des alliances entre libre circulation et droits fondamentaux lui permettant d'étendre ses compétences et celles de son législateur. A n'en pas douter, la Cour de justice est « génétiquement » encline à assurer la survie et le développement de la construction européenne. Faut-il s'en émouvoir ? Oui, si cet attachement au navire européen lui fait perdre de vue des engagements plus importants encore, envers les droits de l'homme par exemple. Oui encore, si cette allégeance demeure dissimulée derrière une prétendue objectivité juridique. En revanche, il est somme toute logique et même souhaitable que ce penchant naturel apparaisse à la marge dans les raisonnements du juge communautaire. « *In dubio pro Comunitate* », voilà qui pourrait faire office d'intéressant leitmotiv, et que l'on ne manquera pas d'exploiter – insuffisamment sans doute – dans le chapitre suivant. A quoi l'on pourrait ajouter, dans une veine très « gauchettienne »¹⁶⁵¹, qu'il appartient à la Cour d'assurer la volonté du peuple européen « éternel » par-delà les tergiversations, les reculades, voire l'euroscpticisme du peuple « actuel ».

1369. – A ceux qui s'étonneraient de ces consignes « partisans », on rétorquera qu'elles ont pour effet de rétablir la crédibilité et la légitimité des autres acteurs du réseau, réputés moins « objectifs », telles que les juridictions suprêmes des Etats membres ou les parlements nationaux. Ces lignes directrices donnent du reste tout son sens à la figure du droit en réseau, dont personne ne peut prétendre incarner l'autorité et la justesse, et qui se construit à travers ce dialogue permanent entre des foyers de droit assumant chacun leur position décentrée¹⁶⁵².

1370. – (iii) Enfin, c'est l'ouverture de l'ordre juridique communautaire qui donne ses dernières formes à l'impératif communicationnel adressé à la Cour de justice. C'est ici une fois de plus le thème du comparatisme juridique, du « dialogue » et de la « bénévolance » des juges qui s'impose, et qui enjoint les juges de Luxembourg à s'inspirer davantage des techniques et raisonnements élaborés par leurs collègues étrangers. Concrètement, il nous semble qu'au bénéfice d'un rapide « coup d'œil chez le voisin », la CJCE pourrait importer pas moins de quatre « idées » susceptibles de contribuer à une meilleure articulation des relations entre droits fondamentaux et libre circulation.

1371. – La première de ces idées se trouve particulièrement bien élaborée dans la jurisprudence de l'ORD. La juridiction de l'OMC exploite en effet au maximum le principe du « risque de non-persuasion » que l'on évoquait plus haut¹⁶⁵³. Confrontés à une mesure nationale prétendument contraire à la libre circulation, les juges de Genève se contentent de distribuer soigneusement les cartes et, ensuite, de compter les points¹⁶⁵⁴. Appliquant au pied de la lettre les principes *actori incumbit probatio* et *reus excipiendo fit actor*, les juges raisonnent sur la base de présomptions : « Si ladite partie fournit des éléments de preuve suffisants pour établir une présomption que ce qui est allégué est vrai, alors la charge de la preuve se déplace et incombe à l'autre partie, qui n'aura pas gain de cause si

¹⁶⁵⁰ Cf. e.a. M. CAPPELLETTI, « Is the European Court of Justice "Running Wild"? », *loc. cit.*, p.3-17 ; O. POLLICINO, « Legal Reasoning of the Court of Justice in the Context of the Principle of Equality Between Judicial Activism and Self-Restraint », *G.L.J.*, 2004, p.283-317.

¹⁶⁵¹ Cf. *supra*, n°1231.

¹⁶⁵² Il semble que l'on retrouve le même genre d'idée, mais sur des questions légèrement différentes, chez M. KUMM (« The Jurisprudence of Constitutional Conflict », *E.L.J.*, 2005, vol.11, n°3, p.262-307) et chez N. WALKER (« Flexibility within a Metakonstitutional Frame : Reflections on the Future of Legal Authority in Europe », *loc. cit.*; « The Idea of Constitutional Pluralism », *M.L.R.*, 2002, vol.65, p.317-359).

¹⁶⁵³ Cf. *supra*, n°1244.

¹⁶⁵⁴ Sur les règles de répartition de la charge de la preuve dans les procédures devant l'ORD, cf.e.a. D. LUFF, *Le droit de l'organisation mondiale du commerce*, *op. cit.*, spéc. p.872-876 ; E. CANAL-FORGUES, *Le règlement des différends à l'OMC*, 2^{ème} éd., 2004, spéc. p.73-76 ; M. MATSUSHITA, T. SCHOENBAUM, P. MAVROIDIS, *The World Trade Organization*, 2003, spéc. p.37-38

elle ne fournit pas des preuves suffisantes pour réfuter la présomption »¹⁶⁵⁵. Ainsi, dans le contentieux lié au GATT par exemple, la charge de la preuve repose d'abord sur le plaignant, appelé à prouver l'existence d'une entrave au libre-échange. Une fois l'opération réussie, les regards se tournent vers l'Etat défendeur, qui peut alors invoquer des raisons d'intérêt général justifiant une dérogation aux règles de l'OMC. S'il parvient à persuader le juge, la balle retourne alors dans le camp de la partie demanderesse, qui peut encore prouver soit le caractère disproportionné de la mesure, soit la mauvaise foi de son auteur. Cette façon très anglo-saxonne de « juger en jouant au ping-pong » présente plusieurs avantages, comme nous l'avons observé précédemment. Certes, la procédure exclusivement « accusatoire » qui prévaut à Genève ne laisse au juge qu'un rôle très passif¹⁶⁵⁶ qui ne cadre guère avec le système juridictionnel communautaire. Il n'en demeure pas moins que la CJCE gagnerait incontestablement à s'inspirer – davantage encore – de ce *modus decidendi* qui présente toutes les vertus de la rationalité et de la cohérence¹⁶⁵⁷.

1372. – C'est encore dans les sphères de l'OMC que les juges du Kirchberg seraient bien avisés d'aller pêcher une *deuxième* idée. Sans nous appesantir sur un sujet relativement complexe, on notera que les mesures nationales présumées contraires aux règles du GATT ne peuvent être « sauvées » que si i) elles poursuivent un objectif légitime, ii) elles sont proportionnées au but poursuivi, et iii) *elles sont appliquées de bonne foi – ou de manière non abusive*. Cette dernière condition, qui s'inspire de l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités est contenue dans le « chapeau » de l'article XX GATT¹⁶⁵⁸. Elle a fait l'objet d'une jurisprudence très intéressante, qui souligne notamment l'importance de la collaboration entre les Etats et stigmatise, le cas échéant, leur unilatéralisme. A notre sens, la Cour de justice gagnerait à prendre connaissance de cette riche jurisprudence relative à l'« abus de droit des Etats ». Celle-ci s'appuie en effet sur un principe bien connu du droit international, et permet de faire une distinction entre l'adoption et l'application de la règle contestée, entre son contenu théorique et ses implications pratiques. Cette dissociation apporte au raisonnement juridique un surcroît de transparence et de rationalité, qui permet de faire l'économie d'un recours systématique à la « bouteille à l'encre » de la proportionnalité.

1373. – C'est à la jurisprudence de la Cour suprême américaine que la Cour de justice pourrait emprunter une *troisième* idée susceptible d'alimenter sa quête d'une « traduction relevante » dans le contentieux mêlant droits de l'homme et libre circulation. On notera en effet que la *Supreme Court* a, de longue date, établi différents niveaux de sévérité dans son contrôle de constitutionnalité des lois fédérales. A l'origine, celles-ci faisaient l'objet que d'un examen très « laxiste », dénommé le « *rational basis test* »¹⁶⁵⁹. Selon ce dernier, les juges « (...) will not second-guess the legislature as to the wisdom or rationality of a particular statute if there is a rational basis for its enactment, and if the challenged law bears a reasonable relationship to the attainment of some legitimate governmental objective »¹⁶⁶⁰.

1374. – On doit au juge Stone, et à sa fameuse « *footnote nr.4* » dans l'affaire *United States v. Carolene Products*¹⁶⁶¹, d'avoir suggéré qu'un contrôle aussi superficiel était peut-être inapproprié face à des lois portant atteinte aux droits constitutionnels les plus fondamentaux. C'est ainsi qu'est apparue la doctrine du « *strict scrutiny* », présumant inconstitutionnelles les réglementations les plus « suspectes », telles que celles instaurant une discrimination raciale et celles portant de graves atteintes à la liberté d'expression ou de religion. Cette présomption ne pouvait – et ne peut encore – être renversée qu'à une double condition : « Courts first determine if the underlying governmental ends, or

¹⁶⁵⁵ *Etats-Unis –Chemises et blouses de laine*, Rapport de l'Organe d'appel, p.16.

¹⁶⁵⁶ Cf. p.ex. le rapport de l'Organe d'appel du 7 avril 205, *Etats-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris* (DS 285) pts 277 et s.

¹⁶⁵⁷ Cf. *supra*, n°1244-1246.

¹⁶⁵⁸ Sur tout ceci, cf. D. LUFF, *op. cit.*, spéc. p.185-199.

¹⁶⁵⁹ Cf. e.a. *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502 (1934)

¹⁶⁶⁰ *Black's Law Dictionary*, cité par V.H. JOHNSON, « Application of the Rational Basis Test to Treaty-Implementing Legislation: The Need For a More Stringent Standard of Review », *Card.L.R.*, vol.23, n°1, 2001, p.355-356, note infrapaginale n°30.

¹⁶⁶¹ 304 U.S. 144 (1938), p.152, note infrapaginale n°4.

objectives, are « compelling ». (...) Because the government is impinging upon someone's core constitutional rights, only the most pressing circumstances can justify the government action. If the governmental ends are compelling, the courts then ask if the law is a narrowly tailored means of furthering those governmental interests. Narrow tailoring requires that the law capture within its reach no more activity (or less) than is necessary to advance those compelling ends »¹⁶⁶².

1375. – Enfin, entre ces deux extrêmes, la Cour suprême a progressivement élaboré un contrôle de validité intermédiaire ou « par défaut », qui trouve notamment à s'appliquer à l'égard des lois réglementant la liberté d'expression. Selon cet « *intermediate scrutiny* », « (...) laws will be upheld so long as they serve some sort of a significant/substantial/important governmental interest and are *reasonably* well tailored to that purpose (i.e., not unreasonably overbroad) »¹⁶⁶³

1376. – Cette technique de gradation dans la sévérité du contrôle de constitutionnalité pourrait, au moins dans son principe, être transposée sans difficulté à l'ordre juridique communautaire. Elle introduirait un raffinement supplémentaire dans le maniement du test de proportionnalité et donnerait du contenu à notre « syllogisme à plusieurs branches ». D'aucuns considéreront sans doute que ces distinctions ne servent qu'à mieux dissimuler, derrière le formalisme et l'apparat du discours juridique, l'arbitraire et le pouvoir du juge. A quoi l'on répondra que dans un pays aussi porté sur le « *countermajoritarian problem* » que les Etats-Unis, ces classifications connaissent un succès grandissant auprès des juges et de la doctrine, certains auteurs n'hésitant pas à plaider pour l'introduction de « *levels of scrutiny* » supplémentaires¹⁶⁶⁴.

1377. – Il est enfin une *quatrième* idée qui pourrait germer dans l'esprit des juges communautaires s'ils s'inspiraient de la jurisprudence de leurs homologues américains et canadiens. Cette idée tient à la nature même des libertés de circulation. Tout au long de cette étude, l'on n'a eu de cesse que de dévoiler l'ambiguïté « génétique » de ces libertés fondamentales, s'apparentant à la fois à des droits de l'homme dignes d'être respectés pour eux-mêmes et à des clefs de répartition des compétences mises au service de l'intégration économique. Les jurisprudences américaine et canadienne ont su, mieux que la Cour de justice, distinguer entre ces différentes vocations des libertés de circulation. La Cour suprême américaine en particulier opère désormais une distinction nette entre la *substantive due process clause* – équivalent du droit au libre exercice de l'activité économique –, la *dormant commerce clause* – sorte de clause négative de répartition des compétences – et le *fundamental right to interstate travel* – libre circulation des citoyens américains. On ne saurait trop conseiller à la Cour de justice de suivre cet exemple. Une dissection attentive de la notion de liberté de circulation l'incitera sans doute à introduire diverses modifications dans sa jurisprudence. Elle la conduira notamment à réaliser que rien ne l'oblige à attacher un même régime juridique à la libre circulation des richesses et à celle des citoyens européens. Nous revendrons plus loin sur ces considérations¹⁶⁶⁵.

*
* *

1378. – Dans cette dernière section, on a cherché à appliquer, en première approximation, la figure de la « traduction en réseau » à la jurisprudence communautaire traitant des relations entre droits fondamentaux et libre circulation. Cet exercice pratique nous a permis d'identifier un certain nombre de faiblesses dans la jurisprudence actuelle, et de rassembler le matériel et les directives nécessaires à la construction d'une traduction authentiquement relevante. Arrêtons-nous un moment pour récapituler cet « acquis normatif » qui nous servira très prochainement.

¹⁶⁶² A. WINKLER, « Fatal in Theory and Strict in Fact : An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts », *Vand.L.Rev.*, vol.59, n°3, 2006, p.800.

¹⁶⁶³ A. BHAGWAT, « The Test that Ate Everything : Intermediate Scrutiny in First Amendment Jurisprudence », *U.Ill.L.R.*, p.801.

¹⁶⁶⁴ Cf. *ibid.*

¹⁶⁶⁵ Cf. *infra*, n°1401, 1493-1494.

1379. – Dans un premier temps, on a soutenu que la Cour de justice devait assumer l’espace de liberté qu’elle détient et non le dissimuler derrière les mots du droit ou la volonté des maîtres des traités. Cette liberté, qui lui permet de retravailler les deux termes de notre équation – « droits fondamentaux » et « libre circulation » –, doit trouver à s’exprimer dans les motifs de ses arrêts – les « N.d.T. ». Nous avons vu ensuite que prises au sérieux, les balises de l’interprétation nous conduisaient à voir dans l’exigence de développement durable – entendue comme double dialectique entre unité et diversité d’une part, et entre marchand et non-marchand de l’autre – le droit-intégrité de l’Union – ou au moins de la Communauté – européenne. Cette exigence de développement durable, enrichie des enseignements de la philosophie politique, nous a elle-même amenés à opérer une classification quadripartite entre la masse des intérêts susceptibles d’être opposés par les Etats aux liberté de circulation.

1380. – A tout ceci, les ressources de l’argumentation ont permis d’ajouter une consigne importante, intimant à la Cour de prendre au sérieux le formalisme du langage juridique tout en se le réappropriant de manière critique. Cette directive générale nous a conduit à plaider pour un rétrécissement de la catégorie juridique « droits de l’homme » et pour la construction d’un syllogisme – ou au moins d’une « majeure » – à plusieurs branches, instaurant un contrôle de validité différencié des mesures nationales et communautaires. Elle nous a également engagé à combattre certains types d’alliances entre droits fondamentaux et libre circulation, tout en reconnaissant le bien-fondé d’autres et en précisant les limites d’autres encore.

1381. – Enfin, l’insertion de la CJCE dans un ordre juridique en réseau a conduit à la formulation d’autres idées et consignes nécessaires à la construction d’une traduction relevante. Face à la circularité du réseau européen, la Cour a ainsi été appelée à intégrer davantage les messages que lui envoient les Etats membres, à développer une ligne jurisprudentielle nette, à ouvrir grand les portes de son prétoire, à donner aux juges *a quo* un rôle de « correcteur à la marge », et à se garder d’une inflation de la catégorie juridique « droits de l’homme ». La polycentricité de l’ordre juridique communautaire invite quant à elle la Cour à y revendiquer une position « légèrement décentrée » en faisant sienne la devise « *in dubio pro Comunitate* » et en « maintenant le cap centripète » par-delà des vagues eurosceptiques passagères. Enfin, l’ouverture du réseau communautaire incite les juges du Kirchberg à s’inspirer davantage de leurs homologues étrangers et à retirer notamment quatre leçons de ce « regard chez le voisin » : développer des chaînes de présomptions fondées sur la répartition du « risque de non-persuasion », attacher plus d’importance à la bonne foi de l’auteur d’une mesure contestée, instaurer un contrôle graduel de validité des normes, et ne pas considérer comme indissociables les régimes juridiques relatifs à la libre circulation des richesses et à celle des citoyens.

1382. – Indéniablement, ces consignes sont à la fois empreintes de subjectivité et insuffisantes à la construction de notre traduction relevante. Elles dessinent cependant déjà les grandes lignes d’une traduction « modèle » qui a au moins le mérite de dévoiler ses ressorts théoriques. Elles demanderont bien entendu à être complétées et précisées dans le prochain – et dernier – chapitre de cette étude.

Conclusion

1383. – Une courte conclusion suffira à clôturer ce long chapitre. Un regard dans le rétroviseur permet en effet de réaliser que par-delà l’avalanche des concepts et des idées, les pages qui précèdent se sont simplement attachées à construire des ponts.

1384. – Le premier de ces ponts, c’est évidemment celui qui fait le lien entre l’analyse descriptive effectuée dans notre deuxième partie et les suggestions prescriptives qui formeront le chapitre suivant. Entamé sur des considérations « objectives » relatives à la fonction de juger, notre propos s’est fait toujours plus normatif et plus concret, aboutissant à la formulation de quelques consignes à l’adresse du juge communautaire. Ceci nous conduit au deuxième pont que l’on a tenté de bâtir, entre une réflexion théorique sur le juge et des observations ancrées dans le terreau du droit positif européen. Si la théorie et la pratique n’ont cessé de se croiser dans les chapitres précédents, c’est ici qu’elles se sont réellement fécondées – du moins l’espère-t-on. On notera encore que ce chapitre rompt une lance en faveur de l’interdisciplinarité. Dans des proportions bien trop modestes, il s’efforce de jeter des ponts entre différents domaines des sciences juridiques et sociales, conscient de ce que l’on ne peut s’offrir le luxe de morceler un langage qui constitue notre seule voie d’accès au réel. Enfin, on relèvera que ce chapitre – et par-delà, cette étude dans son ensemble – peut s’analyser en un pont jeté depuis les rives du monde universitaire en direction des instances juridictionnelles de Luxembourg. Une synapse parmi d’autres, dans un monde juridique en réseau.

1385. – Comme tous les ponts, ceux-ci sont fragiles et se trouvent tout naturellement exposés au feu des critiques. Contre le premier, on affirmera peut-être qu’à force de multiplier les allers-retours entre le descriptif et le normatif, les partis-pris du second n’ont pas manqué de biaiser la scientificité – entendez : l’objectivité – du premier. Contre le second, on estimera sans doute qu’il n’explore suffisamment ni la berge de départ – et notamment la question de l’existence d’une liberté absolue pour le juge – ni celle d’arrivée – et notamment les possibilités d’emprunts aux jurisprudences étrangères. Contre le troisième, on regrettera certainement son manque d’envergure – trop cursif, par exemple, sur les thèmes du cosmopolitisme et du patriotisme constitutionnel chers à la philosophie politique. Contre le quatrième enfin, on s’affligera de la prétention d’un « travailleur en chambre » à conseiller les juges depuis sa tour d’ivoire.

1386. – Ces critiques sont incontestablement fondées. Mais si elles pointent les nécessaires limites de notre entreprise, elles n’invalident pas pour autant ses présupposés. Ceux-ci tiennent dans l’impossibilité de maintenir des cloisons étanches entre les différents domaines de l’agir humain. Il en va ici de l’œuvre doctrinale comme de la décision judiciaire. Faute de pouvoir édifier des barrières infranchissables entre le descriptif et le normatif, entre la théorie et la pratique, entre le droit et les sciences sociales, entre la doctrine et la jurisprudence, il convient d’assumer et de donner à voir, dans un premier temps, ce continuum tissé d’enchevêtrements. Mais pas plus le juge ne peut s’abandonner au règne du flou, l’auteur ne peut renoncer à l’autonomie – relative – de sa propre discipline. A l’un comme à l’autre il appartient ainsi de prendre au sérieux les mots du droit en se les réappropriant à la lumière de ce mélange des genres. Tel est le paradoxe du pont, qui ne peut relier que ce qui demeure séparé.

Réseau, traduction, interdisciplinarité, paradoxe, dialectique... Une reconnaissance de dette, disions-nous.

CHAPITRE II. DROITS FONDAMENTAUX ET LIBRE CIRCULATION – VERS UNE TRADUCTION RELEVANTE

Introduction

« De même qu'il y a dans la société moderne des systèmes de valeurs séparés par des cloisons étanches, bien que chacun tende à dominer les autres, le droit de l'Union est fragmenté en régimes spéciaux, en objectifs distincts et parfois contradictoires, entre lesquels il lui faut sans cesse chercher un équilibre. (...) De tels conflits d'objectifs et de normes ne se résolvent pas par la seule affirmation théorique de la cohérence nécessaire de l'action communautaire. Ils nécessitent la confection de procédés techniques de résolution »¹⁶⁶⁶.

1387. – Ce dernier chapitre s'inscrit dans le prolongement du précédent. Il ambitionne de concrétiser les directives théoriques dégagées au cours de notre analyse de la fonction de juger. Plus précisément, il tente de poursuivre et d'achever la construction d'une « traduction relevante » susceptible de guider les juges du Kirchberg dans l'arbitrage des interactions entre droits fondamentaux et libre circulation. Comme on l'a laissé entendre à plusieurs reprises, cette « traduction » prendra la forme de plusieurs tableaux à diverses « entrées », censés couvrir la grande majorité des affaires – passées, présentes, voire potentielles – dans lesquelles se manifestent des relations – tantôt pacifiques, tantôt conflictuelles, tantôt les deux – entre droits de l'homme et libre circulation. Ces tableaux constituent en quelque sorte la « majeure » du syllogisme judiciaire dont nous avons prôné la réhabilitation critique. Ce faisant, ils ne cherchent à évacuer ni l'insurmontable indétermination du droit, ni l'irréductible liberté du traducteur. L'inscription des faits de la cause dans les « cases » des tableaux et l'effectuation des différentes étapes qui composent ces derniers laissent au juge un pouvoir et une responsabilité très importants. Pour autant, notre entreprise n'est pas dénuée d'intérêt. En structurant le raisonnement du juge et en dévoilant les moindres ressorts, elle contribue à la transparence de la *iurisdictio*, à la prévisibilité de la décision, et à la sécurité juridique.

1388. – Le chapitre qui s'ouvre à présent repose en outre sur la même « profession de foi » que le précédent. Il est même dicté par la croyance en un certain « génie juridique », qui ne se réduit ni à l'équité du « jugement moral en situation », ni au pragmatisme propre à la décision politique ou économique. Si elle emprunte à l'un et à l'autre, la raison juridique ne se dissout ni dans l'un, ni dans l'autre. Les pages qui suivent et celles qui précèdent se trouvent ainsi unies dans un même combat contre une tendance – très « postmoderne » – de la science juridique à la résignation et à l'abandon dans le règne du relativisme et de la casuistique. Tout se passe comme si, ayant pris acte des limites de la rationalité, du flou du droit, et de l'indétermination du langage qui sert l'un et l'autre, les juristes – au moins les plus « éclairés » d'entre eux – adoptaient aujourd'hui – non sans un certain soulagement – la posture confortable du sceptique désabusé. Du syllogisme à la proportionnalité, de l'application mécanique au jugement de valeur, du règne de la loi à celui des principes généraux, le retournement est copernicien. Salitaire en son principe, il est sans doute excessif en ses extrémités. La pondération des intérêts et les jugements de valeurs demandent à être « saisis » et organisés, et non pas ignorés ou acclamés, par la raison juridique. De même, on ne saurait prendre prétexte de l'indétermination du langage pour renoncer à la rigueur des catégories juridiques et à l'élaboration de définitions claires. Si elle est un art aux contours flous, la *iurisdictio* n'en demeure pas moins une discipline exigeante. C'est dans l'articulation harmonieuse de la triple contrainte qui borne sa liberté que se révèlent la compétence et le génie du traducteur-juge.

1389. – Par certains côtés cependant, ce dernier chapitre marque une rupture avec le précédent. Au niveau de la forme d'abord, le lecteur rencontrera une écriture plus saccadée et plus directe, un propos

¹⁶⁶⁶ L. AZOULAI, « Conclusion – L'Union européenne à venir : « une communauté au-delà du projet communautaire » », in F. SNYDER (dir.), *L'Union européenne et la gouvernance*, 2003, p.381-382.

entrecoupé de nombreux titres, et un texte structuré en sections de longueur très inégale. On ne s'en étonnera pas, s'agissant d'un véritable *commentaire* de trois tableaux aux orientations pratiques. Sur le fond ensuite, l'on quitte le ciel des idées générales et abstraites pour s'aventurer sur le terrain glissant des propositions concrètes. A cet égard, qu'il nous soit permis de solliciter d'emblée l'indulgence et la sympathie du lecteur. Après avoir pris le risque de former un consensus mou autour de propos trop théoriques et généraux pour être controversés, l'on s'expose à présent au feu des critiques que ne manquent jamais d'attirer les positions tranchées sur des problèmes pratiques. Reconnaissons-le d'entrée de jeu : face à des tableaux qui ambitionnent de formuler une « traduction relevante » susceptible de guider l'arbitrage des interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire, il n'est guère difficile de trouver quelque contre-exemple, de déceler l'une ou l'autre faille, et dans la foulée, de conclure à l'incohérence et à l'inanité de l'entreprise.

1390. – C'est pourquoi il importe au plus haut point de ne pas surestimer la portée de ces pages. Si elles « jouent le jeu » de la traduction relevante, elles ne prétendent pas pour autant fournir *la* bonne réponse aux « cas tragiques » qui surgissent au carrefour des droits de l'homme et de la libre circulation. Tout au plus soumettent-elles au débat un certain nombre d'idées, parfois fort convenues, parfois iconoclastes, dans l'espoir de contribuer à la progression d'une *science* juridique en *réseau* vers un horizon qui demeurera à tout jamais cela – un idéal régulateur.

1391. – Cet ultime chapitre est structuré en trois sections, qui chacune commentent, analysent et éprouvent un tableau. La première traite des interactions entre libre circulation et droits fondamentaux qui prennent leur source dans l'atteinte causée par un Etat à l'une des « quatre libertés ». La seconde porte sur les conflits et alliances entre droits de l'homme et libre circulation qui gravitent autour du contentieux relatif à la validité des mesures communautaires de rapprochement des législations nationales. Enfin, la troisième section est consacrée aux rapports « horizontaux » entre droits fondamentaux et libertés de circulation, tels qu'ils se donnent à voir dans les relations entre personnes privées.

Mais avant de les commenter, il convient de dévoiler les mystérieux tableaux qui forment le cœur de ce chapitre¹⁶⁶⁷...

¹⁶⁶⁷ Rappelons que ces tableaux sont reproduits en annexe de ce travail afin de permettre au lecteur de les confronter directement aux commentaires qui en sont faits dans ce dernier chapitre.