

ÉTUDES

QUELS DROITS FONDAMENTAUX POUR QUEL DROIT COMMUNAUTAIRE

GEORGIOS PANOPOULOS*

Compte-rendu de l'ouvrage *Droit communautaire des droits fondamentaux – Recueil de décisions de la Cour de justice des Communautés européennes*, par Frédéric Sudre et Romain Tinière (dir.), 2^e édition refondue, 2007, Nemesis – Bruylant, Bruxelles.

I. INTRODUCTION

Dans un compte-rendu de la première édition de l'ouvrage *Droit communautaire des droits fondamentaux*, M. L. Besselink notait l'utilité de l'ouvrage, qui présente l'avantage de recueillir des décisions de la Cour de justice des Communautés européennes dans un domaine où il n'est pas aisé d'arriver à des résultats satisfaisants au moyen des outils de recherche des bases de données électroniques¹. Cette utilité est encore présente aujourd'hui, une décennie après la publication de la première édition, d'autant plus que la jurisprudence de la Cour en la matière n'a cessé de s'enrichir, tant en largeur qu'en profondeur.

* Docteur de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne ; Avocat au Barreau d'Athènes.

Je tiens à remercier ma collègue Mlle Alkistis Mouratian, pour avoir contribué, au moyen de conversations et de désaccords que nous avons eu, à la naissance des idées qui sont présentées dans la présente étude, ainsi que Dimitrios Tsarapatsanis, pour ses remarques toujours constructives. Depuis le temps de la rédaction de la présente étude, Mlle Mouratian est désormais MaDame tant en gardant son nom, et la CJCE, bien que toujours sans pair, est devenue Cour de l'Union européenne, suite à une nouvelle modification des traités. Aucun des deux changements n'a été pris en compte pour les corrections en vue de la publication.

¹ L.F.M. Besselink, *CMLR* 2001, 167.

Il est quand même légitime de s'interroger et sur l'utilité de cet élargissement pour la théorie des droits fondamentaux et sur le bien-fondé de cet approfondissement, compte tenu du fait que, pour justifiée que puisse paraître la protection des droits fondamentaux dans le cadre du droit communautaire, cette préoccupation ne devrait pas conduire au dépassement des limites du système juridique que constitue la Communauté européenne, qui – il ne faut pas l'oublier – « ne dispose que de compétences d'attribution » selon la formule de l'avis de la Cour n° 2/94 du 28 mars 1996, relatif, précisément, à l'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme². Car, qu'on veuille voir dans la jurisprudence de la Cour en la matière une instrumentalisation des droits fondamentaux dans la fin de l'extension du champ d'application du droit communautaire et de l'intensification de l'activité des institutions communautaires dans des domaines jusqu'hier conçus comme relevant de la compétence exclusive des États membres³, ou non⁴, il n'en reste pas moins que, en réalité, et nonobstant le point de vue de l'observateur, cette jurisprudence a laissé depuis quelque temps à part toute apparence de légalité au regard des compétences de la Communauté.

II. L'ARRÊT *CONNOLLY* OU LE NADIR DE LA JURISPRUDENCE

En ce qui concerne en premier lieu la théorie des droits fondamentaux, et sans vouloir mettre en doute en son principe la valeur de l'introduction, par la Cour, de la perspective des droits fondamentaux dans le système juridique communautaire, nous ne voyons pas en quoi cette théorie peut se voir enrichie de la jurisprudence de la Cour, et cette conviction constitue notre première objection à l'ouvrage commenté. Du fait en effet que les éditeurs se sont contentés d'une reproduction des motifs principaux des arrêts de la Cour en la matière, sans commentaires ni autre synthèse, l'orientation générale de l'esprit de l'ouvrage ne peut être déduite que de la « Table thématique des décisions », aux pages 323 et seq. Les

² *Rec. I 1763*, ouvrage commenté [oc] n° 40. Dans ce qui suit, nous avons essayé de limiter les références aux arrêts qui sont recueillis dans l'ouvrage commenté.

³ V. J. Coppel & A. O'Neill, *The European Court of Justice: taking rights seriously?*, *CMLR* 1992, 669 ; aussi I. Canor, 'Can two walk together, except they be agreed?' The relationship between international law and European law: the incorporation of United Nations sanctions against Yugoslavia into European Community law through the perspective of the European Court of Justice, *CMLR* 1998, 137, 180 et seq.

⁴ V. J.H.H. Weiler & N. Lockhart, 'Taking rights seriously' seriously: the European Court and its fundamental rights jurisprudence, *CMLR* 1995, 579.

thèmes de cette table sont formés par autant de principes et droits fondamentaux, et il est évident que le but principal des éditeurs est de mettre en relief la contribution de la jurisprudence communautaire à la théorie des droits fondamentaux, en général et en particulier (droit par droit). Toutefois, cette contribution reste largement en deçà de l'élaboration théorique et pratique atteinte par la Cour européenne des droits de l'homme, pour ne pas parler des cours nationales, d'autant plus que, malgré l'évocation des droits fondamentaux, la Cour arrive finalement, dans la quasi-totalité des affaires, à des solutions qui laissent intacte le droit communautaire, et cela, finalement, sans trop d'explications.

En plus, il y a un cas où la décision de la Cour est manifestement fautive : dans l'arrêt *Connolly*, la Cour, pour justifier le refus, de la part de la Commission, à son fonctionnaire M. Connolly, de publier plusieurs projets d'articles portant sur l'intégration économique et monétaire de l'Europe, énonce que

des restrictions spécifiques à l'exercice de la liberté d'expression peuvent en principe trouver leur justification dans le but légitime de protéger les droits d'autrui au sens de l'article 10, paragraphe 2, de la CEDH, en l'occurrence *ceux des institutions chargées de missions d'intérêt général* sur le bon accomplissement desquelles les citoyens doivent pouvoir compter. [pt. 46]⁵

Toutefois, s'il est constant que l'État et ses émanations ne sont pas des sujets de droits mais, au contraire, la source principale de mise en danger des droits de l'homme⁶, ce principe doit valoir aussi pour les institutions communautaires, au moins pour ce qui est de leurs employés. L'arrêt est regrettable, d'autant plus que, sur une telle prémisse, il fonde la primauté des « droits » des institutions communautaire sur le droit à la liberté d'expression du fonctionnaire.

III. L'ARRÊT *BOSMAN* OU UN ZÉNITH INCONSCIENT

La seule décision de la Cour de justice qui, à notre avis, constitue un progrès par rapport à la jurisprudence de la Cour des droits de l'homme, est celle rendue dans l'affaire *Bosman*⁷. Comme nous avons montré ail-

⁵ CJCE, 6 mars 2001, *Connolly*, C-274/99P, *Rec. I* 1611, oc n° 54 (souligné par nous).

⁶ V. par ex. P.D. Dagoglou, *Droit constitutionnel – droits fondamentaux*, t. A (Athènes/Komotini 1991) 79, 166-167 [en grec] ; D.Th. Tsatsos, *Droit constitutionnel*, tome C : *Droits fondamentaux, I. Partie générale* (Athènes/Komotini 1987) 254 et seq. [en grec].

⁷ CJCE, 15 déc. 1995, *Bosman*, C-415/93, *Rec. I* 4921, oc n° 39.

leurs, la motivation de cet arrêt, dans la mesure où il prétend censurer, au nom de la liberté d'établissement, une mesure nationale émanant de l'État d'origine de la personne concernée, n'est pas correcte, puisque, au vrai, cette liberté était entravée par une mesure discriminatoire émanant de l'État dans lequel cette même personne entendait s'établir⁸. Tout de même, nous pensons que l'arrêt *Bosman* a rendu un grand service au joueur de football professionnel et au travailleur européen en général⁹. Empreint d'une sensibilité sociale extraordinaire, il porte un symbolisme politique lourd en conséquences : le juge communautaire a préféré maltraiter les principes du droit communautaire à laisser les joueurs professionnels de football, une catégorie de salariés vulnérables à l'exploitation, dans un statut qui ne se distinguait pas aisément de l'esclavage ; parce qu'on ne voit pas ce qu'est un joueur professionnel, sinon un quasi-esclave, lorsqu'il se voit obligé de continuer à appartenir à la main d'œuvre d'un club sans être payé et sans avoir le droit de chercher pour un autre employeur¹⁰. Dans un pareil cas, la Commission européenne des droits de l'homme s'est montrée beaucoup moins sensible : par une décision de 1983, elle a rejeté comme irrecevable pour défaut manifeste de fondement le recours d'un joueur de football professionnel néerlandais qui soutenait que les règles sur les transferts enfreignaient l'art. 4 §2 de la Convention européenne qui interdit le « travail forcé ou obligatoire »¹¹. Certes, la réglementation des associations de football ne force ni oblige un homme à travailler comme joueur pour un employeur ; mais elle force et oblige un joueur professionnel à ne pas travailler pour un autre employeur et à rester à la disposition de son ancien employeur sans être rémunéré. Or, travailler pour quelqu'un signifie en premier lieu qu'une personne se met à la disposition de son employeur pour effectuer le travail dont ce dernier va la charger. Faire

⁸ V. G. Panopoulos, *Une méthode de délimitation du domaine d'application du droit privé communautaire – Étude de droit international privé*, avant-propos : E. Koutoupa-Regakos, préface : H. Muir Watt (Centre de droit économique international et européen, Thessalonique : Bibliothèque de droit économique international et européen n° 1, Athènes/Bruxelles 2009) n^{os} 419 et seq.

⁹ V. en ce sens notamment P. Demaret, obs. *RMUE* 1/1996, 11 et seq., 13.

¹⁰ V. pt. 10 de l'arrêt. Rappr. la description de J.-L. Dupont, Le droit communautaire et la situation du sportif professionnel avant l'arrêt « Bosman », *RMUE* 1996 (1), 65 et seq., 72 : M. Bosman « se retrouve sans employeur et sans aucun droit aux allocations de chômage, puisqu'en Belgique les clubs professionnels ne sont pas tenus de cotiser au titre de l'indemnité de chômage. Il appartient cependant toujours au club de Liège ». Dans le même sens S. Weatherill, comm. *CMLR* 1996, 991, 994.

¹¹ Commission européenne des droits de l'homme, décision du 3 mai 1983, *X c. Pays-Bas*, 9322/81, *Décisions et rapports* 32, 180.

ainsi sans être rémunéré n'est pas loin d'équivaloir donc, inversement, à un « travail forcé ou obligatoire »¹².

IV. POUR UNE AUTRE CATÉGORISATION DES ARRÊTS RÉPERTORIÉS

Les deux arrêts susmentionnés constituent le nadir et le zénith de la jurisprudence communautaire en termes de la théorie générale des droits de l'homme et de ses implications comme outil d'intervention dans la réalité sociale : si l'arrêt *Connolly* est un exemple de mauvaise compréhension du rôle des institutions communautaires dans le devenir institutionnel et social, l'arrêt *Bosman* porte un courageux progrès (qui, néanmoins, passe inaperçu dans l'ouvrage commenté !). Cela étant, cette jurisprudence « constitutionnelle » de la Cour de justice n'a pas apporté de vrai progrès dans la théorie des droits de l'homme, et son importance est à chercher ailleurs : dans la légitimation du système communautaire et de l'activité des institutions communautaires. L'ouvrage commenté, et nous y voyons sa deuxième faiblesse, ne prend pas soin de mettre en lumière cet aspect. Malgré l'affirmation des auteurs d'une « mutation de l'ordre juridique communautaire ouvrant la perspective de la formation d'un droit communautaire des droits fondamentaux »¹³, la façon de présentation des arrêts, le choix de certains arrêts discutables plutôt que d'autres moins controversés, montre que les auteurs avaient l'intention non de recueillir des arrêts qui forment un corps de « droit communautaire des droits fondamentaux », mais qui introduisent « les droits fondamentaux dans le droit communautaire », ce qui, évidemment, n'est pas la même chose. D'autant plus que cette osmose fait l'objet de discussion en son principe.

Dans cette perspective, d'un droit communautaire des droits fondamentaux plutôt que des droits fondamentaux dans le droit communautaire, les arrêts recueillis dans l'ouvrage commenté sont susceptibles d'une catégorisation qui met en relief non pas la prétendue contribution de la jurisprudence communautaire à la théorie des droits fondamentaux, mais la place de ces derniers dans la construction d'un espace communautaire.

V. ARRÊTS NON VÉRITABLEMENT COMMUNAUTAIRES

Il convient ainsi de mettre à part, en premier lieu, les arrêts qui font une application du principe de *non-discrimination*. Que l'on qualifie le droit

¹² Rappr. la critique de l'Avocat général Lenz, conclusions *Bosman*, pt. 211, n. 284.

¹³ V. ouvrage commenté, avant-propos, 15.

à un traitement non-discriminatoire de fondamental, comme le font les auteurs de l'ouvrage, ou non, il demeure que le principe est consacré par le Traité lui-même et, au vrai, nous ne voyons pas, dans la systématique du Traité, en quoi ce droit se distingue des libertés économiques, malgré les affirmations des auteurs, et de la Cour, dans le sens contraire¹⁴. En effet, la Cour n'assurerait pas moins le respect du principe de non-discrimination s'il ne faisait pas partie des droits fondamentaux, comme elle l'affirme par exemple dans l'arrêt *Defrenne I*¹⁵. Effectivement, si en matière d'égalité des sexes la Cour insiste sur une telle qualification, non sans exceptions quand même¹⁶, elle ne manque pas, s'agissant d'autres matières, de ranger le principe de non-discrimination parmi les principes généraux du droit communautaire et de soumettre de ce chef les mesures nationales à un contrôle serré de conformité avec le Traité¹⁷. Cette référence aux principes généraux du droit communautaire se rencontre aussi lors de l'affirmation, par la Cour, d'un *droit à une protection juridictionnelle effective* des droits assurés par le système juridique communautaire, et cela qu'il s'agisse du droit à la non-discrimination¹⁸ ou des droits relevant des libertés économiques¹⁹. Et le droit à cette protection ne se transforme, en principe²⁰, en droit fondamental non plus quand il s'agit d'une protection au sein

¹⁴ *Ibid.*, 17. Tout cela indépendamment du fait, indéniable, que les droits fondamentaux ne se concevraient pas sans le principe de non-discrimination, qui constitue leur complément nécessaire.

¹⁵ CJCE, 15 juin 1978, *Defrenne I*, 149/77, *Rec.* 1365, pt. 27, oc n° 12. A notre avis, la seule affaire où la mise en œuvre du principe de non-discrimination ne serait pas possible sans le subjectiviser en droit fondamental, est celle où la Cour a rendu l'arrêt du 7 janv. 2004, *K.B.*, aff. C-117/01, *Rec.* I 541, oc n° 65.

¹⁶ CJCE, 30 janv. 1985, *Commission c/ Danemark*, 143/83, *Rec.* 427, oc n° 22 ; 11 janv. 2000, *Kreil*, C-285/98, *Rec.* I 69, oc n° 51. V. aussi CJCE, 30 avr. 1996, *P. c/ S. & Cornwall County Council*, C-13/94, *Rec.* I 2143, oc n° 41, où la Cour, pour censurer une mesure nationale discriminatoire à l'encontre de personnes transsexuelles, évoque, à côté du *principe* de non-discrimination, le *droit* au respect de sa dignité et de sa liberté ; v. aussi CJCE, 17 févr. 1998, *Grant*, C-249/96, *Rec.* I 621, pt. 45, oc n° 48.

¹⁷ CJCE, 24 mars 1994, *Bostock*, C-2/92, *Rec.* I 955, oc n° 37 (organisation commune des marchés agricoles) ; 22 nov. 2005, *Mangold*, C-144/04, *Rec.* I 9981, oc n° 70 (discrimination en fonction de l'âge en matière d'emploi) ; ainsi que 2 févr. 1989, *Cowan*, 186/87, *Rec.* 195, oc n° 27 (application du principe sans référence à une liberté).

¹⁸ CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, 222/84, *Rec.* 1651, oc n° 24.

¹⁹ CJCE, 15 oct. 1987, *Heylens*, 222/86, *Rec.* 4097, oc n° 25 (circulation des personnes) ; 18 oct. 1990, *Dzodzi*, C-297/88 & 197/89, *Rec.* I 3763, oc n° 32 (art. 8 & 9 directive 64/221/CEE).

²⁰ Pour des exceptions, où le droit est qualifié de fondamental, v. CJCE, 18 janv. 2007, *Ocalan au nom du PKK*, C-229/05 P, *Rec.* I 439, oc n° 79, notamment pt. 75-76.

du système juridictionnel communautaire²¹, dont l'organisation est d'ailleurs inspirée par les modalités que le droit communautaire prévoit pour le niveau de protection national²². Ces modalités comprennent, entre autres, des *droits de la défense*, à respecter dans le cadre des procédures devant des instances communautaires. Les arrêts qui se rangent dans cette catégorie font une partie plutôt démesurément large du recueil commenté²³. Dans ce cadre, il faut également évoquer la reconnaissance de la possibilité, pour les *fonctionnaires* de la Communauté, d'invoquer des droits fondamentaux au sein des procédures internes, disciplinaires ou autres²⁴.

Tous ces arrêts ont en commun la caractéristique qu'ils ne nous disent grand-chose sur la physionomie du droit communautaire du point de vue des droits fondamentaux : le principe de non-discrimination est consacré dans plusieurs dispositions du Traité lui-même, et son respect devrait être assuré qu'on y voit un droit fondamental ou non. Le droit à une protection juridictionnelle effective n'est autre chose que soit accessoire à des droits matériels conférés par le Traité ou le droit communautaire dérivé, dont il assure la pleine efficacité, soit un attribut nécessaire du contentieux

²¹ CJCE, 25 juill. 2002, *UPA*, C-50/00 P, *Rec.* I 6677, oc n° 58 ; 27 févr. 2007, *Segi*, C-355/04 P, *Rec.* I 1657, oc n° 80, moins clair quant à la portée « fondamentale » du droit à une protection juridictionnelle effective ; ainsi que 13 mars 2007, *Unibet*, C-432/05, *Rec.* I 2271, oc n° 81, où le *droit* à une protection juridictionnelle est qualifié de *principe*, avec références à des textes consacrant des *droits fondamentaux*.

²² TPICE, 12 déc. 2006, *Modjahedines d'Iran*, T-228/02, oc n° 78, notamment pt. 157.

²³ V. CJCE 13 févr. 1979, *Hoffmann-La Roche*, 85/76, *Rec.* 461, oc n° 15 ; 26 juin 1980, *Panasonic*, 136/79, *Rec.* 2033, oc n° 17 ; ord. 18 mai 1982, *AM&S*, 155/79, *Rec.* 1575, oc n° 19 ; 21 sept. 1989, *Hoehchst*, 46/87 & 227/88, *Rec.* 2859, oc n° 30 ; 18 oct. 1989, *Orkem*, 374/87, *Rec.* 3283, oc n° 31 ; 10 nov. 1993, *Otto*, C-60/92, *Rec.* I 5683, oc n° 36 ; 17 déc. 1998, *Baustahlgewebe*, C-185/95 P, *Rec.* I 8417, oc n° 49 ; 8 juill. 1999, *Montecatini*, C-235/92 P, *Rec.* I 4539, oc n° 50 ; 22 oct. 2002, *Roquettes frères*, C-94/00, *Rec.* I 9011, oc n° 59 ; 29 juin 2006, *SGL Carbon*, C-301/04 P, *Rec.* I 5915, oc n° 76 (concurrency) ; 6 mars 2003, *Interporc*, C-41/00 P, *Rec.* I 2125, oc n° 60 (droits d'importation) ; 29 juin 2006, *Showa Denko*, C-289/04 P, *Rec.* I 5859, oc n° 75 (*ne bis in idem*) ; TPICE, 14 déc. 2005, *General Electric*, T-210/01, *Rec.* II 5575, oc n° 71. V. aussi CJCE, 28 mars 2000, *Krombach*, C-7/98, *Rec.* I 1935, oc n° 53, dans le cadre de la Convention de Bruxelles de 1968 sur la compétence internationale ; et ord. 4 févr. 2000, *Emesa Sugar*, C-17/98, *Rec.* I 665, oc n° 52, où il avait été contesté l'impossibilité pour les parties de déposer à la Cour des conclusions en réponse à celles de l'avocat général.

²⁴ Droits de la défense : CJCE, 11 juill. 1968, *Van Eick*, 35/67, *Rec.* 481, oc n° 3 ; ord. 5 déc. 1996, *Lopes*, C-174/96 P, *Rec.* I 6401, oc n° 44. Autres droits : CJCE 27 oct. 1976, *Prais*, 130/75, *Rec.* 1589, oc n° 11 (liberté religieuse) ; 19 mai 1983, *Mavridis*, 289/81, *Rec.* 1731, oc n° 20 (confiance légitime) ; 5 oct. 1994, *X c/ Commission*, C-404/92 P, *Rec.* I 4737, oc n° 38 (vie privée).

communautaire ; et la même constatation doit valoir pour les droits de la défense assurés au sein des procédures communautaires. Enfin, le respect des droits fondamentaux des fonctionnaires de la Communauté par les institutions communautaires ne présente pas de particularité véritablement communautaire : tout organisme international doté d'un corps bureaucratique doit compter avec les droits de ses fonctionnaires.

Il ne faut pas non plus surestimer la reconnaissance, par la Cour, du principe de la *sécurité juridique*, que les auteurs de l'ouvrage rangent, arbitrairement nous paraît-il, parmi les droits fondamentaux, en tant que limite à l'application du droit communautaire, primaire et dérivé : des principes comme celui de la non-rétroactivité de la loi, ou celui du respect de la confiance légitime, pour récente que soit leur conquête démocratique, sont ancrés dans les traditions juridiques des États européens si profondément que leur non-reconnaissance par la Cour serait purement et simplement inconcevable. L'insistance de l'ouvrage commenté sur ce principe, par la référence à plusieurs arrêts qui en font application²⁵, ne peut témoigner que d'une pauvreté en matière de droits fondamentaux.

Les arrêts qui concernent les matières susmentionnées, s'ils peuvent trouver une place dans un recueil sur les droits fondamentaux dans le droit communautaire, ne sont pas pertinents pour la présentation du droit communautaire des droits fondamentaux. La seule utilité de la référence à des arrêts invoquant le principe de la sécurité juridique comme une limite à l'application du droit communautaire, est que cette invocation annonce l'entrée dans la scène des droits fondamentaux pour jouer un pareil rôle.

VI. LES DEUX PRINCIPES COMMUNAUTAIRES EN MATIÈRE DE DROITS FONDAMENTAUX

En effet, après un premier temps, pendant lequel la Cour ne s'est reconnue aucune compétence pour « examiner le grief selon lequel, en prenant

²⁵ V. CJCE, 6 avr. 1962, *Bosch*, 13/61, *Rec.* 81, oc n° 2 ; 9 juill. 1969, *Portelange*, 10/69, *Rec.* 309, oc n° 4 (concurrence) ; CJCE, 25 janv. 1979, *Racke*, 98/78, *Rec.* 69, oc n° 14 ; 9 juill. 1981, *Gondrand Frères*, 169/80, *Rec.* 1931, oc n° 18 (douanes) ; CJCE, 10 juill. 1984, *Kirk*, 63/83, *Rec.* 2689, oc n° 21 ; 28 avr. 1988, *Mulder*, 120/86, *Rec.* 2321, oc n° 26 (pêche) ; CJCE, 14 mai 1975, *CNTA*, 74/74, *Rec.* 533, oc n° 8 (politique agricole) ; 8 avr. 1976, *Defrenne II*, 43/75, *Rec.* 455, oc n° 10 (non-discrimination des sexes en matière d'emploi) ; 12 oct. 1978, *Belbouab*, 10/78, *Rec.* 1915, oc n° 13 (sécurité sociale) ; 12 déc. 1996, *Procédures pénales c/ X*, C-74 & 129/95, *Rec.* I 6609, oc n° 45 (santé publique) ; 3 mai 2005, *Berlusconi*, C-387, 391 & 403/02, *Rec.* I 3565, oc n° 69 (sociétés, comptes falsifiés) ; 3 mai 2007, *Advocaten voor de Wereld*, C-303/05, oc n° 82 (mandat européen).

sa décision, la Haute Autorité aurait violé des principes du droit constitutionnel allemand (notamment les articles 2 et 12 de la loi fondamentale)²⁶, elle a su, sous la pression politique venant de cours nationales²⁷, intégrer les droits fondamentaux protégés dans les ordres juridiques des États membres, et en particulier par les constitutions nationales dont elle dit s'inspirer, dans les « principes généraux du droit communautaire »²⁸ et, de ce chef, soumettre les instruments de droit dérivé à un contrôle de conformité avec les droits fondamentaux qui font dorénavant partie de ces principes généraux. Cette approche s'est prolongée dans le temps jusqu'aujourd'hui²⁹, en se trouvant entre-temps enrichie de l'évocation de la Convention européenne des droits de l'homme de 1950 et de la jurisprudence de la Cour européenne³⁰. Elle a été également élargie pour comprendre, à côté des actes communautaires, les mesures nationales de mise en œuvre de ces actes³¹. Et elle a été dotée d'une formulation quasi-législative, qu'on appellerait « *premier principe communautaire en matière de droits fondamentaux* », dans l'avis 2/94 (préc.) : *le respect des droits de l'homme constitue une condition de la légalité des actes communautaires* [pt. 34].

Dans ce même avis, la Cour de justice notait que la Communauté « ne dispose que de compétences d'attribution ». Ce qui s'est concrétisé par la formule employée dans l'affaire *Grant*, selon laquelle, *ces droits ne peuvent en eux-mêmes avoir pour effet d'élargir le champ d'application des dispositions du traité au-delà des compétences de la Communauté*.

²⁶ CJCE, 4 févr. 1959, *Stork*, 1/58, *Rec.* 43 s., 63, oc n° 1.

²⁷ « En partie pour préserver son propre statut et la primauté du droit européen », S. Douglas-Scott, *A tale of two courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European human rights acquis*, *CMLR* 2006, 629, 652 ; v. aussi Coppel & O'Niell, *supra* note 3, 670. La question ne semble plus être controversée.

²⁸ CJCE, 12 nov. 1969, *Stauder*, 29/69, *Rec.* 419, pt. 7, oc n° 5 ; et surtout 17 déc. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, *Rec.* 1128, pt. 4, oc n° 6.

²⁹ CJCE, 30 juill. 1996, *Bosphorus*, C-84/95, *Rec.* I 3953, oc n° 42 ; 9 oct. 2001, *Pays-Bas c/ Parlement européen & Conseil*, C-377/98, *Rec.* I 7079, oc n° 55 ; TPICE, 7 févr. 2002, *Kuijfer*, T-211/00, *Rec.* II 485, oc n° 56.

³⁰ CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, 4/73, *Rec.* 491, oc n° 7 ; 13 déc. 1979, *Hauer*, 44/79, *Rec.* 3727, oc n° 16 ; 11 juill. 1989, *Schröder*, 265/87, *Rec.* 2237, oc n° 28 ; 27 juin 2006, *Parlement européen c/ Conseil*, C-540/03, *Rec.* I 5769, oc n° 74.

³¹ CJCE, 13 juill. 1989, *Wachauf*, 5/88, *Rec.* 2609, oc n° 29 ; 12 mai 2005, *Regione autonoma Friuli*, C-347/03, *Rec.* I 3785, oc n° 68. V. aussi CJCE, 20 mai 2003, *Österreichischer Rundfunk*, C-465/00, 138 & 139/01, *Rec.* I 4989, oc n° 62, où il ne s'agissait pas véritablement d'une mesure nationale de mise en œuvre, mais que l'interprétation d'une directive communautaire à la lumière des droits fondamentaux était utile pour l'appréciation de la conformité avec ces droits d'une réglementation nationale.

[arrêt préc., pt. 45 ; « deuxième principe communautaire en matière de droits fondamentaux »]

VII. UN TROISIÈME PRINCIPE

On pourrait songer que, ces deux principes étant énoncés, le droit communautaire des droits fondamentaux aurait trouvé son achèvement. Toutefois, il demeurerait une constellation qui s'était déjà présentée devant la Cour et qui avait déjà entrouvert la porte à une soumission extensive, par la Cour, à un contrôle de conformité avec les droits fondamentaux, non seulement des actes communautaires mais aussi des mesures nationales, non de mise en œuvre d'actes communautaires, mais qui entravent les libertés de circulation. Dans l'arrêt *Rutili* de 1975, la Cour avait jugé que la notion d'ordre public de l'art. 39 §3 CE, qui réserve aux États membres le pouvoir d'apporter des restrictions à la libre circulation sur leur territoire des ressortissants d'autres États membres, « doit être entendue strictement, de sorte que sa portée ne saurait être déterminée unilatéralement par chacun des États membres sans contrôle des institutions de la Communauté » (pt. 27). Et, faisant référence à la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour conclut que cela signifie concrètement

que la justification des mesures destinées à sauvegarder l'ordre public doit être appréciée au regard de toutes règles de droit communautaire ayant pour objet de garantir la défense des personnes soumises, de ce chef, à des mesures restrictives. [pt. 51]

Cette phrase porte deux propositions : d'une part, il y a des règles de droit communautaire qui ont pour objet de garantir les droits fondamentaux des personnes soumises à des mesures nationales restrictives destinées à sauvegarder l'ordre public, ces mesures nationales devant donc, d'autre part, être soumises à un contrôle de conformité avec ces droits fondamentaux, puisque ces droits font partie, déjà depuis les arrêts *Stauder* et *Internationale Handelsgesellschaft* (précités), des principes généraux du droit communautaire au regard desquels la justification de ces mesures nationales restrictives doit être envisagée et appréciée.

L'arrêt *Rutili* ne contredit pas le deuxième principe évoqué ci-dessus, selon lequel les droits fondamentaux ne peuvent pas élargir le champ d'application du droit communautaire. En effet, comme il est noté au point 27 de l'arrêt, la notion d'ordre public de l'art. 39 §3 CE a pour fonction de justifier « une dérogation aux principes fondamentaux de l'égalité de traitement et de la liberté de circulation des travailleurs », c'est-à-dire une

mesure nationale qui, en principe, est contraire à ces principes fondamentaux, et entre, de ce fait, dans le champ d'application du droit communautaire. Néanmoins, l'arrêt *Rutili* montre que, du point de vue du système juridique communautaire, le respect des droits fondamentaux ne concerne pas seulement les actes communautaires : Le respect des droits fondamentaux est une condition de légalité [aussi] des mesures nationales qui entrent dans le champ d'application des dispositions du Traité [« troisième principe en matière de droits fondamentaux »].

Ce principe a été confirmé et de façon positive³² et de façon négative, c'est dire dans des affaires où la Cour a refusé de soumettre les mesures nationales incriminées à un contrôle de conformité avec les droits fondamentaux au motif que ces mesures échappaient au domaine d'application du droit communautaire³³, ceci entendu, comme d'habitude en tout cas, dans un sens plutôt trop large³⁴.

VIII. L'ARRÊT *ERT*

À cet égard, l'arrêt *ERT*³⁵ nous semble être le plus important, et cela de plusieurs points de vue. En premier lieu, la Cour avait devant elle une question préjudicielle presque provocatrice :

la liberté d'expression consacrée par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et le but social du traité imposent par eux-mêmes des obligations aux États membres et lesquelles, indépendamment des dispositions écrites du droit communautaire en vigueur ?

À laquelle elle répond par la négative : « la Cour ne peut apprécier, au regard de la CEDH, une réglementation nationale qui ne se situe pas dans le cadre du droit communautaire » ; mais elle ajoute :

en revanche, dès lors qu'une telle réglementation entre dans le champ d'application du droit communautaire, la Cour, saisie, à titre préjudiciel, doit fournir tous les éléments d'interprétation nécessaires à l'appréciation, par

³² CJCE, 29 avr. 2004, *Orfanopoulos*, C-482 & 493/01, *Rec. I* 5257, oc n° 67.

³³ CJCE, 11 juill. 1985, *Cinéthèque*, 60 & 61/84, *Rec. I* 2605, oc n° 23 ; 4 oct. 1991, *Grogan*, C-159/90, *Rec. I* 4685, oc n° 34 ; 29 mai 1997, *Kremzow*, C-299/95, *Rec. I* 2629, oc n° 46.

³⁴ CJCE, 10 avr. 2003, *Steffensen*, C-276/01, *Rec. I* 3735, oc n° 61. V. aussi *Österreichischer Rundfunk*, *supra* note 31. Rappr. Douglas-Scott, *supra* note 27, 634 ; et Coppel & O'Neill, *supra* note 3, 679-681.

³⁵ CJCE, 18 juin 1991, *ERT*, C-260/89, *Rec. I* 2925, oc n° 33.

la juridiction nationale, de la conformité de cette réglementation avec les droits fondamentaux dont la Cour assure le respect, tels qu'ils résultent, en particulier, de la Convention européenne des droits de l'homme. [pt. 42]

Ainsi, par la première phrase, la Cour confirme le deuxième principe énoncé ci-dessus et par la deuxième le troisième principe, puisqu'il était question de l'application de la clause d'ordre public en matière de libre prestation de services, la mesure nationale en cause entrant donc dans le champ d'application du traité. Toutefois, la formulation de la deuxième phrase fut assez large³⁶ pour ouvrir la voie à deux lignes jurisprudentielles, qui ont conduit à des constructions pour le moins contestables, et dont la combinaison a abouti, par suite, à des résultats qui sont manifestement contraires au deuxième principe du droit communautaire et, en fait, au Traité lui-même.

IX. CONFLIT ENTRE UNE DISPOSITION COMMUNAUTAIRE ET UNE MESURE NATIONALE RESPECTANT LES DROITS FONDAMENTAUX

En premier lieu, et en ce qui concerne le troisième principe relevé plus haut, le respect des droits fondamentaux par une mesure nationale ne signifie pas automatiquement qu'elle est justifiée au regard du droit communautaire. La satisfaction de cette condition, pour nécessaire qu'elle soit pour la légalité de la mesure nationale concernée, n'est pas adéquate pour sa justification en tant qu'elle entrave d'une liberté communautaire. Ainsi est-il possible, dans le cas d'une mesure nationale respectueuse des droits fondamentaux, que le conflit demeure, et qu'il se transforme en conflit entre un droit fondamental d'une part et une liberté communautaire de l'autre. Bien avant le fameux arrêt *Schmidberger*, sur lequel nous reviendrons *infra*, cette constellation est apparue à propos de l'interdiction allemande adressée aux particuliers d'importer des médicaments soumis, en Allemagne, à agrément ou à enregistrement, qui entravait, naturellement, la libre circulation des marchandises³⁷ : le gouvernement allemand avait soutenu que des raisons de santé publique dictaient que la quantité des médicaments importés par un particulier ne devaient pas dépasser ses besoins personnels, mais, puisqu'un contrôle de tel contenu porterait atteinte au secret de la vie privée et au droit à la protection du secret médical, l'interdiction pure et simple de toute telle importation était la bonne voie pour la

³⁶ Rappr. Piet Jan Slot, comm. *ERT*, *CMLR* 1991, 964, 987.

³⁷ CJCE, 8 avr. 1992, *Commission c/ Allemagne*, C-62/90, *Rec. I* 2575, oc n° 35.

protection de la santé publique. En fait, le gouvernement allemand soutenait que des raisons pratiques visant à la protection d'un droit fondamental justifiaient l'entrave à la liberté communautaire de circulation des marchandises.

X. UN QUATRIÈME « PRINCIPE »

En deuxième lieu, toujours en ce qui concerne le troisième principe, la condition de sa propre application, c'est-à-dire que la mesure nationale dont il est question doit entrer dans le champ d'application du droit communautaire, a été vite banalisée. Cette évolution est due au fait que la Cour ne s'occupe plus trop de la distinction entre, d'une part, les raisons dérogatoires des art. 30, 39 §3 et 46 CE, dont l'invocation et l'application supposent que la mesure nationale incriminée est déjà qualifiée d'entrave et, de ce fait, entre dans le champ d'application du traité ; et, d'autre part, les exigences impératives ou les raisons impérieuses d'intérêt général, dont l'invocation et l'application supposent que la mesure nationale incriminée n'entre dans le champ d'application du droit communautaire que si elle n'est pas justifiée par ces raisons³⁸. Si l'application du troisième principe communautaire en matière de droits fondamentaux aux mesures de la première catégorie n'est pas problématique, puisqu'on est dans le champ d'application du droit communautaire, l'application du même principe aux mesures nationales de la deuxième catégorie constitue une extension de son champ d'application, laquelle contredit le deuxième principe, selon lequel, les droits fondamentaux ne peuvent en eux-mêmes avoir pour effet d'élargir le champ d'application des dispositions du traité au-delà des compétences de la Communauté. Le fait pour une mesure nationale de ne pas arriver à être justifiée par des exigences impératives ou par des raisons impérieuses, résulte en effet à ce que la Communauté obtient compétence pour les censurer, et, lorsque l'impossibilité de justification est due à un prétendu non-respect des droits fondamentaux, la compétence communautaire se trouve fondée, précisément, sur les droits fondamentaux³⁹. Ainsi

³⁸ Les arrêts sont innombrables et font déjà un courant dominant dans la jurisprudence de la Cour. Sur ce glissement conceptuel v. surtout D. Martin, '« Discriminations », « entraves » et « raisons impérieuses » dans le traité CE : trois concepts en quête d'identité', *CDE* 1998, 261 et seq., 561 et seq. ; v. aussi la prise de position du juge René Joliet, *La libre circulation des marchandises : l'arrêt Keck et Mithouard et les nouvelles orientations de la jurisprudence*, *J.T. D.eur.* 1994, 145 et seq., 146 III.

³⁹ Rappr. J. Coppel & A. O'Neill, *ECJ and human rights*, *CMLR* 1992, 678.

par exemple, dans l'affaire *Familiapress*⁴⁰, la Cour est arrivée, au point 24, à une (re)formulation qui étend considérablement la portée du troisième principe, de sorte qu'on devrait parler d'un « quatrième 'principe' communautaire en matière de droits fondamentaux » :

lorsqu'un État membre invoque des exigences impératives pour justifier une législation qui est de nature à entraver l'exercice de la libre circulation des marchandises, cette justification doit être également interprétée à la lumière des principes généraux du droit et notamment des droits fondamentaux.

Ce quatrième « principe » remplace en fait le troisième, puisqu'il s'applique non seulement aux mesures nationales qui entrent dans le champ d'application des dispositions du Traité mais aussi à toutes les mesures nationales dont la conformité avec le droit communautaire est simplement contestée.

Encore plus significatif est l'arrêt *Karner*⁴¹, où la Cour, après avoir constaté que la disposition nationale incriminée « n'est pas frappée par l'interdiction édictée à l'article 28 CE », et que, partant, elle échappe au domaine d'application des dispositions du Traité, procède tout de même à un examen de l'argument selon lequel cette même disposition nationale « est incompatible avec le principe de la liberté d'expression, consacré à l'article 10 de la CEDH » (pts. 43 & 44). S'il est vrai que la Cour rejette finalement l'argument (pt. 52), il n'en demeure pas moins que, du seul fait qu'elle l'examine, elle viole le troisième principe en matière de droits fondamentaux qu'elle-même avait posé, et qu'elle prend soin de rappeler au point 49 de l'arrêt *Karner* !

XI. LES CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL JACOBS DANS L'AFFAIRE *ERT*

Dans ses conclusions sur l'affaire *ERT* (précité), l'Avocat général Jacobs avait soutenu que le contrôle de conformité de la mesure nationale devrait rester toujours en dehors des préoccupations de la Cour (pts. 336 et seq.). Ainsi, si la mesure nationale se trouvait contraire au droit communautaire,

⁴⁰ CJCE, 26 juin 1997, *Familiapress*, C-368/95, *Rec. I* 3689, oc n° 47. Nous avons expliqué ailleurs que cet arrêt ne porte en réalité pas sur la libre circulation des journaux en tant que marchandises et que l'invocation du droit fondamental de la liberté de la presse n'y était pas nécessaire pour la résolution du litige, qui, en fait, relevait de la matière de la libre prestation de services, v. Panopoulos, *supra* note 8, n° 260.

⁴¹ CJCE, 25 mars 2004, *Karner*, C-71/02, *Rec. I* 3025, oc n° 66.

elle serait censurée, sans que sa conformité avec les droits fondamentaux entre en compte, c'est-à-dire même si elle était justifiée par un droit fondamental ; et si la mesure nationale se trouvait conforme au droit communautaire, elle échapperait à son emprise indépendamment de sa conformité avec un droit fondamental, c'est-à-dire même si elle le violerait⁴² (ce qui est d'ailleurs la conséquence directe du troisième principe communautaire en matière de droits fondamentaux). Dans les deux cas, la Cour n'aurait jamais à se prononcer sur un éventuel conflit entre libertés communautaires et droits fondamentaux, car le conflit ne pourrait logiquement jamais surgir devant la Cour. Cette affirmation n'est pas tout à fait fondée, car le conflit surgit, et cela en termes encore moins favorables pour la protection des droits fondamentaux, si cette dernière est prise en compte lors de l'appréciation des raisons dérogatoires.

La Cour de justice n'a pas suivi son avocat général sur ce point. La scène était alors prête pour ces dérives jurisprudentielles que constituent les arrêts *Carpenter*, et *Garcia Avello*, ainsi que, d'une façon indirecte, *Schmidberger*.

XII. L'INCROYABLE ARRÊT *CARPENTER*

Dans l'affaire *Carpenter*⁴³, la Cour de justice n'a pas statué en tant que Haute juridiction des Communautés européennes, mais, en flagrant excès de pouvoir, comme si elle était une cour suprême des États membres ou une cour des droits de l'homme⁴⁴. Mme Carpenter, de nationalité philippine, avait été autorisée en 1994 à entrer au Royaume-Uni en qualité de visiteur pour une période de six mois. Elle est restée au Royaume-Uni après la fin de cette période et a omis de solliciter une prolongation de son autorisation de séjourner. En 1996, elle a épousé M. Carpenter, un ressortissant britannique, et peu après a demandé au Secrétaire d'État l'autorisation de séjourner au Royaume-Uni en tant que conjoint d'un ressortissant de cet État membre. Cette demande a été rejetée, ce qui, selon la Cour de justice, est contraire à l'art. 49 CE, suivant un raisonnement singulier.

⁴² L'éventuelle violation du droit fondamental par la mesure nationale serait alors une question de droit national ou international mais non communautaire, v. F.G. Jacobs, Human rights in the European Union: the role of the Court of Justice, *EL Rev.* 2001, 331, 337.

⁴³ CJCE, 11 juill. 2002, *Carpenter*, C-60/00, *Rec.* I 6279, oc n° 57.

⁴⁴ V. aussi Editorial comments, *CMLR* 2003, 537, 540 ; rapp. E. Spaventa, From *Gebhard* to *Carpenter*: towards a (non-)economic European Constitution, *CMLR* 2004, 743, 746.

Au début, la Cour reconnaît que les dispositions du Traité relatives à la libre prestation de services ne s'appliquent pas à des situations purement internes (pt. 28). Toutefois, l'activité professionnelle de M. Carpenter relève de la notion de prestation de services au sens de l'art. 49 CE, dans la mesure où ses clients sont établis dans d'autres États membres (pt. 29). Dès lors, M. Carpenter fait usage du droit à la libre prestation des services, qui peut être invoqué à l'encontre de l'État où le prestataire est établi (pt. 30). La liberté comprend aussi le droit de M. Carpenter au respect de sa vie familiale (pt. 39). L'expulsion de Mme Carpenter constitue une ingérence dans l'exercice par M. Carpenter de son droit au respect de sa vie familiale au sens de l'art. 8 de la CEDH (pt. 41), donc elle constitue aussi une restriction à sa liberté de prêter des services, en d'autres mots, une violation de l'art. 49 CE, lu à la lumière du droit fondamental au respect de la vie familiale.

Il s'agit d'une extension incroyable du champ d'application des dispositions du Traité, au-delà des compétences de la Communauté, puisque, de l'aveu même de la Cour, la mesure nationale en cause n'entrave la liberté de prestation de services que si cette dernière est vue à la lumière du droit au respect de la vie familiale. Ainsi, dans cette affaire, et contrairement au principe énoncé par la Cour dans d'autres arrêts, un droit fondamental a eu pour effet d'élargir le champ d'application d'une disposition du Traité. Si le principe est toujours valable, et il ne peut pas en être autrement, puisque les compétences de la Communauté n'ont pas été étendues entre-temps par une modification du Traité, l'arrêt *Carpenter* est erroné, une conviction en laquelle nous sommes renforcé du fait que cet arrêt est sans précédent et n'a pas trouvé de pair depuis.

Effectivement, si l'arrêt *Carpenter* n'était pas erroné, il poserait une nouvelle règle jurisprudentielle, puisque les précédents auxquels la Cour dit se fonder ne sont pas pertinents. D'une part, au point 30, concernant la possibilité d'invoquer la liberté de prestation de services à l'encontre du pays d'établissement du prestataire, seul l'arrêt *Alpine Investments*⁴⁵ est cité, le seul où le prestataire concerné ne puisse être assimilé aux ressortissants des autres États membres – une assimilation qui est possible seulement pour les personnes qui ont déjà fait usage de leur liberté de circulation. Or, nous avons montré ailleurs que cet arrêt est erroné⁴⁶. Ensuite, au point 39 de l'arrêt *Carpenter*, concernant l'inclusion, à la liberté de prestation des services, du droit au respect de la vie familiale, seul l'arrêt

⁴⁵ CJCE, 10 mai 1995, *Alpine Investments*, C-384/93, *Rec. I* 1141.

⁴⁶ Panopoulos, *supra* note 8, n° 298 et seq.

Singh est cité⁴⁷. Toutefois, cet arrêt est fondé sur l'assimilation d'un ressortissant national (britannique aussi) aux ressortissants des autres États membres, alors que dans l'affaire *Carpenter* cette assimilation est impossible, parce que le prétendu bénéficiaire de la liberté communautaire ne se prévalait pas de son établissement antérieur dans un autre État membre. Et il est constant que le justiciable qui « n'a jamais exercé le droit de libre circulation à l'intérieur de la Communauté », n'est pas en droit d'invoquer les dispositions du Traité à l'encontre de son propre État⁴⁸.

Il s'ensuit que l'arrêt *Carpenter* introduirait une nouvelle règle dans le corps du droit communautaire, qui porterait une énorme extension du domaine de la libre prestation des services, et cela « grâce » au droit fondamental au respect de la vie familiale. Pour cette raison, on doit considérer cet arrêt comme erroné. Mais il y a une raison supplémentaire. Selon l'arrêt *Luisi & Carbone*⁴⁹, non seulement les prestataires, mais aussi les destinataires de services sont en droit d'invoquer la liberté de prestation de services. Si donc les activités de M. Carpenter suffisaient à lui accorder le bénéfice de cette liberté, il doit en être de même pour les clients de M. Carpenter, tout comme pour les clients de ses clients ! Si le voisin de M. Carpenter est client d'un Monsieur X allemand, comment peut-on lui expliquer que son épouse ne bénéficie pas, à l'encontre de l'État britannique, des mêmes droits dont jouit Mme Carpenter ? Où arrête en fait le cercle des bénéficiaires de la règle *Carpenter*⁵⁰ ?

Les États qui ont institué la Communauté, se sont convenus à accueillir sur leur territoire les ressortissants des autres États membres, ainsi que toute personne qui est assimilée à eux. En revanche, en ce qui concerne les ressortissants des pays tiers, ils n'ont assumé aucune telle obligation. Le raisonnement de la Cour aurait dû s'arrêter ici.

⁴⁷ CJCE, 7 juill. 1992, *Singh*, C-370/90, *Rec.* I 4265. V. aussi, pour un cas de fraude dans ce contexte, CJCE, 23 sept. 2003, *Akrich*, C-109/01, *Rec.* I 9607. Si les auteurs de l'ouvrage commenté avaient la seule intention de présenter la contribution de la Cour de justice à la théorie des droits de l'homme, ils auraient pu recueillir l'arrêt *Singh* plutôt que l'arrêt *Carpenter*, puisque le deuxième relève d'une conception impérialiste du rôle de la Cour. Leur choix trahit une préférence pour cette conception, et cela légitime la démarche critique du présent compte-rendu, qui démarre d'une perspective communautaire plutôt que d'une vision « romantique » des droits de l'homme qui, elle, peut-être, légitimerait, à la limite, l'impérialisme de la Cour.

⁴⁸ CJCE, 5 juin 1997, *Uecker*, C-64 & 65/96, *Rec.* I 3171. Comp. aussi *Kremzow*, *supra* note 33.

⁴⁹ CJCE, 31 janv. 1984, *Luisi & Carbone*, 286/82 & 26/83, *Rec.* 377.

⁵⁰ Rappr. Editorial comments, *CMLR* 2003, 537, 541.

XIII. « CITOYENNETÉ » DE L'UNION

Il serait possible de chercher, avec Mme E. Spaventa, une légitimation de l'arrêt *Carpenter*, dans une lecture extensive des dispositions du Traité relatives à la citoyenneté de l'Union, en combinaison avec les dispositions relatives aux libertés de circulation :

si les dispositions relatives à la libre circulation accordent un droit d'exercer une activité économique dans un autre État membre, bien sûr sous les mêmes règles auxquelles sont soumis les nationaux, et si la citoyenneté accorde un droit à un traitement proportionné lorsque l'État limite le droit à la circulation accordé par l'art. 18, alors il pourrait être soutenu que l'État doit aussi respecter le principe de proportionnalité lorsqu'il limite un droit, accordé par le Traité, d'exercer une activité économique sur son territoire.

Cela signifie concrètement que :

l'effet combiné des arts. 17 et 12 est d'accorder une protection, relevant du droit communautaire plutôt que du droit national, aux citoyens qui n'ont pas exercé leurs droits de libre circulation et qui, en vertu de l'art. 12, ne doivent pas faire l'objet de discrimination en raison de la nationalité. Ainsi, dans des situations purement internes, des citoyens pourraient, au moyen de l'effet combiné des arts. 17 et 12, jouir des droits équivalant à ceux dont jouissent les citoyens qui ont exercé leurs droits découlant du Traité⁵¹.

Mme Spaventa ne semble pas enthousiaste quant au bien-fondé de l'arrêt *Carpenter*, seulement elle cherche à trouver, dans les arts. 12 & 17 CE, un appui pour une décision que l'art. 49 CE n'est certainement pas apte à fonder. Nous ne pouvons donc pas critiquer cette opinion, dans la mesure où elle offre le seul moyen de justification d'un arrêt de la Cour. Cette justification consiste à considérer la discrimination à rebours comme contraire à l'art. 12 CE, du fait que les citoyens d'un État qui sont « discriminés » par celui-ci, sont en même temps des citoyens de l'Union en vertu de l'art. 17 CE. Il y a peu, on pouvait affirmer que « sans nul doute la citoyenneté de l'Union n'a-t-elle pas pour objet d'étendre le domaine d'application du traité à des situations dépourvues de tout élément d'extranéité »⁵². L'évolution est alors spectaculaire. Toutefois, si la Cour suivait vraiment un tel raisonnement, son approche se heurterait à une contradic-

⁵¹ Spaventa, *supra* note 44, 769, 771 (traduit par nous).

⁵² Monique Luby, obs. *Uecker*, *JDI* 1998, 514.

tion qu'il n'est pas possible de lever. En effet, une telle approche signifie qu'un État doit traiter ses propres nationaux en tant que citoyens de l'Union, et oublier qu'ils sont ses propres citoyens. Or, selon l'art. 17 §1 al. 2 CE, « la citoyenneté de l'Union complète la citoyenneté nationale et ne la remplace pas », et cette disposition doit être prise à la lettre. En fait, le caractère simplement complémentaire de la citoyenneté de l'Union par rapport à la citoyenneté nationale, et la dépendance dans laquelle se trouve la première par rapport à la deuxième (art. 17 §1 al. 1 CE), n'est pas une « *technicality* ». Elle se rattache au fait que seuls les États, étant constitués par des peuples, sont souverains, et la Communauté est simplement le dépositaire de l'exercice de certains attributs de la souveraineté de ses membres. Pour que l'inverse soit le cas, il faut un changement radical dans la perception de l'État nation, dans le sens du dépassement de la notion de nation ou dans celui de la constitution d'un véritable peuple européen. Une telle évolution est purement politique, et nous ne voyons pas comment deux douzaines de gens peuvent l'amorcer sans référer la question aux peuples européens, et à l'encontre précisément de la volonté exprimée des représentants de ces peuples. En fait, nous ne voyons pas comment une telle évolution pourrait s'achever dans le sens de la fin de l'État ou de la naissance d'une Nation européenne, sinon au moyen d'une guerre ou d'une révolution⁵³.

Lorsque J. Coppel et A. O'Neill parlaient en 1992 dans leur article précité d'une instrumentalisation des droits fondamentaux au service de l'accélération du processus d'intégration juridique dans la Communauté, ils n'auraient pas pu imaginer l'extrême que constitue l'arrêt *Carpenter* : dans cet arrêt, la Cour, pour assurer une protection des droits de *Mme Carpenter*, les a transformé en droit de *M. Carpenter* au respect de sa vie familiale, et a appliqué les dispositions relatives à la prestation de services, sous prétexte que *M. Carpenter* bénéficiait de cette liberté, mais en réalité parce que *M. Carpenter* était un citoyen de l'Union, en oubliant, comme

⁵³ Sur le dépassement de la notion de l'État nation dans son acception contemporaine, v. seulement V. Lénine, *L'État et la révolution* (1918), *Œuvres choisies* (1982) t. 2, 287 et seq. Sur le dépassement de l'État au profit d'une Union, rappelons qu'une des questions disputées qui ont conduit à la Guerre civile américaine a été celle de savoir laquelle des deux citoyennetés, de l'Union ou des États, était primordiale par rapport à l'autre. Elle a été résolue par les armes, et la solution a été incorporée dans la première phrase de la première Section du XIV^e Amendement à la Constitution américaine. « The first sentence of the Amendment settled the old controversy as to citizenship. [...] Thenceforward citizenship of the United States became primary and citizenship of a State secondary », Juge Roberts, *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496, 510 (1939).

elle ne le devrait pas, que M. Carpenter n'était citoyen de l'Union qu'en tant que citoyen du Royaume-Uni ; en même temps, et par ce même arrêt, lu à l'inverse, elle a employé le droit au respect de la vie familiale comme instrument pour l'extension du domaine de la liberté de prestation de services dans un domaine réservé aux compétences des États et pour prêter aux dispositions du Traité relatives à la citoyenneté de l'Union un contenu incompatible avec la citoyenneté d'un État membre et, en fin du compte, incompatible avec ces dispositions elles-mêmes.

XIV. LE CITOYEN EUROPÉEN *GARCIA AVELLO*

C'est une pareille lecture abusivement extensive des dispositions du Traité relatives à la citoyenneté européenne qui sous-tend l'arrêt *Garcia Avello*⁵⁴. Dans cette affaire, le litige au principal portait sur la possibilité pour deux personnes de double nationalité belgo-espagnole de changer leur nom de famille inscrit aux registres de l'état civil belge, de sorte qu'il corresponde à la législation espagnole. Comme dans l'affaire *Carpenter*, on se trouve en présence d'une situation purement interne, les intéressés étant des ressortissants belges, résidant en Belgique, n'ayant pas fait usage de la liberté de circulation des personnes, et s'opposant à l'État belge quant à la légalité d'un acte administratif de cet État⁵⁵. En fait, il était impossible de discerner de lien entre la question litigieuse et le droit communautaire. Et c'est semble-t-il pourquoi la Cour lit derrière les lignes des dispositions nationales en cause une discrimination indirecte. En effet, elle affirme, au point 37 :

les ressortissants belges, porteurs de divers noms de famille en raison des différentes lois auxquelles ils se rattachent par la nationalité, peuvent invoquer des difficultés propres à leur situation et qui les distinguent des personnes ayant la seule nationalité belge, lesquelles sont désignées par un seul nom de famille.

Mais l'argument est parfaitement réversible : si un ressortissant belgo-espagnol peut aujourd'hui utiliser en Belgique le nom de famille résultant de la législation espagnole, il devra demain avoir le droit d'utiliser en Espagne le nom de famille résultant de la législation belge⁵⁶ ! Voilà une

⁵⁴ CJCE, 2 oct. 2003, *Garcia Avello*, C-148/02, *Rec. I* 11613, oc n° 64.

⁵⁵ V. P. Lagarde, note, *RCDIP* 2004, 192 et seq., 195.

⁵⁶ *Ibid.*, 199-200, et toute sa critique ; aussi E. Jayme & Chr. Kohler, *Europäisches Kollisionsrecht 2005: Hegemonialgesten auf dem Weg zu einer Gesamtvereinheitlichung*,

image singulière du marché intérieur (si l'on peut auparavant se mettre d'accord sur ce que le nom de famille relève du marché intérieur...) ! Sauf si, au moyen de la censure de la législation belge, la Cour « a voulu marquer sa préférence, sinon pour le système espagnol d'attribution du nom, du moins pour un système qui laisse aux parents une certaine marge de liberté dans la formation du nom de leurs enfants »⁵⁷. Il va sans dire que ni la Communauté ni sa Cour n'ont de compétences en la matière.

XV. L'ARRÊT *SCHMIDBERGER*

Nous sommes ainsi arrivé au dernier arrêt présenté dans le recueil commenté et qui mérite un examen particulier⁵⁸. Dans l'affaire *Schmidberger*⁵⁹, une entreprise de transport allemande a assigné l'État autrichien en dommages et intérêts au motif que ce dernier avait autorisé une manifestation sur une autoroute qui relie l'Allemagne à l'Italie, du fait de laquelle la circulation sur cette autoroute a été arrêtée pendant trente heures. L'entreprise prétendait que l'autorisation était contraire au droit communautaire, parce que, le cas échéant en contravention à l'art. 5 CE, elle avait permis une entrave à la libre circulation de marchandises, violant l'art. 28 CE. De sa part, l'État autrichien rétorquait que l'autorisation était justifiée comme respectant les art. 10 et 11 CEDH et les dispositions correspondantes de la Constitution nationale, en donnant plein effet aux libertés d'expression et de réunion. La Cour, appliquant un contrôle de proportionnalité plutôt laxiste, a jugé que la mesure nationale était justifiée par ces libertés fondamentales et échappait à l'emprise de l'art. 28 CE. La liberté économique s'était trouvée battue par une liberté politique, et la Cour a donné l'impression qu'elle assurerait un ordre constitutionnel plutôt qu'économique.

Toutefois, il faut regarder derrière les apparences. En premier lieu, il convient de noter que la mesure en cause ne constituait pas, à notre avis,

IPRax 2005, 481 et seq., 493 II, également critiques.

⁵⁷ Lagarde, *supra* note 55, 201, toujours critique. Cf. l'enthousiasme de M. Fallon, Libertés communautaires et règles de conflit de lois in A. Fuchs, H. Muir Watt & E. Patout (dir.) *Les conflits de lois et le système juridique communautaire* (Paris 2004) 31 et seq., 38-39. Une pareille préférence semble être exprimée, pour le système danois à l'encontre du système allemand, dans l'arrêt du 14 oct. 2008, *Grunkin-Paul*, C-353/2006, *Rec. I* 7639.

⁵⁸ Nous avons laissé à part quelques arrêts qui ne présentent pas d'intérêt pour les besoins de la présente étude : CJCE, 9 mars 2006, *Werhof*, C-499/04, *Rec. I* 2397, oc n° 72 ; 9 mars 2006, *Van Esbroeck*, C-436/04, *Rec. I* 2333, oc n° 73 ; 12 sept. 2006, *Espagne c/ Royaume-Uni*, C-145/04, *Rec. I* 7917, oc n° 77.

⁵⁹ CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, 112/00, *Rec. I* 5659, oc n° 63.

une restriction à la libre circulation des marchandises⁶⁰. Et, en deuxième lieu, et indépendamment de la réponse à la question précédente, il est permis de se douter de la légitimité de la démarche de la Cour, de mettre en balance les libertés économiques du Traité avec les droits consacrés par les constitutions nationales, et cela même si, comme en l'espèce, la balance penche en faveur du droit fondamental.

XVI. CRITIQUE

En effet, comme il était enseigné par Aristovoulos Manassis, une constitution est l'expression juridique condensée de la corrélation des forces socio-politiques qui existe à un instant historique concret au sein d'une société donnée, une corrélation qui se cristallise dans la constitution soit par un compromis entre ces forces, soit par la victoire de l'une sur les autres⁶¹. Les droits fondamentaux ne sont pas des constructions juridiques, mais fonction des développements historiques, et, partant, sociaux⁶². Dans cette perspective, il est non seulement faux mais aussi dangereux de parler d'une neutralité de l'État vis-à-vis des intérêts et des conflits sociopolitiques⁶³, pour ne pas parler de neutralité dans le cas de la Communauté, d'une organisation d'intégration économique dont les objectifs libéraux sont déclarés dans les actes de son institution. Or, effectivement, donner à la Cour de justice des Communautés européennes libre cours dans l'interprétation et la mise en balance des dispositions constitutionnels consacrant des droits fondamentaux, et ce avec les libertés économiques du Traité, matérialise précisément une mise en cause des contrats sociaux que constituent les constitutions nationales, et cela sous couvert d'une neutralité juridique, reconnue par hypothèse aux cours, plus apparente que réelle.

Cela dit, nous n'entendons pas mettre en doute l'impartialité de la Cour. Ce n'est pas le jugement judiciaire qui risque d'être partial ; ce sont les données juridiques elles-mêmes qui ne laissent pas de vraie place à la neutralité⁶⁴. En fait, la position de la *Cour de la Communauté* ne peut qu'être

⁶⁰ Il est impossible de développer cette idée ici. Le lecteur qui s'y intéresserait peut consulter notre ouvrage précité.

⁶¹ *Droit constitutionnel* I (Thessalonique 1980) 166-167 [en grec]. V. aussi D.Th. Tsatsos, *Droit constitutionnel A'* (Athènes 1982) 35 [en grec].

⁶² V. G.K. Vlachos, *Sociologie des droits de l'homme* (Athènes 1979) *passim* [en grec].

⁶³ V. Tsatsos, *supra* note 61, 72 ; v. aussi Vlachos, *supra* note, 32-37.

⁶⁴ La plupart des auteurs de droit communautaire ne discernent pas ce danger et préféreraient voir la Cour entreprendre un rôle plus actif dans la direction d'une interprétation des droits fondamentaux garantis par les constitutions nationales qui sert à la cohérence du sys-

toujours délicate devant un conflit entre une liberté *communautaire* et un droit *national*, ce dernier ayant, de plus, déjà subi, lors de sa constitutionnalisation, les conséquences des processus sociopolitiques qui ont abouti à sa cristallisation. La consécration d'un droit fondamental donné dans un ordre juridique concret n'a pas lieu dans le vide, mais obéit à des restrictions et des limitations sociopolitiques, parmi lesquelles la prise en considération d'autres droits fondamentaux et de l'intérêt général n'est pas la moindre. Dans cette perspective, le droit fondamental sort de l'ordre juridique national déjà limité, et se trouve en conflit avec une liberté économique dont la consécration n'avait pas obéi à des limitations et contraintes sociopolitiques comparables et dont l'effectivité et l'application constituent l'objet même du travail de la Cour de justice. Le conflit n'a pas lieu à termes égaux. Il n'est pas sans intérêt dans ce contexte de noter que l'entreprise Schmidberger n'avait pas invoqué sa liberté économique garantie par la constitution autrichienne, mais une liberté économique communautaire : manifestement, le transfert du jeu sur le champ du droit communautaire est perçu comme profitant à la liberté économique. Dans le conflit entre droits économiques et droits sociaux, le droit communautaire, droit d'une Communauté économique, prend partie en faveur des premiers, et bouleverse le compromis atteint, quel qu'il soit, au sein des ordres juridiques nationaux. Cette confrontation entre le libéral et le social devient manifeste dans le cas, par exemple, d'un conflit entre la liberté de prestation de services d'un employeur et la liberté syndicale de ses employés. Et c'est dans ce cas de figure, précisément, que la Cour de justice a tranché, dans deux arrêts pour le moins discutables, en faveur de l'employeur⁶⁵.

On pourrait peut-être songer que la solution serait de communautariser la protection des droits fondamentaux : face à des libertés économiques communautaires, seuls des droits fondamentaux communautaires pourraient résister. Cette opinion pourrait trouver un appui sur la préoccupation selon laquelle la mise en œuvre des libertés économiques ne devrait pas varier, d'un État membre à l'autre. Cet argument est contredit par la

tème juridique communautaire ; v. par ex. A.F. Bavasso, comm. *Familiapress*, CMLR 1998, 1413 (« a European solution »).

⁶⁵ V. CJCE, 11 déc. 2007, *Viking*, C-438/05, *Rec. I* 10779 ; et 18 déc. 2007, *Laval*, C-341/05, *Rec. I* 11767. Significatif à cet égard l'arrêt du Tribunal de la fonction public du 30 avr. 2009, *Aayhan*, F-65/07, où une directive communautaire assurant certains droits pour des employés travaillant sur contrat de travail à durée déterminée a été jugée inapplicable aux relations du Parlement avec ses employés, au motif qu'elle était adressée uniquement aux États membres et que les dispositions qu'elle contenait ne constituaient pas de principes généraux du droit communautaire...

logique inhérente aux dispositions du Traité relatives aux libertés économiques, puisque ce sont ces dispositions elles-mêmes qui prévoient des clauses d'exception dans la mise en œuvre des libertés, ce qui a pour conséquence inéluctable des variations. L'argument inverse, selon lequel les citoyens européens devraient profiter du même niveau de protection de leurs droits fondamentaux dans tous les États membres, revient à la communautarisation des droits fondamentaux. Or, cette voie pré-suppose l'existence d'une « société démocratique » (formule employée dans la Convention des droits de l'homme) *européenne*, c'est-à-dire deux conditions que nous ne voyons pas comment elles pourraient se remplir dans un avenir visible⁶⁶ : *primo*, une société européenne, qui, *secundo*, soit construite d'une façon démocratique. Nous nous moquons de nous-mêmes si nous pensons que les peuples européens font partie d'une seule société et que, en plus, cette société est organisée (si elle obéit à une quelconque organisation !) de façon démocratique. Le pire service qui puisse être rendu à l'idée d'une union des peuples européens, c'est faire croire à un tel monstrueux mensonge... La Cour de justice, pour sa part, n'a pas de telles illusions, comme il est montré par l'arrêt *Omega*⁶⁷.

XVII. CONCLUSION

Selon une opinion à laquelle nous souscrivons, ce qui fait aujourd'hui le défi principal pour la théorie des droits fondamentaux, c'est la défense de l'État social devant l'assaut des forces du marché dérégulé⁶⁸. Il nous paraît que le système juridique communautaire, malgré quelques progrès en matière de droits fondamentaux – dont l'ouvrage commenté fait un répertoire en sous-entendant, à tort à notre avis, que ces progrès constituent des pas décisifs vers une « constitutionnalisation » du système juridique communautaire ou vers une protection plus complète ou plus efficace des droits de l'homme –, ne s'offre en réalité pas en allié pour une telle défense. S'il est légitime, pour la Cour, de chercher un équilibre « constitutionnel » entre les libertés économiques communautaires et les droits fondamentaux nationaux, cette démarche doit obtenir un contenu

⁶⁶ Cf., pour l'existence d'une société démocratique (« broadly defined ») européenne, D. Curtin, comm. *Grogan*, *CMLR* 1992, 585, 600-601.

⁶⁷ CJCE, 14 oct. 2004, *Omega*, C-36/02, *Rec. I* 9609 ; v. aussi C. Kombos, *Fundamental rights and fundamental freedoms: a symbiosis on the basis of subsidiarity*, *Eur. Pub. L.* 2006, 433.

⁶⁸ G.S.-P. Katrougalos, *Politique et interprétation de la Constitution*, *Νομικό Βήμα* (=Nomiko Vima) 2008, 1439 et seq., 1447 [en grec].

conforme, ou au moins compatible, avec les préoccupations et les aspirations des peuples européens ; sinon, il vaut mieux qu'elle soit abandonnée, au moins en l'état actuel de l'intégration européenne.

Au moins pour le moment, la solution ne peut se situer que dans le respect des principes que la Cour de justice elle-même avait formulés, puis maltraités : d'une part, les droits fondamentaux ne doivent pas servir à l'extension du domaine d'application du droit communautaire et des compétences de la Communauté ; d'autre part, la conformité des réglementations nationales avec les droits fondamentaux ne peut intéresser le droit communautaire que si ces réglementations entrent dans le champ d'application du droit communautaire. Seulement, il faut faire clair qu'une réglementation nationale n'entre dans le champ d'application du droit communautaire que si elle est contraire à une disposition de droit communautaire (et on cherche alors à la justifier au moyen d'une clause dérogatoire), ou si elle met en œuvre un acte communautaire. En revanche, si elle est conforme avec le droit communautaire, par exemple si, en matière de libre prestation de services, son application est justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général, elle échappe au domaine d'application du droit communautaire. En revanche, si la réglementation nationale entre en fait dans le domaine du droit communautaire, le conflit entre une liberté communautaire et un droit fondamental doit être tranché au niveau juridictionnel national, pour que soit évité le biais en faveur de la liberté, inéluctable au niveau juridictionnel communautaire.

