

La place des droits fondamentaux dans la construction européenne

Alexandre Defossez

30 octobre 2012 – Université de Liège

I. Perspective historique : du silence à l'omniprésence	2
A. Les Traités fondateurs : le silence	2
B. L'évolution ultérieure : vers l'omniprésence	4
1. Le rôle moteur de la Cour de justice	4
a. Les raisons de la reconnaissance des droits fondamentaux par la Cour	4
b. La reconnaissance des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour	7
2. La reconnaissance des droits fondamentaux en droit primaire	9
3. Quelques illustrations jurisprudentielles du rôle des droits fondamentaux	11
a. Le respect des droits fondamentaux par l'Union	11
b. Le respect des droits fondamentaux par les Etats membres	14
II. La Charte des droits fondamentaux : du simple catalogue à la source de droits fondamentaux	19
A. La Charte : un simple catalogue	19
1. Historique de l'adoption de la Charte	19
2. Effet de la Charte entre Nice et Lisbonne	20
B. La Charte : une source de droits fondamentaux	21
1. Le contenu de la Charte	21
2. De quelques questions ponctuelles sur la Charte	23
a. Les clauses « d'opt out » en faveur de certains Etats	23
b. La distinction entre les principes et les droits	24
c. Les nouveaux modes de raisonnement induits par la Charte	25

Introduction

Après une présentation historique du rôle des droits fondamentaux dans la construction de l'Union (1), l'on reviendra plus en détails sur la Charte des droits fondamentaux, texte désormais fondamental dans ce domaine (2).

I. Perspective historique : du silence à l'omniprésence

L'histoire de la reconnaissance des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne est longue et sinueuse. Ainsi, si les Traités fondateurs sont relativement silencieux sur la question des droits fondamentaux (A), l'évolution ultérieure du droit européen¹ montre une remarquable évolution à cet égard. Les droits fondamentaux occupent aujourd'hui une place centrale au sein de l'Union européenne (B).

A. Les Traités fondateurs : le silence

Les Traités fondateurs de l'Union sont le Traité de Paris, mettant en place la CECA², et les deux Traités de Rome³, celui mettant en place la Communauté économique européenne (devenu Traité CE puis TFUE) et celui relatif à l'Euratom (que l'on laissera de côté vu son objet très spécifique).

Ces textes ne font aucune référence à la notion de droits fondamentaux (ou de *droits de l'Homme*, notion mieux connue du droit international et plus en vogue alors). L'on cherchera ainsi en vain, dans le Traité CECA ou dans le Traité CEE, une quelconque référence à ces notions. Or, ce silence est étonnant : la protection des droits de l'homme était déjà une préoccupation bien connue puisque les six Etats membres de la CECA/CEE⁴ étaient par ailleurs membre du Conseil de l'Europe, dont l'une des réalisations majeures est la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH). Or, ce texte fondamental date de 1950 et est entré en vigueur en 1953, même s'il n'a pas été ratifié immédiatement par tous les Etats membres⁵.

¹ L'on utilisera au long de cet exposé l'expression de droit européen pour désigner le droit de l'Union européenne. Il faut toutefois garder en mémoire qu'avant les modifications introduites par le Traité de Lisbonne, l'on utilisait plutôt l'expression de « droit communautaire » pour désigner le droit de la CE(E).

² Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (1951, expirée en juillet 2002).

³ 1957

⁴ Allemagne, Italie, Belgique, Luxembourg, Pays-Bas et France

⁵ L'Allemagne l'a ratifié en 1952, la Belgique en 1955, l'Italie en 1955, le Luxembourg en 1953, les Pays-Bas en 1954 et la France... en 1974.

Mais ce constat n'est-il pas part trop radical ? A y regarder de plus près, certains principes, contenus dans ces Traités, font furieusement penser à ce que nous appellerions aujourd'hui des « droits fondamentaux ». Le Traité CECA et le Traité CEE, dans leur champ d'application respectif, mettent ainsi en avant la liberté de circulation (des travailleurs) et les principes d'égalité et de non-discrimination. Le Traité CEE va même plus loin : son article 119 impose aux Etats membres de veiller à réaliser l'égalité salariale entre hommes et femmes (« à travail égal, salaire égal »).

Toutefois, ces germes de « droits fondamentaux » n'en sont pas véritablement. Leurs objectifs, et les raisons de leur inclusion au sein des Traités, n'ont qu'un rapport ténu avec la volonté de mettre en avant les droits de l'Homme. La libre circulation des travailleurs, par exemple, est un avatar du principe général de libre circulation des moyens de production, centrale dans le cadre de la théorie du libre-échange qui a présidé à la rédaction du Traité. L'objectif social de cette liberté est tout au plus secondaire : elle vise surtout à assurer la meilleure division internationale du travail possible. L'égalité salariale homme/femme participe également d'une lecture économique de la construction européenne : il s'agit d'imposer l'égalité de rémunération⁶ afin d'éviter la concurrence déloyale d'une main d'œuvre trop bon marché⁷.

Pourquoi, dès lors, ce silence sur les droits fondamentaux ?

Nous avons déjà, incidemment, relevé deux raisons. Tout d'abord, le risque de redondance. Il existait déjà des enceintes, mieux adaptées, où la question des droits fondamentaux occupait une place prépondérante. L'on a déjà noté l'entrée en vigueur, concomitante, de la CEDH mais ce n'était pas le seul exemple. Ainsi, le Rapport Ohlin (1956), qui peut être considéré comme l'un des « travaux préparatoires » du futur Traité CEE, note qu'il serait inutile d'introduire dans le Traité CEE un catalogue de droits sociaux fondamentaux puisque ce catalogue était en cours d'élaboration (ou en gestation) au sein de l'Organisation Internationale du Travail ou du Conseil de l'Europe⁸. Du reste, outre les institutions internationales, les Etats prévoient déjà, pour certains, au sein de leurs constitution nationale, la protection des droits et libertés.

Ensuite, une seconde raison peut être avancée : l'inutilité. Il pouvait en effet apparaître inutile d'inclure, au sein de textes ayant un objectif purement économique, des références à des valeurs à portée aussi générale que les droits de l'homme. L'idée que les libertés de circulation pourraient avoir un impact sensible sur les droits fondamentaux des individus semblait incongrue : au contraire, par un effet d'entraînement, la prospérité économique de la Communauté ne pouvait que bénéficier aux individus.

⁶ Et non l'égalité en général, cette préoccupation n'apparaîtra que plus tardivement.

⁷ Les objectifs sont mixtes, mêlant l'économique et le social. Le social a pris le dessus au fil du temps sur l'objectif économique, prédominant en 1957. Comparer CJCE, Arrêt du 8 avril 1976, *Gabrielle Defrenne II*, 43/75, *Rec. p. 455*, point 63 avec CJCE, Arrêt du 10 février 2000, *Deutsche Telekom AG contre Lilli Schröder*, C-50/96, *Rec. p. I-743*, point 57.

⁸ La Charte sociale européenne sera finalement adoptée en 1961 par le Conseil.

Enfin, une raison pragmatique : la Communauté n'était simplement pas suffisamment (politiquement) mûre pour se doter d'une sorte de *Bill of Rights* (ce qui évoquerait furieusement une intégration de type fédérale). Comme l'a exprimé Robert Schuman lors de son discours fondateur du 9 mai 1950, la construction économique est certes un préalable à une solidarité plus forte (de type fédéral ?) entre Etats, mais un préalable lointain :

« Ainsi sera réalisée simplement et rapidement la fusion d'intérêts indispensable à l'établissement d'une communauté économique qui introduit le ferment d'une communauté plus large et plus profonde entre des pays longtemps opposés par des divisions sanglantes »

Passer directement par la dernière étape de ce processus conçu comme incrémental risquerait de faire capoter le projet d'ensemble. L'échec de la Communauté européenne de Défense en 1954 l'avait démontré cruellement. Ce postulat de base allait cependant se révéler rapidement intenable. Et c'est par le pouvoir judiciaire que la « révolution des droits fondamentaux » devait venir.

B. L'évolution ultérieure : vers l'omniprésence

L'introduction des droits fondamentaux au sein de l'Union est tout d'abord le fait d'un processus jurisprudentiel (1). Ce n'est qu'ultérieurement que leur place a été pleinement reconnue dans les Traités (2). L'omniprésence des droits fondamentaux dans l'Union de 2012 s'illustre pleinement dans la jurisprudence de la Cour (3).

1. Le rôle moteur de la Cour de justice

La Cour de justice a joué un rôle moteur dans la reconnaissance (et l'application) des droits fondamentaux au sein de l'ordre juridique européen. Avant d'expliquer la méthode qu'utilise la Cour afin d'établir l'existence d'un droit fondamental (b), il faut brièvement revenir sur les raisons de cette place centrale (a).

a. *Les raisons de la reconnaissance des droits fondamentaux par la Cour*

A s'en tenir au premier constat dressé plus haut, l'omniprésence, contemporaine, des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne apparaît comme un paradoxe. Il n'en est pourtant rien : les présupposés sur lesquels était fondé le silence des Traités se sont

simplement révélés erronés. La nécessité d'une référence aux droits fondamentaux est toutefois rapidement apparue en droit communautaire. Deux raisons principales ont milité en ce sens.

Tout d'abord, il s'est avéré que l'idée selon laquelle l'on pourrait « faire du libre-échange » au niveau européen, sans que cette libéralisation n'ait d'impact sur certains droits fondamentaux, est apparue comme étant irénique : l'intégration accrue des marchés nécessite que l'Union protège, d'une manière ou d'une autre, les droits fondamentaux.

C'est ainsi que la première référence aux droits fondamentaux dans le cadre du droit communautaire a été faite par une Cour de justice, pourtant réticente⁹, dans un arrêt *Stauder*, rendu en 1969¹⁰. Cette affaire concernait, comme souvent, un point assez anecdotique de droit européen. En effet, une décision de la Commission autorisait la cession d'un produit agricole, du beurre, aux bénéficiaires de l'assistance sociale. Pour ce, le bénéficiaire devait toutefois disposer d'un « bon individualisé », pour des raisons évidentes de contrôle. Un tribunal allemand a soulevé la question de la compatibilité de cette obligation, qui était interprété en Allemagne comme une obligation de divulgation du nom du bénéficiaire avec les droits fondamentaux de la personne.

Il suffisait à la Cour, dans cette affaire, de noter que le « bon individualisé » prévu par la législation en cause ne signifiait nullement l'obligation d'exiger un bon nominatif : il s'agissait d'une erreur d'interprétation d'une décision qui pouvait laisser planer un doute sur ce sujet, doute qui avait par ailleurs été corrigé entretemps par la Commission elle-même. La Cour ajoute toutefois, de manière surabondante vu sa conclusion précédente, que

« [L]a 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 »¹¹.

Cet arrêt marque un premier « clash » entre les règles communautaires et les droits fondamentaux. Il démontre, et de nombreux autres exemples le feront par la suite, que l'on ne peut espérer mener une politique supranationale de libéralisation sans se soucier de l'impact que celle-ci pourra avoir sur les droits fondamentaux des individus auxquels ces politiques s'appliquent.

Une deuxième raison, en lien avec le précédent, a milité de manière urgente à cette reconnaissance des droits fondamentaux : celle-ci est apparue comme une nécessité politique face à la fronde de certaines juridictions nationales, et plus particulièrement allemandes, face aux développements du droit européen. Pour comprendre ce point, il faut revenir très brièvement sur un développement important du droit européen intervenu à cette époque. En effet, la Cour a établi, de manière jurisprudentielle, le principe de primauté du droit communautaire sur le droit national. Sans entrer dans les détails, selon ce principe, le droit

⁹ Voir ainsi, CJCE, Arrêt du 4 février 1959, *Stork*, 1/58, *Rec.* p. 43.

¹⁰ CJCE, Arrêt du 12 novembre 1969, *Stauder*, 29/69, *Rec.* p. 419

¹¹ Point 7.

européen occupe, dans la pyramide des normes, une place supérieure au droit national¹² dans son champ d'application. La Cour articule ce principe et ses conséquences pour la première fois en 1964, dans son arrêt *Costa/Enel*, où elle énonce que :

« A la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre intégré au système juridique des Etats membres lors de l'entrée en vigueur du Traité et qui s'impose à leur juridiction. En instituant une Communauté de durée illimitée, dotée d'institutions propres, de la personnalité, de la capacité juridique, d'une capacité de représentation internationale et plus particulièrement de pouvoirs réels issus d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attributions des Etats à la Communauté, ceux-ci ont limité leurs droits souverains et créé ainsi un corps de droit applicable à leurs ressortissants et à eux-mêmes. Cette intégration, au droit de chaque pays membre, de dispositions qui proviennent de sources communautaires et plus généralement les termes et l'esprit du traité, ont pour corollaire l'impossibilité pour les Etats de faire prévaloir, contre un ordre juridique accepté par eux sur une base de réciprocité, une mesure unilatérale ultérieure qui ne saurait ainsi lui être opposable, le droit né du traité issu d'une source autonome ne pouvant, en raison de sa nature spécifique originale se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la communauté elle-même »¹³.

Or, ce principe de primauté n'était pas sans poser certains problèmes. En effet, il signifiait (potentiellement) que le droit 'communautaire' trouverait à s'appliquer au sein des Etats membres et ce même s'il était contraire à certaines valeurs fondamentales protégées par les constitutions (ou lois fondamentales) nationales. Or cette conclusion posait problème dans plusieurs Etats et, à titre principal, en Allemagne. De nombreuses juridictions allemandes contestaient ce principe, contestation qui remonta jusqu'à la Cour constitutionnelle allemande qui a considéré, dans son arrêt *Solange*, que :

« 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 »¹⁴.

Consciente de cette problématique, la Cour de justice, dans arrêt *IHH*, avait sans doute voulu rassurer ces Etats membres. Cette affaire *IHH* concernait en effet la contestation, devant une juridiction allemande, d'un mécanisme mis en place par la Communauté (l'obligation d'effectuer un dépôt d'argent afin d'obtenir une licence d'exportation). Le demandeur estimait que cette obligation était contraire au principe de proportionnalité des charges

¹² Et ce compris constitutionnel, même si cette conclusion a été difficile à intégrer dans certains ordres juridiques nationaux.

¹³ CJCE, Arrêt du 15 juillet 1964, *Costa contre E.N.E.L.*, 6/64, Rec. p. 1141, point 3

¹⁴ C. const. féd. All., 29 mai 1974, BverfGE 37, *Solange I*, RTDE, 1974, pp. 316 et s.

publiques, un principe fondamental contenu dans la constitution allemande. La Cour de justice considère que l'on ne peut remettre en cause la validité d'une législation européenne au nom de principes nationaux, même s'ils sont contenus dans une constitution nationale. Mais elle ajoute que :

« *Les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect* », ce qui n'est pas une nouveauté depuis *Stauder* mais surtout que la sauvegarde de ces droits s'inspire « *des traditions constitutionnelles communes aux États membres* » et « *doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté* »¹⁵.

L'on remarque ici une évolution depuis l'arrêt *Stauder* : les « traditions constitutionnelles nationales » sont portées au rang de source des droits fondamentaux dont la Cour assure le respect. Cet arrêt devait être suivi par de nombreux autres qui réaffirmeront la nécessité de la du respect des droits fondamentaux au sein de la Communauté¹⁶. La légitimité du projet européen en tant que tel était en cause. La protection des droits fondamentaux est un élément important de ce processus de légitimation. Celui-ci a tout d'abord été initié, comme nous venons de le voir, afin de persuader certains États du bien-fondé du projet européen. Plus récemment, ce sont par priorité les citoyens européens qui sont devenus les destinataires de ce processus¹⁷.

La boucle est ainsi bouclée et les juridictions constitutionnelles nationales ont, parfois tardivement, abandonné leur lutte devant le développement constant du catalogue des droits fondamentaux protégés au niveau européen¹⁸. Le développement des droits fondamentaux au sein de l'Union devait connaître, depuis cette époque, une évolution constante. C'est sur la construction de ce catalogue qu'il faut revenir ici.

b. La reconnaissance des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour

La reconnaissance des droits fondamentaux par la Cour pose une question : la Communauté était alors dépourvue de catalogue de droits, comment dès lors la Cour allait-elle identifier les droits fondamentaux dont elle assure le respect ?

La reconnaissance du statut de « droit fondamental » à un droit par la Cour n'obéit pas à une règle précise, elle est avant tout casuistique. L'on peut malgré tout tenter d'apporter quelques

¹⁵ CJCE, Arrêt du 17 décembre 1970, *IHH*, 11/70, *Rec.* p. 1125

¹⁶ Voir, par exemple, CJCE, Arrêt du 28 octobre 1975, *Rutili*, 36/75, *Rec.* p. 1219 ou CJCE, Arrêt du 13 décembre 1979, *Hauer*, 44/79, *Rec.* p. 3727.

¹⁷ Sur cette logique, voir G. DE BÚRCA, "The Language of Rights and European Integration" in J. Shaw et G. MORE (éds.), *New Legal dynamics of European Union*, Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 29-54.

¹⁸ La Cour constitutionnelle allemande, 22 octobre 1986, *BverfGE* 73, *Solange II*, *RTDE*, 1987, p. 537 et Corte costituzionale Italiana, 8 juin 1984, *CDE*, 1986, p. 185.

éléments de réflexions : la Cour, puisqu'elle ne pouvait s'appuyer sur une source de droits primaires, s'est tournée vers d'autres sources « d'inspiration ». Il faut, grossièrement, distinguer entre les inspirations internationales (issues de Conventions, Pactes, Traités... qui lient les Etats membres)¹⁹, les sources d'inspiration qui naissent des traditions constitutionnelles des Etats et les sources d'inspiration tirées du droit européen lui-même²⁰.

S'agissant des instruments internationaux qui inspirent la Cour de Justice, la CEDH occupe certainement le premier rang. La Cour a, à plusieurs reprises, énoncé que la CEDH occupait une place particulière dans les sources dont elle tire inspiration :

« Il convient de rappeler également que les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect. À cet effet, la Cour s'inspire des traditions constitutionnelles communes aux États membres ainsi que des indications fournies par les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré. La CEDH revêt, à cet égard, une signification particulière »²¹.

En pratique, la CEDH est la source d'inspiration principale de la Cour, même si, à l'occasion, elle s'est également référée au Pacte sur les droits civils et politiques, la Convention sur les droits de l'enfant ou la Charte sociale européenne.

S'agissant des traditions constitutionnelles des Etats, la Cour adopte une approche plus impressionniste. Il s'agit pour elle de comparer ce qui existe au sein des différents Etats et de tenter de dégager un consensus qui lui permettra de faire émerger un principe général du droit. Ainsi, dans l'affaire *Hauer*, la Cour se réfère à trois constitutions nationales (Allemagne, Italie et Irlande) afin de reconnaître au droit de propriété le statut de droit fondamental²².

Au final, cependant, les deux sources se mêlent souvent. Ainsi, dans l'arrêt *Hauer* déjà cité, la Cour ne manque pas de relever que le droit de propriété est également protégé dans un protocole de la CEDH. Autre exemple, dans son arrêt *Unibet*, la Cour rappelle que « le principe de protection juridictionnelle effective constitue un principe général du droit communautaire, qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres, qui a été consacré par les articles 6 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »²³. Ce sont ainsi plusieurs dizaines de droits fondamentaux qui ont été reconnu au fil des ans : la liberté d'expression, l'interdiction des

¹⁹ Cette source a été ajoutée par l'arrêt *Nold*, arrêt important qui énonce également clairement qu'une mesure européenne contraire aux droits fondamentaux doit en principe être annulée (CJCE, Arrêt du 14 mai 1974, *Nold*, 4/73, *Rec.* p. 491).

²⁰ Ainsi, la Cour a eu l'occasion de reconnaître l'existence de certains droits fondamentaux en se référant à la Charte... lorsque celle-ci n'avait pas encore d'effet juridique (cfr infra). Voir l'arrêt *Viking* (CJCE, Arrêt du 11 décembre 2007, *Viking*, C-438/05, *Rec.* p. I-10779). Autre exemple, l'égalité entre homme et femme (et non la seule égalité salariale entre homme et femme) a tout d'abord contenu dans divers instruments de droit dérivé.

²¹ CJCE, Arrêt du 26 juin 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone*, C-305/05, *Rec.* p. I-5305, point 29 et jurisprudence citée.

²² CJCE, Arrêt du 13 décembre 1979, *Hauer*, 44/79, *Rec.* p. 3727.

²³ CJCE, arrêt du 13 mars 2007, *Unibet*, C-432/05, *Rec.* p. I-2271, point 37

discriminations basées sur le sexe, la vie privée, la propriété, la liberté d'exercer une profession, le secret médical...

Dans le même temps, toutefois, le droit primaire peinait à s'adapter à cette évolution.

2. La reconnaissance des droits fondamentaux en droit primaire

Parallèlement à ce mouvement, essentiellement jurisprudentiel, le droit primaire ne devait pas évoluer avant 1986, encore que très timidement. Pourtant, la pression des institutions européennes existait en faveur d'une reconnaissance plus large du rôle des droits fondamentaux au sein de la Communauté.

Les premières initiatives des institutions en faveur de l'élaboration d'un catalogue de droits fondamentaux datent de la fin des années 70. Le parlement, le Conseil et la Commission signent une déclaration conjointe sur les droits de l'homme où ces institutions soulignent l'importance primordiale qu'ils attachent à la protection des droits fondamentaux, tels qu'ils découlent des constitutions nationales et de la CEDH²⁴. Le Parlement européen, devait réitérer en 1984 affichant sa volonté, dans un Projet de traité sur l'Union européenne, d'adopter un catalogue des droits de l'homme, ce qui fut fait en 1989²⁵. La Commission, de son côté, adoptait la Charte des droits fondamentaux des travailleurs en 1989, document n'ayant aucune valeur de contrainte mais ayant servi de document de base à une vaste relance sociale de l'Europe. Ces initiatives, certes politiquement significative, n'ont eu que peu d'impact sur les Traités. Dans la réalité des faits, ceux-ci devaient longtemps se montrer frileux sur la question.

Ainsi, l'Acte unique européen (1986) contient-il tout au plus une vague référence, dans son préambule, à la question des droits fondamentaux. Les Etats se déclarent « décidés à promouvoir ensemble la démocratie en se fondant sur les droits fondamentaux reconnus dans les constitutions et les lois des États membres, dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et dans la charte sociale européenne, notamment la liberté, l'égalité et la justice sociale ».

C'est le Traité de Maastricht et le Traité d'Amsterdam qui marqueront une évolution marquante. L'article F.2 du Traité de Maastricht énonce en effet que « l'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne des droits de l'homme et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire ». Le Traité d'Amsterdam approfondit ce mouvement : la compétence de la Cour est reconnue afin de veiller à ce que les institutions européennes (et depuis le Traité de Nice, les Etats membres) respectent bien les droits

²⁴ JO du 27 Avril 1977

²⁵ Résolution portant adoption de la Déclaration des droits et libertés fondamentaux, JO C 120 du 16 mai 1989, p. 51.

fondamentaux (avec d'importantes réserves en matière de coopération judiciaire et de politique étrangère et de sécurité commune). L'article 7 du TUE, autre évolution due à Amsterdam, prévoit que les Etats membres peuvent être sanctionnés (privation du droit de vote) en cas de violation grave et répétée des droits fondamentaux (dont le respect est devenu une condition de l'adhésion).

A l'heure actuelle, on le sait, l'article 6 du TUE prévoit, de manière générale, que « l'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités ». Ce n'est donc qu'avec le Traité de Lisbonne que l'Union s'est enfin dotée d'un catalogue de droits fondamentaux, sur lequel nous reviendrons *infra*. Originellement, dans le projet de Traité établissant une constitution pour l'Europe, le texte de la Charte était directement intégré dans les Traités. Ici, la valeur juridique de la Charte est reconnue par « renvoi ». Cela ne change toutefois rien en pratique, il faut plutôt y voir une volonté de dépouiller le Traité de Lisbonne de ses atours « constitutionnels ».

Ce même article 6 TUE prévoit que « l'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales », une question lancinante depuis plusieurs années et qui n'est pas sans poser d'épineux problèmes. La question de l'adhésion avait fait l'objet d'un avis de la Cour en 1996 dans lequel la Cour concluait, pour l'essentiel, que la Communauté n'avait pas compétence pour adhérer à la CEDH à défaut de base juridique en ce sens dans les Traités²⁶. Cette base juridique est désormais créée et la personnalité juridique de l'Union lui autorise l'adhésion. Du côté de la CEDH, le protocole 14 est entré en vigueur : il amende le texte de la Convention et prévoit à l'article 59.2 que « L'Union européenne peut adhérer à la présente Convention ». Du reste, la Cour EDH n'a pas attendu cette adhésion pour s'autoriser à contrôler, indirectement, la conformité du droit européen avec la CEDH : ainsi, les Etats membres de la CEDH sont tenus de veiller à ce que les Traités internationaux (les traités européens) qu'ils ratifient respectent les droits fondamentaux (arrêt *Matthews*²⁷) mais également la conformité aux droits fondamentaux de la législation nationale mettant en œuvre du droit européen (arrêt *Bosphorus*²⁸).

²⁶ Avis 2/94, *Rec.*, 1996, p. I-1759.

²⁷ Grande Chambre, 18 février 1999, *Matthews c. Royaume-Uni*, *Recueil des arrêts et décisions* 1999-I. Cette affaire concernait l'octroi du droit de vote aux élections européennes aux ressortissants de Gibraltar. La Cour de justice a également été appelée à se prononcer sur cette question dans l'arrêt *Espagne/Royaume-Uni*. CJCE, Arrêt du 12 septembre 2006, *Royaume d'Espagne contre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, C-145/04, *Rec.* p. I-07917). Le Royaume-Uni avait accordé le droit de vote aux ressortissants de Gibraltar (conséquence de l'arrêt *Matthews*). L'Espagne (sensible sur la question du statut de Gibraltar pour d'évidentes raisons) considérait que cette extension constituait une violation du droit européen. Celle-ci tenait pour l'essentiel au fait que les ressortissants de l'enclave ne sont pas des ressortissants européens mais des ressortissants du Commonwealth ainsi que des engagements pris par le Royaume-Uni lors de son adhésion quant au statut de ce territoire. LA Cour de justice relève que « eu égard [à la jurisprudence *Matthews*] de la Cour européenne des droits de l'homme et à la circonstance que cette juridiction a déclaré contraire à l'article 3 du protocole n° 1 à la CEDH l'absence d'organisation d'élections au Parlement européen à Gibraltar, en ce qu'elle a privé « la requérante, en sa qualité de résidente de Gibraltar » de toute possibilité d'exprimer son opinion sur le choix des membres du Parlement européen, il ne saurait être reproché au Royaume-Uni d'avoir adopté la

Enfin, l'article 6 précise que « les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ». Le « vieux » système des principes généraux n'est donc pas aboli.

3. Quelques illustrations jurisprudentielles du rôle des droits fondamentaux

Le contrôle de la Cour sur le respect des droits fondamentaux s'est exercé dans deux directions. Tout d'abord, ce sont les institutions européennes qui, dans le cadre de leur compétence, sont tenues de respecter les droits fondamentaux (a). Ensuite, les États membres sont tenus de respecter les droits fondamentaux lorsqu'ils agissent dans le champ d'application du droit européen, notion floue qu'il faut préciser (b).

a. *Le respect des droits fondamentaux par l'Union*

Les institutions sont tenues de respecter les droits fondamentaux dans le cadre de l'exercice de leur compétence. Ainsi, une législation européenne ne peut violer les droits fondamentaux, ces exemples sont connus depuis les arrêts *Stauder*, *IHH* ou *Nold*. Le fait que le droit primaire ait reconnu, au fil des ans, le rôle important des droits fondamentaux ne rend pas cette jurisprudence moins importante. Au contraire, la censure du juge européen continue à s'imposer.

législation nécessaire à l'organisation de telles élections dans des conditions équivalentes, *mutatis mutandis*, à celles prévues par la législation applicable au Royaume-Uni ».

²⁸ Dans cette affaire, une société d'aviation turque contestait une décision du gouvernement irlandais de saisir un de leur avion qui était sur le territoire irlandais pour subir des réparations. Il apparaissait que cet avion faisait l'objet d'un leasing à la société turque par une société yougoslave (serbe). Cette saisie était en fait imposée par une réglementation européenne prévoyant des sanctions contre l'État serbe. La compagnie turque y voyait une violation de son droit de propriété. La CEDH constate tout d'abord que les États signataires demeurent libres de faire partie des organisations internationales de leur choix. Le fait que les États mettent en œuvre les obligations qui découlent de leur participation à de telles organisations constitue une justification appropriée à l'atteinte à un droit fondamental uniquement si cette organisation prévoit une protection des droits fondamentaux équivalente à celle prévue dans la CEDH. La Cour EDH considère, *in casu*, que c'est le cas. Cette présomption de conformité est toutefois réfragable. Tout d'abord, une obligation internationale peut laisser une marge de manœuvre aux États dans la mise en œuvre (que ce soit un règlement ou une directive). Dans ce cas, l'application de la législation nationale peut faire l'objet d'un contrôle à l'aune de la CEDH. Ensuite, il reste possible de démontrer que l'équivalence de protection entre droits fondamentaux n'existe pas ou n'existe plus (cas hautement improbable s'agissant de l'UE, mais théoriquement possible). La Cour EDH réserve également le cas de la démonstration d'une protection manifestement déficiente dans un cas particulier. L'affaire avait précédemment été traitée par la Cour de justice (CJCE, Arrêt du 30 juillet 1996, *Bosphorus*, C-84/95, *Rec.* p. I-03953) sans que celle-ci ne constate non plus de violation du droit de propriété de la compagnie d'aviation.

Lorsque l'on pense aux compétences de l'Union, l'on songe en premier lieu à la compétence législative²⁹. L'arrêt *Test-Achat* constitue un exemple récent d'une censure d'un texte de droit dérivé adopté par l'Union³⁰. La Cour, dans cet arrêt, a conclu à l'invalidité de l'article 5.2 de la directive 2004/113 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services³¹ (à partir du 21 décembre 2012) en ce que cet article autorise, sans limitation dans le temps, une exception au principe de l'égalité entre hommes et femmes s'agissant de la conclusion de certains contrats d'assurance. Le litige est né en Belgique, pays où la législation prévoyait, en se basant sur l'article 5.2 de la directive, que les compagnies d'assurances peuvent continuer à tenir compte du sexe des assurés afin d'établir le montant des primes. La Cour a conclu que cette possibilité ouverte par la directive, si elle était compréhensible dans le contexte qui prévalait à l'époque de l'adoption de l'acte, n'est plus valide à l'heure actuelle.

Le raisonnement de la Cour est le suivant³²: « le but poursuivi par la directive 2004/113 dans le secteur des services d'assurance est (...) l'application de la règle des primes et des prestations unisexes (...) Le dix-neuvième considérant de ladite directive désigne la faculté accordée aux États membres de ne pas appliquer la règle des primes et des prestations unisexes comme une «dérogação». (...) Dans ces circonstances, il existe un risque que la dérogation à l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes prévue à l'article 5, paragraphe 2, de la directive 2004/113 soit indéfiniment permise par le droit de l'Union. Une telle disposition, qui permet aux États membres concernés de maintenir sans limitation dans le temps une dérogation à la règle des primes et des prestations unisexes, est contraire à la réalisation de l'objectif d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes que poursuit la directive 2004/113 et incompatible avec les articles 21 et 23 de la charte. Par conséquent, cette disposition doit être considérée comme invalide à l'expiration d'une période de transition adéquate ». Au nom d'un objectif ultime de disparition de toute discrimination, une dérogation illimitée dans le temps est donc inadmissible.

Il s'agit là d'une interprétation audacieuse du texte de la directive qui, lu de manière littérale, est plus « mesuré » sur le caractère « dérogatoire » de l'article 5.2. Ainsi, il ne se résume pas à une simple dérogation générale mais vise les cas où le sexe « est un facteur déterminant dans l'évaluation des risques, sur la base de données actuarielles et statistiques pertinentes et précises » (on songe évidemment, et en premier lieu, à l'espérance de vie généralement plus élevée des femmes). Dans ce cadre, plus qu'une simple dérogation, on peut se demander si l'article 5.2 ne vise pas à éviter, et à condition que cela soit avéré et démontré, que des situations en fait non-comparables (l'espérance de vie des hommes et des femmes) ne soit traitées de la même manière, ce qui reviendrait en fait à établir une discrimination.

²⁹ Les exemples sont nombreux. Le lecteur curieux pourra notamment lire CJCE, Arrêt de la Cour du 9 octobre 2001, *Royaume des Pays-Bas contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, C-377/98, *Rec.* p. I-7079 (brevetabilité du vivant et dignité humaine), Arrêt du 27 juin 2006, *Parlement européen contre Conseil de l'Union européenne*, C-540/03, *Rec.* p. I-5769 (regroupement familial et droit de l'enfant) et Arrêt du 3 mai 2007, *Advocaten voor de Wereld*, C-303/05, *Rec.* p. I-3633 (mandat d'arrêt européen et principe de légalité).

³⁰ CJUE, 1 mars 2010, *Test-Achat*, C-236/09, *nep.*

³¹ Journal officiel n° L 373 du 21/12/2004 pp. 37-43.

³² Points 30 et s.

Cet argument n'a pas été retenu par la Cour qui s'est focalisé sur l'objectif général et futur de la directive: pas de sexe dans les assurances. Dès lors, quelles conséquences? Deux effets sont prévisibles: un alignement "unisexe" du montant des primes, mais certainement sur celui pratiqué envers les hommes, et une pondération plus forte des primes en fonction d'autres critères (tabagie, alcool...). C'est sans doute là l'effet paradoxal de cette décision: l'égalité homme-femme va ici probablement entraîner une détérioration de la situation des femmes en entraînant une augmentation des primes à leur charge.

Les développements récents les plus remarquables de la jurisprudence de la Cour sont également intimement liés à l'actualité internationale post-11 septembre. L'arrêt *Kadi* (qui a été suivi par de nombreux autres) concerne les mesures imposées par l'Union contre des membres, personnes ou organisations, contrôlés par les Talibans et/ou Al Qaida, et ce en vertu de résolutions adoptées au niveau de l'ONU³³. Ces réglementations européennes ont été contestées devant la Cour de justice, notamment au titre des droits fondamentaux (droit de propriété). Cet arrêt soulève de lourdes questions de droit international public, dans lesquels il n'est pas nécessaire de rentrer³⁴. S'agissant du conflit avec les droits fondamentaux, la Cour rappelle que :

« [L]a Communauté est une communauté de droit en ce que ni ses États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité CE et que ce dernier a établi un système complet de voies de recours et de procédures destiné à confier à la Cour le contrôle de la légalité des actes des institutions (...). Il convient de rappeler également qu'un accord international ne saurait porter atteinte à l'ordre des compétences fixé par les traités et, partant, à l'autonomie du système juridique communautaire dont la Cour assure le respect en vertu de la compétence exclusive dont elle est investie par l'article 220 CE, compétence que la Cour a d'ailleurs déjà considérée comme relevant des fondements mêmes de la Communauté »³⁵.

S'agissant de la violation du droit de propriété, la Cour constate que :

« Il y a lieu d'examiner en outre si, lors de l'application de ce règlement à M. Kadi, le droit de propriété de celui-ci a été respecté dans les circonstances de l'espèce. À cet égard, il convient de rappeler que les procédures applicables doivent aussi offrir à la personne concernée une occasion adéquate d'exposer sa cause aux autorités compétentes. Pour s'assurer du respect de cette condition, qui constitue une exigence inhérente à l'article 1^{er} du protocole n° 1 de la CEDH, il y a lieu de considérer les procédures applicables d'un point de vue général (...). Or, le règlement litigieux, pour autant qu'il concerne M. Kadi, a été adopté sans fournir à ce dernier aucune garantie

³³ CJCE, Arrêt du 3 septembre 2008, *Kadi*, C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec.* p. I-6351.

³⁴ Voir ainsi J.-P. JACQUÉ, « Primauté du droit international versus protection des droits fondamentaux », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2009, pp. 161-179 et M. FORTEAU, « La CJCE et la Cour européenne des droits de l'Homme face à la question de l'articulation du droit européen et du droit des Nations unies. Quelques remarques iconoclastes », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 2009, pp. 397-402.

³⁵ Points 281 et s.

lui permettant d'exposer sa cause aux autorités compétentes, et ce dans une situation dans laquelle la restriction de ses droits de propriété doit être qualifiée de considérable, eu égard à la portée générale et à la durée effective des mesures restrictives dont il fait l'objet. Dès lors, il doit être conclu que, dans les circonstances de l'espèce, l'imposition des mesures restrictives que comporte le règlement litigieux à l'égard de M. Kadi, en raison de l'inclusion de ce dernier dans la liste contenue à l'annexe I du règlement litigieux constitue une restriction injustifiée de son droit de propriété. Partant, le moyen tiré par M. Kadi de la violation du droit fondamental au respect de la propriété est fondé »³⁶.

La censure de la Cour ne se limite pas à l'activité législative. Les institutions sont censées respecter des droits fondamentaux dans l'ensemble de leur domaine d'action. Ainsi, il existe un conflit lancinant entre les importants pouvoirs qui sont confiés à la Commission européenne dans le cadre de l'application du droit européen de la concurrence et les droits fondamentaux³⁷. Dans l'arrêt *Hoechst*, la Cour a considéré que les pouvoirs d'enquête de la Commission ne violaient pas les droits fondamentaux (notamment le respect de la vie privée)³⁸. Dans un arrêt *Solvay* (droit de la défense)³⁹, la Cour a indiqué que « si la Commission européenne est en droit d'obliger l'entreprise à fournir tous les renseignements nécessaires portant sur des faits dont elle peut avoir connaissance et de lui communiquer, au besoin, les documents afférents qui sont en sa possession, même si ceux-ci peuvent servir à établir, à son encontre ou à l'encontre d'une autre entreprise, l'existence d'un comportement anticoncurrentiel, elle ne saurait toutefois, par une décision de demande de renseignements, porter atteinte aux droits de défense reconnus à l'entreprise ; ainsi la Commission européenne ne saurait imposer à l'entreprise l'obligation de fournir des réponses par lesquelles celle-ci serait amenée à admettre l'existence de l'infraction dont il appartient à la Commission européenne d'établir la preuve ». La Cour elle-même n'échappe pas à ce conflit. Dans l'ordonnance *Emesa Sugar*, l'absence de possibilité pour les parties de faire valoir leur opinion devant l'Avocat général a ainsi été contestée, sans succès toutefois⁴⁰.

b. Le respect des droits fondamentaux par les Etats membres

Le respect des droits fondamentaux garantis par l'ordre juridique européen s'imposent également aux Etats membres. Ceux-ci sont tenus de les respecter lorsqu'ils agissent dans le

³⁶ Points 367 et s.

³⁷ Voir le Règlement 1/2003, notamment en ses articles 27 et s. (Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, Journal officiel n° L 001 du 04/01/2003 pp. 1-25).

³⁸ CJCE, Arrêt du 21 septembre 1989, *Hoechst AG*, 46/87 et 227/88, *Rec.* p. 2859.

³⁹ CJCE, Arrêt du 18 octobre 1989, *Solvay*, 27/88, *Rec.* p. 3355.

⁴⁰ CJCE, Ordonnance du 4 février 2000, *Emesa Sugar*, C-17/98, *Rec.* p. I-665 : « L'article 6, paragraphe 1, de ladite convention, relatif au droit de toute personne à ce que sa cause soit, dans une procédure contradictoire, entendue équitablement, ne fait pas obstacle au rejet par la Cour de la demande d'une partie de déposer des observations écrites en réponse aux conclusions de l'avocat général ».

champ d'application du droit européen, notion floue aux contours mouvants. L'on peut distinguer deux grands cas d'application.

Premièrement, les Etats membres sont tenus de respecter les Etats membres lorsqu'ils « mettent en œuvre » du droit européen. Par mise en œuvre, l'on entend aussi bien l'application d'un règlement que la transposition d'une directive ou l'application d'une décision. L'obligation de respecter les droits fondamentaux a été clairement énoncée dans l'arrêt *Wachauf* :

« Compte tenu de ces critères, il convient de faire observer qu'une réglementation communautaire qui aurait pour effet de priver sans compensation le preneur à bail, à l'expiration du bail, des fruits de son travail et des investissements effectués par lui dans l'exploitation affermée, serait incompatible avec les exigences découlant de la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire. Ces exigences lient également les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre des réglementations communautaires, il s'ensuit que ceux-ci sont tenus, dans toute la mesure du possible, d'appliquer ces réglementations dans des conditions qui ne méconnaissent pas lesdites exigences »⁴¹.

De même dans l'arrêt *Karlsson* :

« [I]l y a lieu de rappeler que les exigences découlant de la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire lient également les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre des réglementations communautaires. Par suite, les États membres sont tenus, dans toute la mesure du possible, d'appliquer ces réglementations dans des conditions qui ne méconnaissent pas lesdites exigences »⁴².

L'on trouve un exemple parlant d'application de cette jurisprudence dans l'arrêt *Damgaard*⁴³. Il s'agissant en l'occurrence de l'application de la directive 2001/83 qui établit un code commun des médicaments et prévoit notamment certaines interdictions de publicité pour les médicaments. M. Damgaard était poursuivi pour avoir mis des informations sur un médicament sur son site Internet. Une des questions posées dans cette affaire était de savoir si le fait d'interdire à M. Damgaard de mettre de la pub sur son site constituait une atteinte à sa liberté d'expression. La Cour note que la liberté d'expression est susceptible de faire l'objet de certaines limitations justifiées par des objectifs d'intérêt général, pour autant que ces dérogations sont prévues par la loi, inspirées par un ou plusieurs buts légitimes au regard de ladite disposition et nécessaires dans une société démocratique, c'est-à-dire justifiées par un besoin social impérieux et, notamment, proportionnées au but légitime poursuivi. En l'occurrence, la Cour considère que les États membres ont donc une certaine marge d'appréciation dans la mise en œuvre de la législation nationale qui transpose la directive. Dès lors, si les faits de l'affaire devaient être qualifiés de « publicité », la condamnation de M.

⁴¹ CJCE, Arrêt du 13 juillet 1989, *Hubert Wachauf*, 5/88, *Rec.* p. 2609, point 19.

⁴² CJCE, Arrêt du 13 avril 2000, *Kjell Karlsson*, C-292/97, *Rec.* p. I-2737, point 37.

⁴³ CJCE, Arrêt du 2 avril 2009, *Damgaard*, C-421/07, *Rec.* p. I-2629.

Damgaard pourrait être considérée comme raisonnable et proportionnée au regard du but légitime poursuivi, à savoir la protection de la santé publique.

Cette obligation d'application « conforme aux principes généraux » s'impose non seulement au pouvoir législatif et exécutif mais également au pouvoir judiciaire. Ainsi, un exemple d'application intéressante résulte de l'arrêt *Küçükdeveci*⁴⁴. Cette affaire opposait un travailleur à son employeur par rapport au calcul de ses indemnités de licenciement. En effet, en vertu de la législation nationale les périodes de travail accomplies avant l'âge de 25 ans n'étaient pas prises en compte dans ce calcul. Le travailleur considérait que cette loi était incompatible avec la directive européenne relative à l'égalité de traitement en matière d'emploi⁴⁵. Or, les directives n'ont pas d'effet direct horizontal, ce qui exclut que, dans le cadre d'un conflit entre un employé et un employeur, celle-ci ne puisse trouver à s'appliquer. La Cour contourne cette difficulté en s'appuyant sur les principes généraux du droit. Ainsi, même si la Cour reconnaît « qu'une directive ne peut pas, par elle-même, créer d'obligations dans le chef d'un particulier et ne peut donc être invoquée en tant que telle à son encontre »⁴⁶ elle considère, dans le même temps que la directive 2000/78 ne fait que concrétiser, sans le consacrer, le principe de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail et, d'autre part, que le principe de non-discrimination en fonction de l'âge est un principe général du droit de l'Union en ce qu'il constitue une application spécifique du principe général de l'égalité de traitement. C'est dans ses conditions « qu'il incombe à la juridiction nationale, saisie d'un litige mettant en cause le principe de non-discrimination en fonction de l'âge, tel que concrétisé par la directive 2000/78, d'assurer, dans le cadre de ses compétences, la protection juridique découlant pour les justiciables du droit de l'Union et de garantir le plein effet de celui-ci en laissant au besoin inappliquée toute disposition de la réglementation nationale contraire à ce principe ». Cette solution radicale (dite « invocabilité d'éviction ») est toutefois contestée⁴⁷.

De manière générale, les Etats membres, lorsqu'ils transposent une directive ou appliquent un règlement, doivent le faire d'une manière qui respecte les droits fondamentaux, ce qui permet de s'assurer que la législation européenne est conforme avec les droits fondamentaux sans avoir à le prévoir explicitement dans les textes de droit dérivé. En effet, s'il existe plusieurs manières d'appliquer une législation européenne, les Etats membres doivent choisir la manière conforme avec les droits fondamentaux.

Deuxièmement, outre l'application du droit européen, les droits fondamentaux s'appliquent également lorsque les Etats membres dérogent au droit européen, restreignent les libertés européennes⁴⁸. Ainsi, lorsqu'une situation entre dans le champ d'application des libertés fondamentales (lorsqu'elle présente un facteur de rattachement), cette possibilité de dérogation permet aux Etats de justifier certaines entraves aux libertés fondamentales. Ainsi, dans l'affaire *Omega*, l'Allemagne faisait valoir que l'interdiction de jeux qui, au moyen de

⁴⁴ CJCE, arrêt du 19 janvier 2010, *Seda Küçükdeveci*, C-555/07, non encore publié au Recueil.

⁴⁵ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, Journal officiel n° L 303 du 02/12/2000 pp. 16-22

⁴⁶ Point 46

⁴⁷ CJUE, Arrêt du 24 janvier 2012, *Dominguez*, C-282/10, nep.

⁴⁸ CJCE, Arrêt du 18 juin 1991, *ERT*, C-260/89, Rec. p. I-2925.

laser, simulait le meurtre de personnes était justifiée par la protection de la dignité humaine, ce qui fut admis par la Cour⁴⁹. Le respect des droits fondamentaux n'est toutefois pas un motif absolu permettant de justifier une dérogation aux libertés européennes : cela dépend des particularités des affaires en cause.

Ainsi, la Cour a été confrontée au conflit entre la libre circulation et la liberté d'expression de manifestants ou de gréviste. Dans une première affaire, la Cour était interrogée sur la passivité des forces de l'ordre française face aux mouvements de protestation, parfois violents, des agriculteurs français contre certains importateurs de fraises⁵⁰. La Cour a conclu à un manquement de la France à ses obligations au motif qu'en ne prenant pas toutes les mesures nécessaires et proportionnées afin que des actions de particuliers n'entravent pas la libre circulation des fruits et légumes, elle avait manqué à ses obligations⁵¹. Dans l'arrêt *Schmidberger*⁵², par contre, qui opposait des sociétés de transports à des protestataires autrichiens, la Cour constate que la manière dont les autorités autrichiennes ont encadré des mouvements de protestation contre le passage de camions dans une vallée des Alpes autrichiennes n'étaient pas une violation des obligations européennes de cet État. Les modalités prévues par l'Autriche pour l'encadrement de cette protestation (avertissement préalable, durée maximale...) paraissent proportionnées à la Cour par rapport à l'aune de la conciliation nécessaire entre la protection de la liberté d'expression et de la libre circulation.

Cette sémantique, qui assimile la sauvegarde d'un droit fondamental à une exception permettant de justifier une entrave n'est pas sans problèmes lorsque le droit fondamental dont la protection est recherchée se trouve au cœur des valeurs fondamentales d'un Etat. Ainsi, dans l'arrêt *Viking*⁵³, la Cour a procédé à une analyse de proportionnalité du droit de grève à l'aune de la liberté d'établissement. Ce mode de raisonnement, s'il reconnaît au droit de grève le statut de droit fondamental, s'expose toutefois à la critique en ce qu'il introduit une hiérarchie entre droits fondamentaux et liberté de circulation (au détriment des premiers).

Ces questions de champ d'application sont d'autant plus importantes qu'elles limitent également la portée de la Charte : selon l'article 51, paragraphe 1, de la Charte, les dispositions de celle-ci s'adressent « aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union »⁵⁴. Ceci signifie que, conformément à la déclaration sur la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne « ce texte ne crée aucune compétence

⁴⁹ CJCE, Arrêt du 14 octobre 2004, *Omega*, C-36/02, *Rec.* p. I-9609

⁵⁰ CJCE, Arrêt du 9 décembre 1997, *Commission/France*, C-265/95, *Rec.* p. I-6959.

⁵¹ Suite à cet arrêt, un règlement spécifique a été adopté afin de tenter de trouver un équilibre entre libre circulation des marchandises et le droit de grève en cas d'inaction des autorités nationales face à une situation qui mène à une entrave à la libre circulation. 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 États membres, *JO L 337* du 12 décembre 1998, pp. 8–9. Voir également l'arrêt *Viking*, préc.

⁵² CJCE, Arrêt du 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger*, C-112/00, *Rec.* p. I-5659.

⁵³ Préc.

⁵⁴ Les explications de la Charte reviennent à une formule plus générale : « En ce qui concerne, les États membres, il résulte *sans ambiguïté* [sic] de la jurisprudence de la Cour que l'obligation de respecter les droits fondamentaux définis dans le cadre de l'Union ne s'impose aux États membres *que lorsqu'ils agissent dans le champ d'application du droit de l'Union* ». Or cette expression recouvre bien plus de situations que la seule mise en œuvre du droit de l'Union.

nouvelle pour l'Union ni modifie les compétences existantes »⁵⁵. Ce principe n'est toutefois pas toujours clairement perçu et, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la Cour a rendu plusieurs ordonnances afin de décliner sa compétence dans diverses affaires qui ne présentaient aucun élément d'extranéité et où les Etats ne mettaient pas en œuvre le droit de l'Union: un plaideur ne peut valablement invoquer la protection des droits fondamentaux, *ergo* de la Charte, dans une telle situation⁵⁶.

C'est précisément de la Charte dont il importe de discuter désormais.

⁵⁵ En ce sens, CJUE, ordonnance du 12 nov. 2010, C-339/10, *Estov, Ivanova et Kemko International EAD c/ Ministerski savet na Republika Bulgaria*, non encore publiée au Recueil

⁵⁶ Voir par exemple, CJUE, Ordonnance du 22 septembre 2011, *Lebrun*, C-538/10; Ordonnance du 14 décembre 2011, *Boncea*, C-483/11 et C-484/11; Ordonnance du 1er mars 2011, *Chartry*, C-457/09 et Ordonnance du 12 juillet 2012, *Currà*, C-466/11, non encore publiées au Recueil.

II. La Charte des droits fondamentaux : du simple catalogue à la source de droits fondamentaux

Du statut de simple catalogue (A), la Charte est devenue un élément du droit primaire européen (B). C'est sur cette évolution qu'il faut revenir.

A. La Charte : un simple catalogue

Après un bref historique (1), nous reviendrons sur les effets attachés à la Charte lors des premiers stades de sa vie juridique (2).

1. Historique de l'adoption de la Charte

C'est lors du sommet de Cologne de juin 1999 que l'idée de la rédaction d'une Charte a été émise. Bien entendu, elle n'est pas sortie toute armée de la tête des chefs d'État ; au contraire, l'idée d'une Charte européenne des droits remonte à la fin des années 70. Deux raisons poussaient toutefois de manière pressante à la rédaction de celle-ci. La première était de donner à l'Union un catalogue de droits explicitant quelque peu la référence contenue à l'article 6 du TUE. Ensuite, une raison plus politique était de donner au citoyen l'image d'une Union tournée vers des objectifs qui dépassent le cadre purement économique auquel elle est irrémédiablement liée.

C'est le sommet de Cologne qui a prévu la méthode de rédaction de la Charte à savoir celle de la Convention, qui a donné une transparence inédite aux travaux de rédaction. Il a également établi une liste de sources d'inspiration appelées à guider cette Convention dans sa tâche de rédaction. Il s'agissait de la Convention européenne des droits de l'homme, des traditions constitutionnelles des États membres, de la citoyenneté européenne, de la Charte sociale européenne et de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs.

Le Sommet de Tampere d'octobre 1999, quant à lui, a fixé les détails de la composition de cette fameuse Convention. Celle-ci était donc une méthode inédite pour la rédaction d'un tel projet. Elle sera reprise ultérieurement pour l'élaboration du « Traité constitutionnel européen », avec la fameuse Convention sur l'avenir de l'Europe qu'une certaine postérité retiendra sous le nom de « Convention Giscard », du nom de son président. En l'occurrence, l'objectif était d'abandonner la méthode classique, intergouvernementale, pour adopter une approche considérée comme plus démocratique, donnant notamment plus de place aux Parlementaires et à la société civile dans l'élaboration de la Charte.

La Convention sur la Charte des droits fondamentaux instituée par le Conseil européen de Cologne pour élaborer le projet de Charte était constituée de quinze représentants des chefs d'État et de gouvernement, de trente représentants des Parlements nationaux, de seize représentants du Parlement européen et d'un représentant de la Commission. Elle était présidée par Roman Herzog, ancien Président de la République fédérale d'Allemagne et de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe. De plus, outre les représentants, divers observateurs étaient également présents : de la C.J.C.E., du Conseil de l'Europe, du Comité des régions, du Comité économique et social et du médiateur, tout ceci afin d'assurer la plus grande transparence possible aux débats.

Finalement, après environ un an de travail, la Convention a établi un texte qui fut proclamé solennellement au Sommet de Nice en 2000. Cette proclamation était commune au Parlement, au Conseil et à la Commission. Le Sommet de Nice fut également l'occasion de débattre de l'avenir de cette Charte, de sa force juridique et de son éventuelle inclusion dans les traités, esprit dans lequel elle avait été conçue par la Convention Herzog. Cette tâche de réflexion fut finalement confiée à une seconde Convention, la Convention sur l'avenir de l'Europe. Cette Convention se mit d'accord, non sans difficultés, pour l'intégrer au sein du traité constitutionnel, dans le Titre II, *in extenso* et pour lui conférer une valeur juridique obligatoire. L'échec de la ratification de ce Traité remettra tout ceci en cause.

2. Effet de la Charte entre Nice et Lisbonne

Lors de sa proclamation, la Charte n'avait pas de valeur juridique propre. Tout au plus s'agissait-il d'un accord interinstitutionnel pouvant éventuellement créer des obligations à l'encontre des institutions⁵⁷.

On peut toutefois apporter deux nuances de taille à cette absence originelle d'effets juridiques.

Premièrement, très rapidement, les institutions législatives européennes (la Commission, le Parlement et le Conseil) ont déclaré formellement leur volonté de respecter les droits et principes portés par la Charte. Ainsi, le Parlement a intégré dans son règlement d'ordre intérieur une obligation de veiller au respect des droits contenus dans la Charte lors de son analyse des projets législatifs⁵⁸. La Commission européenne a indiqué, pour sa part, que dans chaque proposition de législation ou de réglementation elle effectuerait un contrôle de conformité avec la Charte⁵⁹. Le Conseil et le Parlement, en tant que législateurs, ont entériné cette pratique en introduisant un considérant relatif à la Charte dans les instruments de droit dérivé. Le législateur a appliqué cette règle avec un certain formalisme, ce qui permet parfois

⁵⁷ M. WATHELET, « La Charte des droits fondamentaux : un bon pas dans une course qui reste longue », *CDE*, 2000, p. 591.

⁵⁸ Article 34 du règlement d'ordre intérieur du Parlement européen, JO L 44 du 15 février 2005.

⁵⁹ Communication de la Commission sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, COM(2000)559 final

d'ironiser sur le « considérant Charte » comme il existait un « considérant stratégie de Lisbonne ».

Deuxièmement, le pouvoir judiciaire européen s'est également saisi de cette Charte⁶⁰. Ainsi, rapidement, les avocats généraux ont utilisé la Charte pour nourrir leur réflexion. Le tribunal de première instance a été la première juridiction à citer la Charte dans un de ses arrêts. Parmi ses citations les plus notables, on peut relever l'affaire *Jego Quere*⁶¹ de 2002 où le tribunal tenta d'infléchir la jurisprudence de la Cour en matière d'accès au recours en annulation d'acte de portée générale pour les particuliers en se référant au droit au recours effectif contenu dans la Charte. Selon le tribunal, le système actuel ne garantit en effet pas aux justiciables un droit de recours effectif leur permettant de contester la légalité de dispositions communautaires de portée générale qui affectent directement leur situation juridique au vu des articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux. Sans succès toutefois, puisque la Cour n'a pas suivi ce raisonnement⁶².

La Cour a mis, pour sa part, plus de temps à intégrer la Charte dans sa jurisprudence et ce n'est qu'en juin 2006 qu'elle cita, du bout des lèvres, de manière explicite la Charte dans un arrêt *Parlement contre Conseil*⁶³. La Charte avait rejoint avec cet arrêt les sources d'inspiration de la Cour, sources qui lui permettent de dégager l'existence certains droits fondamentaux. La Charte vient donc réaffirmer et conforter la jurisprudence de la Cour sur les principes généraux de droit mais elle n'innove toutefois en rien. La situation devrait évoluer avec la valeur juridique reconnue à la Charte par le Traité de Lisbonne.

B. La Charte : une source de droits fondamentaux

Après une brève description du contenu de la Charte (1), l'on reviendra sur certains points épineux (2).

1. Le contenu de la Charte

L'organisation de la Charte est relativement simple : 54 articles répartis entre un préambule – qui rappelle les tenants et aboutissants de la Charte, l'attachement aux valeurs communes d'une Europe pacifiée, et son objectif de rendre plus « visible » les droits existants mais également de renforcer sur certains points la protection existante – suivi de six titres organisés

⁶⁰ Notons que la Cour européenne des droits de l'homme y a fait référence et ce, avant la CJCE elle-même. Par exemple, C.E.D.H., arrêt du 11 juillet 2002, *Goodwin c/ Royaume-Uni*.

⁶¹ TPICE, Arrêt du 3 mai 2002, *Jégo-Quéré c/ Commission*, T-177/01, *Rec.* p. II-2365

⁶² CJCE, Arrêt du 1er avril 2004, *Commission c/ Jégo-Quéré*, C-263/02 P, *Rec.* p. I-3425

⁶³ CJCE, Arrêt du 27 juin 2006, *Parlement c/ Conseil*, C-540/03, *Rec.*, I, p. 5769 et *Viking*, préc.

autour de six valeurs (dignité, liberté, égalité, solidarité, citoyenneté, justice) qui énoncent droits et principes.

Il s'agit d'une manière originale de présenter les droits fondamentaux qui transcendent les catégories traditionnelles. On y retrouve ainsi les très classiques droits civils et politiques (notamment ceux attachés à la citoyenneté de l'Union) mais également des droits économiques et sociaux plus novateurs. Bien que la CEDH soit une des principales sources d'inspiration du texte, il faut noter que sur certains points, la Charte donne une portée plus large à certains droits que dans ce dernier texte : par exemple le cas du droit de se marier qui n'est plus sexué. Selon les explications annexées à la Charte, « la rédaction de ce droit a été modernisée afin de couvrir les cas dans lesquels les législations nationales reconnaissent d'autres voies que le mariage pour fonder une famille »⁶⁴. La Charte consacre également moult droits qui ne s'y retrouvent pas, comme certains droits touchant à la bioéthique, le droit à l'intégrité de la personne ou la liberté des arts et science. La Charte reprend également les libertés fondamentales de circulation (libre circulation des travailleurs, liberté d'établissement et de prestation de services sont inclus dans la « liberté professionnelle et le droit de travailler », les droits du citoyen font l'objet d'un titre à part entière).

La Charte se clôt sur les dispositions horizontales qui définissent le champ d'application et la portée et l'interprétation de ses différents articles. À cet égard, relevons l'article 53 qui énonce « qu'aucune disposition de la Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, la Communauté ou tous les États membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des États membres »⁶⁵. Bref, il s'agit d'une clause de *standstill* qui assure que la Charte ne fera pas régresser le niveau de protection actuellement assuré, notamment par la CEDH.

A cet égard, l'article 52 précise que « 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. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue ». La Cour a ainsi par exemple considéré que « l'article 7 de la charte [a] le même sens et la même portée que ceux conférés à l'article 8, paragraphe 1, de la CEDH, tel qu'interprété par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », malgré de légères différences textuelles⁶⁶. Les explications annexées à la Charte fournissent également une liste de droits garantis par la Charte dont le sens et la portée sont les mêmes que ceux de la Convention et ceux dont le sens est le même mais la portée plus étendue.

⁶⁴ JO C 303 du 14 déc. 2007, pp. 17 et s.

⁶⁵ Sur cette disposition, voir les Conclusions de l'Avocat général BOT présentées le 2 octobre 2012 sous l'affaire C-399/11, *Melloni*, nep.

⁶⁶ CJUE, Arrêt du 5 octobre 2010, *J. McB. contre L. E.*, C-400/10 PPU, non encore publié au Recueil.

2. De quelques questions ponctuelles sur la Charte

La Charte constitue un aboutissement. Mais celui-ci ne signifie nullement que ce texte serait « parfait ». Au contraire, il soulève de nombreuses questions, qui devront être tranchées par le juge à l'avenir. Ainsi, le sort des clauses d'opt out introduites en droit primaire à la demande de certains Etats fait craindre l'émergence d'une Europe des droits fondamentaux à deux vitesses (a). La distinction entre les droits et les principes doit être abordée (b). Enfin, l'influence de la Charte sur le mode classique de raisonnement de la Cour en matière de libre circulation doit également être relevée (c).

a. *Les clauses « d'opt out » en faveur de certains Etats*

La force juridique de la Charte est à géométrie variable. Cette force juridique est, partiellement, à double vitesse : un protocole introduit par la Pologne et le Royaume-Uni⁶⁷ en limite en effet la portée pour ces deux pays, notamment sur son volet social s'agissant du Royaume-Uni : ce qui, comme le refus du Royaume-Uni d'être lié par les dispositions sociales annexées au Traité de Maastricht en son temps, pose la question du risque du développement d'une course au moins-disant social dans cet Etat. L'impact du protocole n°30 est toutefois, à cet égard, beaucoup plus incertain que l'*opt-out* britannique de l'époque⁶⁸.

A la lecture, il apparaît qu'il ne s'agit pas d'un *opt out* général⁶⁹ mais d'un protocole destiné à « clarifier » certains aspects de la Charte. Le texte du protocole précise, notamment, qu'aucune disposition du Titre IV de la Charte (son titre « solidarité ») ne crée de droits justiciables applicables dans ces deux pays si ces droits ne sont pas reconnus en droit national. Ceci confirme la portée du texte de la Charte (article 51 de la Charte). Ensuite, ces États demeurent liés par les règles générales du traité, et notamment des principes généraux du droit (Article 6 TUE).

La situation de la Pologne est d'autant plus particulière que, dans deux déclarations annexées au Traité, ce pays précise que rien, dans la Charte, ne l'empêchera de légiférer dans des domaines touchant à la moralité publique⁷⁰ et, dans le même temps, précise dans une autre déclaration qu'« elle respecte intégralement les droits sociaux et du travail établis par le droit de l'Union, et en particulier ceux qui sont réaffirmés au titre IV de la Charte des droits

⁶⁷ Protocole n°30 sur l'application de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la Pologne et au Royaume-Uni, *JO C* n°83 du 30 mars 2010, p. 323. Toutefois, l'effet de ce protocole est débattu. Voir également la déclaration n°53 de la république tchèque.

⁶⁸ C. BARNARD, « The 'Opt-Out' for the UK and Poland from the Charter of Fundamental Rights: Triumph of Rhetoric over Reality? », Texte non publié d'une conférence, disponible sur <http://www.law.cam.ac.uk>.

⁶⁹ En ce sens, Conclusions de l'Avocat général TRSTENJAK sous CJUE, *NS*, C-411/10, C-493/10, non encore publié au Recueil, points 165 et s.

⁷⁰ Déclaration n°61, *JO* n° C 83 du 30 mars 2010, p. 358

fondamentaux de l'Union européenne »⁷¹, ce qui semble assez contradictoire par rapport au texte du Protocole. Toutefois, la déclaration n'a pas de valeur juridique contraignante, contrairement au Protocole. Ceci démontre toutefois que les préoccupations de la Pologne, par rapport aux effets de la Charte, n'étaient pas principalement de remettre en cause l'application des droits sociaux européens, mais concernaient plutôt des questions de moralité (mariage entre couples de même sexe, adoption par des conjoints homosexuels...) qui ne sont pas de la compétence de l'Union.

Du reste, le protocole en cause précise bien que si la Charte « n'étend pas » le pouvoir de contrôle de la Cour, il ne remet bien entendu pas en cause la jurisprudence antérieure de celle-ci. Bref, la jurisprudence de la Cour relative aux droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit n'est pas remise en cause par ce protocole et ces deux pays n'échapperont donc pas à tout contrôle. On peut également légitimement s'interroger sur l'intérêt de chercher à limiter les effets d'une Charte qui ne fait soi-disant que réaffirmer des droits préexistants auxquels ces deux États demeurent liés⁷². S'agit-il dès lors d'un pur effet de style destiné à réassurer un électorat jugé frileux ?

b. La distinction entre les principes et les droits

La méfiance de certains États membres envers les droits sociaux contenus dans la Charte a poussé à l'introduction d'une distinction entre les « principes » et les « droits ». Celle-ci a pour principal objectif de déforcer le rôle des aspects sociaux présents dans la Charte puisque c'est principalement certains droits sociaux qui ont un statut de principes⁷³. Si l'ensemble des dispositions de Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union ainsi qu'aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, il est prévu qu'ils « respectent » les droits et « observent » les principes⁷⁴. Les explications précisent que « [I]es principes peuvent être mis en œuvre par le biais d'actes législatifs ou exécutifs (adoptés par l'Union dans le cadre de ses compétences et par les États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union); ils acquièrent donc une importance particulière pour les tribunaux seulement lorsque ces actes sont interprétés ou contrôlés »

Derrière cette distinction se cache une différence de « justiciabilité » des droits et des principes. Les principes ont en effet une justiciabilité limitée en ce que leur invocation devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité d'actes adoptés par les institutions et les États membres visant à les mettre en œuvre⁷⁵. Ils constituent une sorte de

⁷¹ Déclaration n° 62, *ibidem*

⁷² D. SIMON, « Les droits fondamentaux dans le traité de Lisbonne », *Europe*, no 2, février 2008, repère 2

⁷³ L. BURGORGUE-LARSEN, « Ombres et lumières de la constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *CDE*, 2004, n°5-6, pp. 682 et s.

⁷⁴ Article 51 de la Charte, préc.

⁷⁵ Article 52.5 de la Charte, préc.

clause de *standstill* visant à s'assurer qu'une intervention législative européenne n'aura pas pour effet de réduire le niveau de protection des principes.

S'agissant de leur identification, les explications annexées à la Charte fournissent quelques exemples de principes⁷⁶ mais l'incertitude demeure sur leur nombre exact : ceci laisse une marge de manœuvre considérable au juge européen dans ce domaine. « À titre d'illustration, citons, parmi les exemples de principes reconnus dans la Charte, les articles 25 [droit des personnes âgées], 26 [intégration des personnes handicapées] et 37 [Protection de l'environnement]. Dans certains cas, un article de la Charte peut contenir des éléments relevant d'un droit et d'un principe: par exemple, les articles 23 [égalité homme femme], 33 [vie familiale et vie professionnelle] et 34 [sécurité sociale et aide sociale] ». De même, les explications sous l'article 35 [protection de la santé], l'article 36 [accès aux services d'intérêt économique général] et l'article 3 [droit à l'intégrité de la personne] présentent ceux-ci comme contenant des « principes ». La distinction entre principes et droits est donc loin d'être évidente *a priori*.

Pour conclure, et selon une image utilisée par Olivier DE SCHUTTER, Les droits sont des épées, que le justiciable peut saisir pour en assurer le respect. Les principes, par contre, ne sont que des boucliers. Le justiciable pourra s'en saisir uniquement afin de veiller à leur respect dans le cadre du contrôle de la légalité et pour l'interprétation d'actes adoptés en vertu de ceux-ci. L'on ne peut qu'espérer que, lorsque les explications de la Charte ne précisent pas expressément le statut d'une disposition de la Charte, la Cour adopte une vision « maximaliste ». Quant à leurs effets, la définition des limites à la justiciabilité des principes reviendra, *in fine*, à la Cour également.

c. *Les nouveaux modes de raisonnement induits par la Charte*

La Charte des droits fondamentaux contient, en son article 52, une méthode interprétative générale afin de veiller à la conciliation entre les droits et les libertés. Ainsi, cet article prévoit que « toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui »⁷⁷.

Dès lors, « la juste conciliation entre droit fondamental et liberté fondamentale en cas de conflit n'est en effet assurée que si la restriction d'une liberté fondamentale par un droit fondamental ne peut pas aller au-delà de ce qui est approprié, nécessaire et mesuré aux fins de la réalisation du droit fondamental » mais également, « inversement, la restriction d'un droit

⁷⁶ Explications ad article 52 (JO C 303 du 14 déc. 2007, pp. 17-35).

⁷⁷ JO n° C 83 du 30 mars 2010, p. 403. Voir sur cette disposition, les Conclusions de l'Avocat général CRUZ VILLALON sous CJUE, Arrêt du 24 novembre 2011, *Scarlet*, C-70/10, nep.

fondamental par une liberté fondamentale ne peut pas non plus aller au-delà de ce qui est approprié, nécessaire et mesuré aux fins de la réalisation de la liberté fondamentale »⁷⁸. C'est donc un équilibre qui doit être trouvé entre la protection des libertés et des droits fondamentaux.

Ainsi, les premiers signes d'un renforcement (ou d'un rééquilibrage, selon le point de vue) des aspects sociaux par rapport aux aspects économiques du Traité sont d'ores et déjà perceptibles. Un arrêt *Commission/Allemagne*⁷⁹ traduit ce nouveau discours du droit de l'Union européenne. Cette affaire concerne le non-respect des règles sur l'attribution de certains marchés en Allemagne. Plus précisément, le recours en manquement portait principalement sur le fait que certaines villes allemandes avaient conclu des accords-cadres sur les régimes de retraite complémentaire professionnelle directement avec des organismes de prévention choisis par convention collective, sans passer par un appel d'offre européen. Le conflit entre le respect des directives sur les marchés publics⁸⁰ et le droit de négociation collective était donc sous-jacent dans cette affaire. L'Allemagne considérait en effet que, par leur aspect social, la passation des marchés litigieux échappaient aux obligations imposées par les directives européennes.

Si la Cour n'a pas suivi le raisonnement défendu par l'Allemagne dans cette affaire, cet arrêt marque toutefois une évolution dans le discours sur les rapports entre droits sociaux fondamentaux et libertés économiques. En effet, dans cette affaire, l'objectif de la Cour est de vérifier si « un juste équilibre a été observé dans la prise en considération des intérêts respectifs en présence, à savoir l'amélioration du niveau des pensions de retraite des travailleurs concernés, d'une part, et la réalisation des libertés d'établissement et de prestation des services ainsi que l'ouverture à la concurrence au niveau de l'Union, d'autre part »⁸¹. Contrairement à l'arrêt *Viking*, l'analyse classique de l'entrave est abandonnée : il s'agit ici de vérifier si la mise en œuvre des directives dans le domaine concerné ne remettrait pas en cause les objectifs sociaux de la législation allemande⁸². Au terme de cette analyse, la Cour conclut que ce n'est pas le cas et que, dès lors, rien ne s'oppose à ce que ces directives s'appliquent dans ce domaine⁸³. Cette méthode de raisonnement ne signifie donc pas que, de manière générale, les libertés économiques doivent systématiquement s'effacer derrière les considérations sociales : elle vise à assurer un « juste équilibre »⁸⁴ entre les différents droits

⁷⁸ Conclusions, préc. au point 190.

⁷⁹ CJUE, Arrêt du 15 juillet 2010, *Commission/Allemagne*, C-271/08, non encore publié au Recueil.

⁸⁰ Directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, JO L 209 du 24 juillet 1992, pp. 1–24 et Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JO L 134 du 30 avril 2004, pp. 114–240.

⁸¹ Arrêt *Commission/Allemagne*, préc. point 52.

⁸² La Cour, contrairement à son Avocat général, ne fait toutefois pas référence à l'article 52 de la Charte.

⁸³ Arrêt *Commission/Allemagne*, préc. point 66 : « il convient de conclure que le respect des directives en matière de marchés publics de services ne s'avère pas inconciliable avec la réalisation de l'objectif social poursuivi par les parties signataires du TV-EUmw/VKA dans l'exercice de leur droit de négociation collective ».

⁸⁴ Voir, également, en ce sens, CJUE, 6 septembre 2012, *Deutsches Weintor*, C-544/10, non encore publié, point 47 sur la conciliation entre la protection de la santé et la liberté d'entreprendre.

fondamentaux protégés par l'Union. Toutefois, elle revalorise le rôle des droits sociaux en les mettant sur le même « plan » que les libertés économiques.

Conclusion

Le rôle des droits fondamentaux au sein de l'Union n'a cessé de se renforcer au fil des ans et occupe désormais une place prépondérante dans l'ordre juridique européen. Cette évolution est parallèle à l'extension du rôle de l'Union, qui n'est plus une simple Union douanière, mais intervient au contraire dans des domaines de plus en plus nombreux de la vie quotidienne des citoyens.