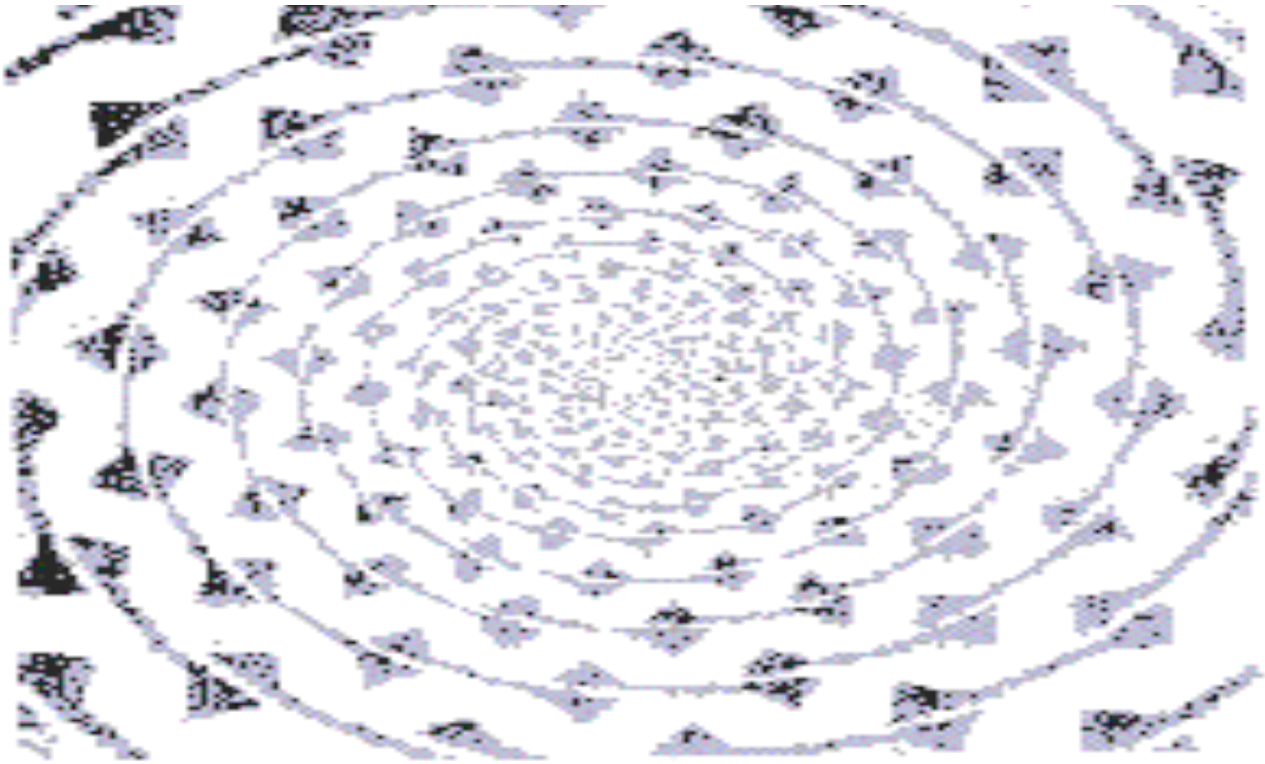
Cellule de Recherche Interdisciplinaire en Droits de l'Homme



L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour de justice des Communautés européennes

Olivier De Schutter

CRIDHO Working Paper 2005/07

Université catholique de Louvain
Faculté de droit
Centre de philosophie du droit
Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'homme
www.cpdr.ucl.ac.be/cridho

La Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'homme (CRIDHO) a été constituée au sein du Centre de philosophie du droit, Institut extra-facultaire de l'Université catholique de Louvain, par des chercheurs soucieux de réfléchir le développement contemporain des droits fondamentaux à l'aide d'outils d'autres disciplines, notamment l'économie et la philosophie politique. La CRIDHO travaille sur les rapports entre les mécanismes de marché et les droits fondamentaux, aussi bien au niveau des rapports interindividuels qu'au niveau des rapports noués entre Etats dans le cadre européen ou international.

CRIDHO Working Papers
Tous droits réservés.
Aucune partie de ce document ne peut être
publiée, sous quelque forme que ce soit,
sans le consentement de l'auteur.

The Interdisciplinary Research Cell in Human Rights (CRIDHO) has been created within the Centre for Legal Philosophy (CPDR), an extra-department Institute of the University of Louvain, by scholars seeking to understand the development of fundamental rights by relying on other disciplines, especially economics and political philosophy. The CRIDHO works on the relationship between market mechanisms and fundamental rights, both at the level of interindividual relationships as at the level of the relationships between States in the European or international context.

CRIDHO Working Papers
All rights reserved
No part of this paper may be reproduced
in any form
without consent of the author

L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour de justice des Communautés européennes

par Olivier DE SCHUTTER[*]

Il y a plus de trente ans, plusieurs juridictions constitutionnelles menaçaient d'opposer à l'exigence de la primauté sur les droits étatiques, que revendiquait pour lui le droit communautaire, la garantie des droits fondamentaux reconnus dans des constitutions nationales. Voulant réagir à cette mise en cause de la primauté du droit communautaire, la Cour de justice des Communautés européennes choisit de répondre à ces impatiences en faisant figurer les "droits fondamentaux de la personne" – selon l'expression de son arrêt *Stauder* du 12 novembre 1969[1] – parmi les principes généraux du droit communautaire dont elle assure le respect[2]. Notre interrogation va porter ici sur l'influence qu'a exercée la Cour européenne des droits de l'homme sur cette jurisprudence. Cela suppose d'abord de rappeler les origines de la réception de la Convention européenne des droits de l'homme dans le droit communautaire – et, à présent, dans le droit de l'Union européenne. Il est permis d'être très succint dans ce rappel. Le cadre général dans lequel s'inscrit la question de l'influence qu'a exercée la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour de justice des Communautés européennes est en effet bien connu, tant la doctrine a labouré le champ de la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire (I). Après en avoir rappelé les sources historiques (I.1.), l'on tentera d'identifier les deux caractéristiques du statut réservé par la Cour de justice des C.E. à la Convention européenne des droits de l'homme au sein des principes généraux du droit communautaire, et qui constituent la "signification particulière" de cette Convention: celle-ci bénéficie d'une véritable réception matérielle au sein du droit communautaire, qui lui reconnaît en fait un caractère obligatoire; et elle est appliquée en tenant compte de l'interprétation qu'en donne la Cour européenne des droits de l'homme (I.2.). L'appréciation de la nécessité des restrictions apportées aux droits fondamentaux de la personne dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté, à laquelle procède la Cour de justice des C.E. lorsqu'elle applique la Convention européenne des droits de l'homme, vient cependant nuancer l'impression de subordination du juge communautaire à la Cour européenne des droits de l'homme, impression que pourrait créer une description du régime de coopération entre ces juridictions centrée exclusivement sur la question de l'interprétation des droits de l'homme, et négligeant par contre la question de leur application dans des contextes spécifiques (I.3.).

Dans une deuxième partie, l'on examinera de plus près les mécanismes de la coopération qui s'est progressivement instaurée entre la Cour de justice des C.E. et la Cour européenne des droits de l'homme (II.). C'est bien en effet d'une coopération qu'il s'agit, fondée sur une réparatition des tâches entre ces juridictions qui s'est opérée de façon naturelle. Les prétendues "divergences d'interprétation" entre les deux juridictions européennes traduisent cette division du travail. Elles n'ont jamais débouché ni sur une véritable confrontation, ni sur la prétention d'une des deux juridictions de manifester sur l'autre une quelconque forme de prééminence (II.1.). Il est d'autant moins probable que soit rompue à l'avenir l'harmonie de cette coexistence que la Cour de justice des C.E. n'a jamais accepté de suivre les invitations qui lui étaient adressées d'étendre le champ d'invocabilité des droits fondamentaux qu'elle garantit au-delà du domaine d'application du droit communautaire, dont elle opère une délimitation stricte (II.2.). Sans doute, l'interprétation des précédents posés par la Cour européenne des droits de l'homme ne s'avère pas toujours aisée, notamment lorsqu'il s'agit de traduire

[*] Professeur à la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain (Belgique); Global Law School, New York University; Coordonnateur du Réseau UE d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux.

[1] C.J.C.E., 12 novembre 1969, *E. Stauder c. Ville d'Ulm*, 29/69, *Rec.,* p. 419 (point 7).

[2] Sur les origines de cette jurisprudence, voy. en doctrine not. P. Pescatore, "Les droits de l'homme et l'intégration européenne", *C.D.E.,* 1968, p. 629; P. Pescatore, "Fundamental Rights and Freedoms in the System of the European Communities", *A.J.I.L.,* 1970, p. 343; P. Pescatore, "International Law and Community Law – A Comparative Analysis", *C.M.L. Rev.,* 1970, p. 167; G. Cohen-Jonathan, "La Cour de justice des Communautés européennes et les droits de l'homme", *R.M.C.,* 1978, p. 74; Cl.-D. Ehlermann, "Primauté du droit communautaire mise en cause par la Cour constitutionnelle fédérale allemande", *R.M.C.,* 1975, p. 10; J. Darras et O. Pirotte, "La Cour constitutionnelle fédérale allemande a-t-elle mis en danger la primauté du droit communautaire?", *R.T.D.E.,* 1976, p. 415; G. Bebr, "A Critical Review of Recent Case Law of National Courts", *C.M.L. Rev.,* 1974, p. 408.

des solutions adoptées dans d'autres contextes à au contexte spécifique du droit communautaire. Le risque qui en résulte est cependant largement allégé par la tendance de la Cour de justice des C.E. à choisir, dans le doute, d'opter pour un standard élevé de protection des droits fondamentaux, allant parfois au-delà des exigences minimales de la Convention européenne des droits de l'homme (II.3.).

L'étude des interactions entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme est d'autant plus importante aujourd'hui, que le Traité établissant une Constitution pour l'Europe prévoit l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme[3]. L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est une hypothèse explorée principalement depuis 1990, lorsque la Commission européenne a publié une communication sur ce sujet. En 1996, dans un avis rendu à la demande du Conseil de l'Union européenne, la Cour de justice avait indiqué que pareille adhésion, en raison de son « envergure constitutionnelle », exigeait comme base juridique une disposition expresse dans les traités[4]. Il est donc bienvenu que le Traité établissant une Constitution pour l'Europe énonce que l'Union adhérera à la Convention. Parallèlement, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté, le 13 mai 2004, un Protocole n°14 d'amendement à la Convention européenne des droits de l'homme, disposant notamment que l'Union peut adhérer à cet instrument[5]. Ce Protocole devrait pouvoir entrer en vigueur en 2005 ou 2006, dès qu'il aura été ratifié par l'ensemble des Etats parties à la Convention. Bien que l'adoption du Protocole n°14 ait une signification davantage politique que juridique sur ce point, puisqu'il ne dispense pas d'une modification ultérieure de la Convention européenne des droits de l'homme définissant les modalités concrètes de l'adhésion de l'Union à cet instrument[6], les conditions sont peu à peu créées pour que l'Union – dont le Traité constitutionnel consacre explicitement la personnalité juridique internationale – puisse adhérer à la Convention européenne des droits de l'homme.

L'adhésion ne modifiera pas fondamentalement la nature des rapports déjà noués entre la Cour de justice et la Cour européenne des droits de l'homme, tels que la présente étude les décrit. Elle apportera au contraire une clarification utile : elle confirmera que, dans l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme aura un pouvoir de dernier mot. Ceci n'empêchera nullement la Cour de justice de développer les droits fondamentaux dans sa jurisprudence, soit au départ de la Charte des droits fondamentaux, soit au départ des principes généraux du droit définis en particulier à partir des traditions constitutionnelles communes aux Etats[7]. La seule restriction au développement de cette jurisprudence réside dans cette limite : le seuil minimum que constitue la Convention européenne des droits de l'homme devra, en tout état de cause, être respecté, y compris dans l'interprétation des dispositions correspondantes de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne[8]. Tel est d'ailleurs déjà le cas actuellement. L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme permettra de s'assurer que l'Union sera représentée, comme telle, au sein de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe qui surveille l'exécution des arrêts de la Cour : cette

[3] Article I-9, § 2, du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, tel que signé par les Chefs d'Etat et de gouvernement le 29 octobre 2004 à Rome (CIG 87/2/04 (REV 2)) et publié au J.O. C 310 du 16.12.2004.

[4] CJCE, 28 mars 1996, Adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Avis 2/94, *Rec.* p. I-1759.

[5] Protocol 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention, Article 17 (amending the existing Article 59 ECHR).

[6] Voy. les paragraphes 101-102 du Rapport explicatif au Protocole n°14, précisant que des modifications à la Convention européenne des droits de l'homme devront y être apportées ultérieurement, afin de rendre possible du point de vue technique l'adhésion de l'Union européenne.

[7] La crainte a parfois été émise que l'inscription de la Charte des droits fondamentaux dans la Constitution européenne ne fige l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice en matière de droits fondamentaux. L'article 9 § 3 du projet de Traité constitutionnel indique cependant que la Cour de justice doit pouvoir continuer de développer les droits fondamentaux par l'élaboration des principes généraux du droit dont elle assure le respect, sans que l'identification d'un certain nombre de droits dans la Charte y fasse obstacle. La Charte elle-même prévoit, à son article 53 (devenu l'article II-113 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe), qu'elle ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union offre une protection des droits fondamentaux plus large que celle de la Charte elle-même.

[8] Voy. l'article 53 § 2 de la Charte des droits fondamentaux (article II-112 § 2 du Traité établissant une Constitution pour l'Union).

situation sera plus satisfaisante que la situation qui prévaut actuellement, où la compatibilité des actes de l'Union avec la Convention européenne des droits de l'homme est en fait examinée par la Cour européenne des droits de l'homme, mais de manière indirecte – puisque ce contrôle se fait par la médiation de la responsabilité internationale des Etats membres de l'Union, qui sont tous Parties contractantes à la Convention européenne des droits de l'homme – et sans représentation d'aucune sorte de l'Union dans les instances de contrôle.

Le contexte créé par la perspective de l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme appelle une dernière remarque, qui achèvera de situer l'enjeu des développements qui suivent. Les Chefs d'Etat de Gouvernement ont adopté une déclaration (n° 2) relative à l'article 9 § 2 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe aux termes de laquelle

> La Conférence convient que l'adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales devrait s'effectuer selon des modalités permettant de préserver les spécificités de l'ordre juridique de l'Union. Dans ce contexte, la Conférence constate l'existence d'un dialogue régulier entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'Homme, dialogue qui pourra être renforcé lors de l'adhésion de l'Union à cette Convention.

En évoquant la nécessité de « préserver les spécificités de l'ordre juridique de l'Union », la déclaration fait allusion au respect dû au principe de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union[9]. Ce principe est déduit de la règle selon laquelle la Cour de justice assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application de la Constitution[10] ainsi que de la règle selon laquelle les Etats membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la Constitution à un mode de règlement autre que ceux prévus par celle-ci[11]. La Cour de justice a aperçu dans ces dispositions la manifestation d'un principe général, selon lequel elle-même doit demeurer l'interprète ultime de la Constitution de l'Union, et notamment des règles de la Constitution qui fixent la répartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres. Le principe d'autonomie de l'ordre juridique de l'Union exclut par conséquent que la Cour de justice puisse être liée par l'interprétation qu'une autre juridiction donnerait du droit de l'Union : situé par l'avis 1/91 du 14 décembre 1991 « aux fondements de la Communauté », ce principe suppose en effet que les questions d'interprétation et d'application du droit de l'Union ne peuvent être réglées selon des procédures externes à l'Union européenne mais seulement selon des modalités de règlement que l'Union a instituées en son sein[12]. Cependant, ce principe n'exclut pas toute forme quelconque d'engagement international de l'Union européenne qui soit placé sous le contrôle d'une juridiction internationale extérieure à l'ordre juridique communautaire[13]. En ce sens, il y a lieu de regretter la formulation de la seconde phrase de la déclaration relative à l'article 9 § 2 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, puisqu'elle paraît suggérer l'idée – erronée – que l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme passerait nécessairement par un dialogue régulier, voire renforcé, entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme, alors que pareil dialogue n'en constitue aucunement une condition, ni sur le plan juridique, ni en pratique. Qu'une véritable coopération existe, cependant, c'est à la fois incontestable et bien entendu souhaitable. Cette étude tente d'illustrer comment la Cour de justice et la Cour européenne des droits de l'homme, déjà,

---

[9] Il s'en déduit notamment que, lorsqu'une requête individuelle est dirigée conformément à l'article 34 de la Convention européenne des droits de l'homme soit contre l'Union, soit contre un Etat membre, l'identification de la Partie concernée doit être effectuée selon des modalités définies au sein de l'ordre juridique de l'Union, sous le contrôle ultime de la Cour de justice. Voy. l'article 1 du Protocole (n° 32) relatif à l'article I-9 § 2 de la Constitution sur l'adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

[10] Article 220 CE (ex-article 164 du traité CE); article 28 § 1 du projet de Constitution.

[11] Article 292 CE (ex-article 219 du traité CE); article III-284 du projet de Constitution.

[12] Voy. C.J.C.E., 14 décembre 1991, Avis 1/91, *Rec.*, p. I-6079 ("premier avis EEE"); C.J.C.E., 10 avril 1992, Avis 1/92, *Rec.*, p. I-2821 ("second avis EEE").

[13] Avis 1/91, précité, point 40 ("la compétence de la Communauté en matière de relations internationales et sa capacité de conclure des accords internationaux comporte nécessairement la faculté de se soumettre aux décisions d'une juridiction créée ou désignée en vertu de tels accords, pour ce qui concerne l'interprétation et l'application de leurs dispositions").

oeuvrent ensemble à développer un droit commun des droits de l'homme pour le continent européen, et pourquoi il est plus adéquat d'évoquer les modalités de leur coopération que les risques d'un conflit.

I. Le cadre de la coopération entre la Cour de justice des C.E. et la Cour européenne des droits de l'homme

I.1. Les origines de la réception de la Convention européenne des droits de l'homme dans le droit de l'Union européenne

La jurisprudence inaugurée en 1969 en matière de droits fondamentaux a pour base l'ancien article 164 du traité CEE (devenu article 220 CE), qui fait mission à la Cour de justice des Communautés européennes d'assurer "le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent traité". La référence à la Convention européenne des droits de l'homme ne s'est greffée que progressivement sur cette jurisprudence. L'arrêt rendu le 17 décembre 1970 dans l'affaire *Internationale Handelsgesellschaft* se borne encore à préciser que "la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté"[14]. C'est dans un arrêt *Nold* du 14 mai 1974 que, pour la première fois, le juge communautaire mentionne parmi les sources où elle va puiser ces droits fondamentaux dont il prétend assurer le respect, à côté des "traditions constitutionnelles communes aux Etats membres", certains traités internationaux de protection des droits de l'homme. Selon la Cour, "les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré peuvent également fournir des indications (*can supply guidelines*) dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire"[15]. "Les instruments internationaux (...) auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré": l'expression peut paraître curieuse, et inutilement compliquée. Elle semble devoir s'expliquer par le moment de la ratification par la France de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette ratification eut lieu le 3 mai 1974, quelques jours seulement avant le prononcé de l'arrêt *Nold*, et alors sans doute que l'arrêt était déjà rédigé. Le choix d'une autre formule, faisant référence par exemple aux instruments internationaux dans le domaine des droits de l'homme qui lient l'ensemble des Etats membres, aurait eu pour effet paradoxal d'exclure la Convention, instrument dont, pourtant, le rôle central dans la protection des droits de l'homme sur le continent européen s'affirmait déjà avec netteté.

Il faudra patienter jusqu'à l'arrêt *Rutili* du 28 octobre 1975 pour que le juge communautaire consente une première référence explicite à la Convention européenne des droits de l'homme. En réponse à une question préjudicielle l'interrogeant sur la compatibilité avec les règles du traité de Rome relatives à la libre circulation des travailleurs d'une interdiction de séjour imposée dans certains départements français à un travailleur italien à qui ses activités syndicales étaient reprochées, la Cour de justice des C.E. note que "les limitations apportées aux Etats membres en matière de police des étrangers se présentent comme la manifestation spécifique d'un principe plus général consacré par les articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme (...), ratifiée par tous les Etats membres, et de l'article 2 du protocole n°4 à la même convention, (...) qui disposent en des termes identiques que les atteintes portées, en vertu des besoins de l'ordre et de la sécurité publics, aux droits garantis par les articles cités ne sauraient dépasser le cadre de ce qui est nécessaire à la sauvegarde de ces besoins 'dans une société démocratique'"[16]. La Convention de Rome du 4 novembre 1950 semble devoir cette reconnaissance au fait qu'elle est à ce moment ratifiée par l'ensemble des Etats membres. Il est cependant notable qu'à la date de l'arrêt, le protocole n°4 à la Convention européenne des droits de l'homme[17] n'ait été en vigueur qu'à l'égard de six seulement des huit Etats alors membres de la Communauté économique européenne. On peut voir dans ce détail davantage qu'une anecdote, ou une simple erreur d'inattention de la part des auteurs de l'arrêt : on peut y lire le symptôme du statut

[14] C.J.C.E., 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, *Rec.,* p. 1125 (point 3).
[15] C.J.C.E., 14 mai 1974, *Nold*, 4/73, *Rec.,* p. 491 (point 13).
[16] C.J.C.E., 28 octobre 1975, *Rutili*, 36/75, *Rec.,* p. 1219 (point 32).
[17] Protocole n°4 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant dans la Convention et le Protocole n°1 (*S.T.E.*, n° 46). Le Protocole n°4 n'était en vigueur en 1975 ni à l'égard de l'Italie, ni à l'égard des Pays-Bas, ces deux Etats ne l'ayant ratifié qu'en 1982.

ambigu que, depuis ces arrêts historiques des années 1969-1975, la Convention européenne des droits de l'homme a toujours eu dans le droit communautaire. A la fois reçue parfois dans l'ordre juridique communautaire comme si elle y avait force juridiquement contraignante – mais sans que l'intention soit uniquement de permettre aux Etats membres de respecter leurs obligations internationales -, et présentée dans d'autres cas comme servant de simple source d'inspiration au juge communautaire lorsque celui-ci identifie les principes généraux du droit communautaire, la Convention européenne des droits de l'homme doit la "signification particulière" que lui reconnaît le juge communautaire à cette hésitation caractéristique de l'utilisation qui en est faite.

I.2. La "signification particulière" de la Convention européenne des droits de l'homme

Depuis un peu plus de dix ans, la Cour de justice des C.E. affirme reconnaître à la Convention européenne des droits de l'homme une "signification particulière" parmi les instruments internationaux de protection des droits de l'homme auxquels les Etats membres ont adhéré[18]. L'affirmation semble renvoyer à deux caractéristiques que présente la manière dont le juge communautaire va puiser dans la Convention du 4 novembre 1950 au moment d'identifier les droits fondamentaux qu'il va faire figurer parmi les principes généraux du droit communautaire.

a) La valeur juridique de la Convention européenne des droits de l'homme en droit communautaire

Premièrement, bien que ni la Communauté européenne, ni, à plus forte raison, l'Union européenne, ne soient juridiquement obligées par la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour de justice des C.E. veille à ce que cet instrument soit respecté dans le domaine d'application du droit communautaire[19]. Cela signifie qu'elle impose le respect des droits fondamentaux dans trois circonstances. D'abord, elle contrôle le respect de la Convention européenne des droits de l'homme par les institutions des Communautés ou de l'Union européenne[20] - parmi lesquelles, naturellement, figure la Cour de justice des C.E. elle-même[21] -. En outre, elle impose aux Etats membres qu'ils respectent la Convention lorsqu'ils mettent en oeuvre ou contribuent à l'application du droit communautaire[22], ou encore lorsque la mesure qu'ils adoptent s'inscrit dans une exception que ménage

[18] C.J.C.E., 21 septembre 1989, *Hoechst AG*, aff. jtes 46/87 et 227/88, *Rec.,* p. 2859 (point 13); C.J.C.E., 18 juin 1991, *Elliniki Radiophonia Tilleorassi (ERT),* 260/89, *Rec.,* p. 2925 (point 41). L'arrêt *Hoechst* indique en effet que la Convention européenne des droits de l'homme revêt une "signification particulière" parmi les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré (voy. le point 13 de l'arrêt *Hoechst*). Pour fonder cette affirmation, la Cour de justice des C.E. renvoie "notamment" à son arrêt du 15 mai 1986 rendu dans l'affaire *Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* (aff. 222/84, *Rec.,* p. 1651). Cette référence n'emporte pas la conviction. Dans l'affaire *Johnston*, l'article 6 de la directive 76/207 du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (*J.O.C.E.,* n° L 39, p. 40), est interprété à la lumière d'un principe général du droit (imposant le droit à un recours juridictionnel pour faire valoir ses droits) dont la Cour dit qu'il "a été également consacré par les articles 6 et 13 de la convention européenne des droits de l'homme" (point 18). Par contre, l'arrêt *Johnston* ne fait pas mention d'un statut particulier qui serait à reconnaître à cet instrument parmi les principes généraux du droit communautaire.

[19] Sur la question délicate de ce qui constitue précisément ce "domaine d'application", voy. not. J. Weiler, "The European Court at a Crossroads: Community Human Rights and Member State Action", in: *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, p. 821; J. Temple Lang, "The Sphere in Which Member States are Obliged to Comply with the General Principles of Law and Community Fundamental Rights Principles", *L.I.E.I.,* 1991/2, p. 23; J. Weiler, "Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: On Standards and Values in the Protection of Human Rights", in N. Neuwahl et A. Rosas, *The European Union and Human Rights*, Martinus Nijhoff Publ., Kluwer, The Hague-Boston-London, 1995, p. 56. Voy. surtout K. Lenaerts, "Le respect des droits fondamentaux en tant que principe constitutionnel de l'Union européenne", *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 423.

[20] Voy. par ex. C.J.C.E., 5 octobre 1994, *X c. Commission des C.E.,* C-404/92 P, *Rec.,* p. I-4737.

[21] C.J.C.E., 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe c. Commission des C.E.,* C-185/95 P, *Rec.,* p. I-8417 (sanction du dépassement du délai raisonnable par le Tribunal de première instance des C.E., appelé à se prononcer sur un recours en annulation d'une décision de la Commission des C.E.).

[22] Voy. C.J.C.E., 13 décembre 1979, *Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, 44/79, *Rec.,* p. 3727; ou les concl. de l'Avocat général Jacobs préc. C.J.C.E., 13 juillet 1989, *H. Wachauf*, 5/88, *Rec.,* p. 2609, ici p. 2629 ("lorsqu'ils agissent en vertu de pouvoirs qui leurs sont conférés par le droit communautaire, les Etats membres doivent être soumis aux mêmes obligations que le

à leur bénéfice une disposition du droit communautaire[23]. Enfin, la Cour admet de la part des Etats membres qu'ils tirent argument des obligations que leur impose la Convention européenne des droits de l'homme pour limiter l'étendue des obligations que leur impose le droit communautaire[24].

Cette troisième situation dans laquelle elle peut être invoquée illustre la place spécifique qu'occupe la Convention européenne des droits de l'homme, si l'on garde à l'esprit les motifs sur lesquels pareille invocation prend appui. En effet, en attribuant aux droits fondamentaux reconnus dans la Convention européenne en tant que principes généraux de droit communautaire la fonction de contribuer à la définition des raisons impérieuses d'intérêt général que les Etats peuvent invoquer pour justifier des restrictions à certaines des libertés de circulation que reconnaît le traité de Rome, la Cour de justice des C..E. ne prend pas appui formellement sur l'article 307 CE (ancien article 234 du traité CEE), bien que cette disposition affirme le maintien des droits et obligations résultant de conventions conclues avant l'entrée en vigueur du traité de Rome à l'égard d'un Etat membre, en stipulant que les traités conclus "entre un ou plusieurs Etats membres, d'une part, et un ou plusieurs Etats tiers, d'autre part, ne sont pas affectés par les dispositions du présent traité" (al. 1er) - le traité de Rome se bornant là simplement à réitérer la règle élémentaire selon laquelle un Etat ne peut échapper à des obligations qu'il a acceptées dans un traité par la conclusion avec d'autres Etats d'un traité international postérieur. Le renvoi à un tel fondement eût d'ailleurs constitué une référence dangereuse tenu compte du libellé de cette disposition. L'alinéa 2 de l'article 307 CE impose en effet aux Etats membres de la Communauté européenne, lorsque des obligations internationales contractées antérieurement font obstacle à ce qu'ils respectent les obligations du droit communautaire, de recourir "à tous les moyens appropriés pour éliminer les incompatibilités constatées". Comme l'atteste un arrêt rendu le 4 juillet 2000 par la Cour de justice des C.E. dans les affaires *Commission c. Portugal*[25], cela peut impliquer dans le chef des Etats membres une obligation de dénoncer le traité antérieur; c'est d'ailleurs cette solution qu'avait déjà choisie la France lorsque, à propos du travail de nuit des femmes, les obligations qu'imposait à cet Etat la Convention n°89 de l'Organisation internationale du travail se sont avérées en conflit avec les obligations de la directive 76/207: la France a dénoncé, le 26 février 1992, la convention de l'O.I.T. [26] Au contraire, les droits fondamentaux reconnus parmi les principes généraux

---

législateur communautaire en toute situation qui fait intervenir le principe du respect des droits fondamentaux"), et le point 19 de l'arrêt de la Cour.

[23] C.J.C.E., 28 octobre 1975, *Rutili*, 36/75, *Rec.,* p. 1219 (point 32). Pour une position plus hésitante adoptée quelques mois plus tard, voy. C.J.C.E., 7 juillet 1976, *L. Watson et A. Belmann*, 118/75, *Rec.*, p. 1185 (point 23) (alors que l'Avocat général A. Trabucchi lui suggérait de répondre par la négative – mais de répondre -, la Cour de justice des C.E. estime ne pas devoir prendre position sur la question de savoir si l'obligation imposée aux résidents de l'Etat membre d'accueil de communiquer aux autorités publiques l'identité des étrangers qu'ils hébergent constitue une atteinte au droit au respect de la vie privée ou familiale, que garantit l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme: selon la Cour, "de telles dispositions, qui relèvent pour l'essentiel de l'ordre interne de l'Etat, ne sauraient être appréhendées sous l'angle du droit communautaire que dans la mesure où elles apporteraient indirectement une restriction à la libre circulation des personnes"; la Cour ayant plus haut dans l'arrêt constaté que les dispositions en cause n'étaient pas contraires aux règles du traité relatives à la liberté de circulation des personnes, elle en déduit ne pas devoir exercer un contrôle du respect des droits fondamentaux invoqués; c'est pratiquement priver la garantie des droits fondamentaux de tout effet utile). Voy. également C.J.C.E., 19 juin 1991, *Elliniki Radiophonia Tileorassi AE*, C-260/89, *Rec.,* p. I-2925 (points 43 et 45).

[24] Voy. C.J.C.E., 26 avril 1988, *Bond van Adverteerders et al. c. Pays-Bas*, 352/85, *Rec.,* p. 2085; C.J.C.E., 25 juillet 1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda c. Commissariaat voor de Media*, C-288/89, *Rec.,* p. I-4007; C.J.C.E., 25 juillet 1991, *Commission des C.E. c. Pays-Bas*, C-353/89, *Rec.,* p. I-4069; C.J.C.E., 3 février 1993, *Vereniging Veronica Omroep Organisatie c. Commissariaat voor de Media*, C-23/93, *Rec.,* p. I-4795. Ces décisions ont en commun d'admettre que la réglementation néerlandaise relative aux médias, si elle impose certaines restrictions à la libre prestation des services dans le but d'assurer une représentation équilibrée des différentes composantes de la société néerlandaise, peut être justifiée en tant qu'elle traduit une raison impérieuse d'intérêt général: la Cour constate en effet que le maintien du pluralisme est lié à la liberté d'expression, qui figure parmi les droits fondamentaux garantis par l'ordre juridique communautaire. Plus récemment, voy. C.J.C.E., 26 juin 1997, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertiebs GmbH c. Heinricht Bauer Verlag*, C-368/95, *Rec.,* p. I-3689 (point 18) ("...le maintien du pluralisme de la presse est susceptible de constituer une exigence impérative justifiant une restriction à la libre circulation des marchandises. En effet, ce pluralisme contribue à la sauvegarde de la liberté d'expression, telle qu'elle est protégée par l'article 10 de la covention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, laquelle liberté figure parmi les droits fondamentaux garantis par l'ordre juridique communautaire").

[25] Aff. jtes C-62/98 et 84/98.

[26] Voy. C.J.C.E., 25 juill. 1991, *Stoeckel*, C-345/89, *Rec.,* p. I-4047; C.J.C.E., 2 août 1993, *Lévy*, C-158/91, *Rec.,* p. I-4287; et C.J.C.E., 13 mars 1997, *Commission des C.E. c. Rép. française*, C-197/96). Auparavant, la Cour de justice des C.E. avait déjà

du droit communautaire – ceux notamment qu'énumère la Convention européenne des droits de l'homme – peuvent servir à identifier les "raisons impérieuses d'intérêt général" justifiant des restrictions à la libre prestation des services ou à la libre circulation des marchandises parce que ces droits énoncent des valeurs communes à l'ensemble des Etats membres, dont ceux-ci reconnaissent l'importance: l'idée n'est pas uniquement de ne pas placer les Etats membres de l'Union européenne face à des obligations internationales contradictoires, mais de manière plus positive, de constater l'accord qui existe sur ces valeurs communes, dont les engagements internationaux des Etats pris dans le domaine des droits de l'homme ne seraient que le symptôme.

Nul ne conteste que les Communautés et l'Union européennes ne sont pas, en droit, liées par les obligations que la Convention européenne des droits de l'homme impose à ses Etats parties: la thèse de la succession de la Communauté européenne aux obligations internationales des Etats membres, autrefois avancée par le juge Pescatore pour soutenir l'affirmation inverse, n'a jamais reçu le soutien politique qui aurait permis de la faire triompher[27]; et la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu très nettement que la requête qui serait dirigée contre l'Union européenne ou l'une des Communautés serait irrecevable *ratione personae*, à défaut que ces entités soient Parties contractantes à la Convention[28]. Pourtant, tout a lieu aux yeux du juge communautaire comme si les Communautés et l'Union européennes, sans être liées en droit par la Convention européenne des droits de l'homme, l'étaient en fait[29]. Depuis l'entrée en vigueur, le 1er novembre 1993, du traité de Maastricht sur l'Union européenne, la Cour de justice des C.E. est encouragée à prolonger cette jurisprudence par la consécration qu'elle a reçue dans l'article 6, § 2, du traité sur l'Union européenne (initialement article F, § 2), aux termes duquel : "L'Union respecte les droits fondamentaux,tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire". Mais l'adoption de cette disposition opère la reconnaissance d'un acquis plutôt qu'elle ne représente une avancée véritablement nouvelle: elle se borne à codifier la jurisprudence d'abord développée par la Cour de justice des C.E. à sa propre initiative. En outre, l'entrée en vigueur du traité de Maastricht n'avait pas eu pour effet de dispenser la Cour de justice des C.E. de prendre appui sur la fonction que lui attribue l'article 220 CE (ancien article 164 du traité CE), celle de veiller au respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité de Rome : en même temps que l'article 6 § 2 du traité sur l'Union européenne affirmait l'appartenance de certaines catégories de droits fondamentaux aux principes généraux du droit communautaire – en réservant d'ailleurs une place particulière à la Convention européenne des droits de l'homme, marquant encore, à la suite de la jurisprudence communautaire, sa singularité -, l'article 46 du même traité (initialement article L) soustrayait cette disposition à la compétence de la Cour de justice des C.E., d'une façon qui a pu être jugée alors quelque peu paradoxale[30].

---

eu l'occasion de préciser, à propos de l'article 234 du traité CEE (devenu art. 307 CE), que cette disposition implique dans le chef des institutions communautaires "l'obligation (...) de ne pas entraver l'exécution des engagements des Etats membres découlant d'une convention antérieure. Toutefois, cette obligation des institutions communautaires ne vise qu'à permettre à l'Etat membre concerné d'observer les engagements qui lui incombent en vertu de la convention antérieure sans, pour autant, lier la Communauté à l'égard de l'Etat membre intéressé" (C.J.C.E., 14 octobre 1980, *Attorney General c. Juan C. Burgoa*, 812/79, *Rec.,* p. 2787 (point 9); voy. aussi C.J.C.E., 18 octobre 1982, *Dorca Marina*, aff. jtes 50-58/72, *Rec.,* p. 3949 (points 6 et 7)).

[27] Voy. sur cette thèse P. Pescatore, "Les droits de l'homme et l'intégration européenne", *Cahiers de droit européen*, 1968, p. 629; P. Pescatore, "La Cour de justice des Communautés européennes et la Convention européenne des droits de l'homme", in: F. Matscher et H. Petzold (éd.), *Protection des droits de l'homme: la dimension européenne. Mélanges en l'honneur de G.J. Wiarda*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 2ième éd. 1990, p. 441, ici p. 450. Pour des commentaires de cette thèse, voy. G. Cohen-Jonathan, "La Cour de justice des Communautés européennes et les droits de l'homme", *R.M.C.,* 1978, p. 74, ici p. 96; M. Waelbroeck, "La Convention européenne des droits de l'homme lie-t-elle les Communautés européennes?", *Droit communautaire et droit national,* De Tempel, Bruges, 1965, p. 305; et, en dernier lieu, O. De Schutter et O. Lhoest, "La Cour européenne des droits de l'homme juge du droit communautaire: Gibraltar, l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme", *Cahiers de droit européen*, 2000, p. 141, ici pp. 171-178.

[28] Cour eur. D.H., arrêt *Matthews c. Royaume-Uni* du 18 février 1999, § 32.

[29] J.-P. Puissochet, "La Cour de justice et les principes généraux du droit", in: *La protection juridictionnelle des droits dans le système communautaire. Dixième Congrès de l'Union des Avocats européens*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 1, ici p. 9.

[30] Sur ces aspects du traité sur l'Union européenne, signé à Maastricht le 7 février 1992, voy. N. Neuwahl, "The Treaty on European Union: A Step Forward in the Protection of Human Rights?", in N.A. Neuwahl and A. Rosas (ed.), *The European Union and Human Rights*, The Hague-Boston-London, Martinus Nijhoff Publ., 1995, p. 1; G. Gaja, "The Protection of

Il faudra attendre cinq années supplémentaires, avec l'adoption du traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 – entré en vigueur le 1er mai 1999 – pour que soit finalement levée cette ultime ambiguïté. En apportant une modification à l'article 46 du traité sur l'Union européenne de façon à étendre la compétence de la Cour de justice des C.E. au contrôle du respect de l'article 6, § 2, du traité sur l'Union européenne, les chefs d'Etat et de gouvernement ont doté d'une base constitutionnelle explicite la jurisprudence de la Cour de justice des C.E. incluant les droits fondamentaux parmi les principes généraux du droit communautaire[31]. Mais, alors que cet endossement intervient dans le traité d'Amsterdam près de trente ans après que le principe en ait été affirmé, il demeure encore incomplet: selon les termes de l'article 46, *d*, du traité sur l'Union européenne tel que modifié par le traité d'Amsterdam, la compétence de la Cour de justice des C.E. s'étend aux actes des institutions communautaires, sans que soient mentionnés les actes des Etats membres – alors que, ainsi qu'on l'a rappelé, ceux-ci doivent respecter les principes généraux du droit communautaire dont les droits fondamentaux font partie lorsque leur intervention s'inscrit dans le domaine d'application du droit communautaire[32].

b) L'autorité de l'interprétation de la Convention par la Cour européenne des droits de l'homme

C'est cependant une seconde caractéristique de la "signification particulière" reconnue à la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence communautaire rendue en matière de droits fondamentaux qui nous intéresse surtout: dans la mesure où elle fait figurer les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme parmi les principes généraux du droit dont elle assure le respect, la Cour de justice des C.E. intègre dans cette application l'interprétation que donne de ces dispositions la Cour européenne des droits de l'homme, exactement comme si elle acceptait l'application directe de la Convention. De ce point de vue, le statut reconnu à la Convention européenne des droits de l'homme place cet instrument à part des autres instruments internationaux de protection des droits de l'homme dont la Cour de justice des C.E. a accepté de s'inspirer dans le développement des principes généraux du droit communautaire.

L'autorité ainsi reconnue à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme tiendrait-elle à la nature juridictionnelle du contrôle que cette instance exerce sur le respect par les Parties contractantes à la Convention européenne de sauvegarde, plutôt qu'à la place particulière qu'occupe cet instrument dans l'identification des principes généraux du droit communautaire? Dans un passage de son arrêt *Grant c. South-West Trains Ltd.* du 17 février 1998, la Cour de justice affirme au contraire ne pas être tenue de s'aligner sur la signification que le Comité des droits de l'homme semblait avoir reconnue à la notion de "discrimination fondée sur le sexe", telle qu'elle figure aux articles 2 et 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, cette notion ayant été interprétée largement par le comité comme recouvrant les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. Selon la Cour de justice des C.E., "cet organe, *qui n'est d'ailleurs pas une instance juridictionnelle et dont les constatations sont dépourvues de valeur juridique contraignante*, s'est borné à [faire une observation en ce sens, sans motivation particulière]" (notre accent). Pareille "observation", "qui ne semble d'ailleurs pas refléter l'interprétation généralement admise à ce jour de la notion de discrimination fondée sur le sexe contenue dans différents instruments internationaux concernant la protection des droits fondamentaux", ne saurait selon le juge communautaire avoir pour conséquence d'élargir la portée de l'article 119 du traité CE (devenu article 141 CE), et d'étendre par le biais d'une telle

---

Human Rights under the Maastricht Treaty", in : R. Lawson & M. de Blois (eds.), *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe. Essays in Honour of H.G. Schermers*, Dordrecht-Boston-London, Martinus Nijhoff Publ., 1994, p. 548.

[31] Pour des commentaires, M. Wathelet, "La Cour de justice: acteur et objet des réformes du traité d'Amsterdam", et O. De Schutter, "Le droits fondamentaux dans le traité d'Amsterdam", in: Y Lejeune (dir.), *Le traité d'Amsterdam. Espoirs et déceptions*, Bruxelles, Bruylant, 1998, respectivement p. 127 et p. 153; A. Albors-Llorens, "Changes in the Jurisdiction of the European Court of justice under the Treaty of Amsterdam", *C.M.L. Rev.,* 1998, p. 1273. Ainsi que P. Wachsmann, "Les droits de l'homme", *R.T.D.E.* (n° spécial consacré au traité d'Amsterdam), 1997, p. 883.

[32] Voy. C.J.C.E., ord. du 4 février 2000, *Emesa*, points 8 et 9, où la Cour estime que les principes de sa jurisprudence ont été "repris dans l'article 6, § 2, UE".

interprétation le champ d'application des règles du traité[33]. Mais le véritable motif d'un tel refus n'est pas, comme la lecture superficielle de ces attendus pourrait le donner à penser, que le comité des droits de l'homme, chargé de veiller au respect des obligations qu'impose le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ne constituerait pas un véritable organe juridictionnel, alors qu'aurait au contraire cette qualité la Cour européenne des droits de l'homme. Ni dans un cas ni dans l'autre, il ne saurait en effet être question pour le juge communautaire d'être tenu de reconnaître la "valeur juridique contraignante" des décisions prises par ces organes, pareille valeur faisant défaut à l'égard de l'Union européenne ou de ses institutions que ces instruments ne lient pas : pour autant que le juge communautaire s'oblige à s'aligner sur l'interprétation que donnent le comité des droits de l'homme et la Cour européenne des droits de l'homme, respectivement, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et de la Convention européenne des droits de l'homme, c'est uniquement en raison d'un choix, qu'il pose librement, d'opérer ou non au sein des principes généraux du droit communautaire la réception matérielle de chacun de ces deux instruments, en y incluant la jurisprudence qui, dans l'ordre juridique international, contribue à en élucider la signification. Le refus de la Cour de justice des C.E., dans l'affaire *Grant*, de faire concorder son interprétation de l'article 119 du traité CE (devenu article 141 CE) avec la jurisprudence du comité des droits de l'homme s'explique non par la nature du contrôle opéré par cet organe, mais plutôt par trois autres facteurs, dont le poids paraît avoir été autrement décisif: cette jurisprudence présentait encore un caractère peu affirmé dans le chef du comité lui-même; il ne s'agissait pas, dans l'affaire *Grant*, de faire application de l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques en faisant figurer cet instrument parmi les principes généraux du droit communautaire, mais plutôt d'infléchir la lecture d'une disposition du droit communautaire primaire (l'article 119 du traité CE) en procédant par analogie avec la démarche suivie par le comité des droits de l'homme, si bien que la référence aux règles du Pacte n'était qu'indirecte; enfin, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, s'il a influencé sur certains points le développement de la jurisprudence communautaire dans le domaine des droits fondamentaux, ne s'est pas pour autant vu reconnaître la "signification particulière" que revêt à la Convention européenne des droits de l'homme. Il paraît bien, par conséquent, que ce soit le statut particulier de la Convention dans l'ordre juridique communautaire qui incite la Cour de justice des C.E. à inclure, dans l'application qu'elle en fait, l'interprétation autorisée qu'en fournit la Cour européenne des droits de l'homme.

De même que les explications que la Cour de justice des C.E. avance à l'appui de son refus de tenir compte de l'interprétation que le Comité des droits de l'Homme propose du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne sauraient masquer le statut privilégié de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique communautaire – qui vaut à cette Convention d'y recevoir application avec l'interprétation qu'en fait la Cour européenne des droits de l'homme -, de même on aurait tort de prendre à la lettre l'argument avancé par l'Avocat général Jacobs dans ses conclusions rendues dans l'affaire *Albany*, selon laquelle la « structure » de la Charte sociale européenne du 18 octobre 1961 serait telle « que les droits dont elle fait mention représentent plus des objectifs politiques que des droits contraignants, et les Etats signataires ne sont tenus que de choisir, parmi ceux énoncés, les droits qu'ils décident de protéger »[34]. Ici encore, la justification avancée à l'appui d'une minorisation du statut que peuvent se voir accorder parmi les principes généraux du droit communautaire les instruments internationaux de protection des droits de l'homme autres que la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas pleinement convaincante. Il est vrai que les Etats parties à la Charte sociale européenne choisissent, dans le respect de certaines limites, les droits

[33] C.J.C.E., 17 février 1998, *L. Grant c. South-West Trains Ltd.,* C-249/96, *Rec.,* p. I-636 (points 46 et 47).

[34] Conclusions du 28 janvier 1999 préc. C.J.C.E., 21 septembre 1999, *Albany International BV*, C-67/96, *Rec.*, p. I-5751, ici p. 5790. L'on notera qu'à plusieurs reprises, la Cour de justice des C.E. a puisé son inspiration dans la Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe, afin d'y adosser son interprétation du droit communautaire: voy. C.J.C.E., 15 juin 1978, *G. Defrenne c. Sabena ("Defrenne III"),* 149/77, *Rec.,* p. 1365 (point 28) (notion de rémunération, aux fins de l'application de la règle de l'égalité des rémunérations entre hommes et femmes que prévoit l'article 119 du traité CEE (devenu, après modification, article 141 CE)); C.J.C.E., 2 février 1988, *V. Blaizot c. Univ. de Liège et al.*, (point 17) (sur la notion de "formation professionnelle" et son extension à l'enseignement universitaire); ainsi que – bien que la référence au droit international des droits de l'homme ne remplisse ici qu'une fonction subsidiaire dans l'interprétation des exigences du droit communautaire -, T.P.I., 28 janvier 1992, *A. Speybrouck c. Parlement européen,* T-45/90, *Rec.,* p. II-33 (point 49) (licenciement d'une femme enceinte).

de celle-ci au respect desquels ils s'obligent internationalement, en se soumettant aux mécanismes de contrôle que la Charte prévoit. Mais la technique ne diffère pas fondamentalement de celle des réserves étatiques émises au moment de l'adhésion à un instrument international, ou de celle des protocoles facultatifs additionnels à certains traités internationaux, comme la Convention européenne des droits de l'homme. Un Etat n'est jamais obligé internationalement que par les normes auxquelles il a consenti: ce qui importe n'est cependant pas qu'il ait eu à choisir au départ d'être lié ou non, mais qu'une fois l'engagement international valablement exprimé, l'instrument international soit en vigueur à l'égard de l'Etat – indépendamment de la "structure" particulière des engagements étatiques qu'elle prévoit, la Charte sociale européenne n'est pas moins obligatoire, pour les Etats qu'elle lie, que tout autre instrument international quelconque. Il aurait été plus conforme à la réalité d'admettre que, pour des motifs aussi bien juridiques que politiques, et parce que beaucoup des droits énoncés dans la Charte sociale européenne appellent de la part des Etats parties des mesures de mise en oeuvre, ce texte ne saurait figurer parmi les principes généraux du droit communautaire au même rang que la Convention européenne des droits de l'homme: les prescrits essentiellement négatifs de celle-ci en rendent l'application plus aisée, en effet, sans qu'il en découle des modifications entre les compétences respectives de la Communauté européenne et des Etats membres[35].

Ainsi, appartient de la "signification particulière" de la Convention européenne des droits de l'homme dans le droit communautaire, l'incorporation dans les dispositions de la Convention, lorsque le juge communautaire fait application de celles-ci, de l'interprétation qu'en fournissent les organes de surveillance de la Convention. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée solenellement en ouverture du sommet de Nice le 7 décembre 2000[36], ne fait qu'apporter une confirmation sur ce point, là où elle prévoit 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" (article 52, § 3, de la Charte). Dans les explications qu'il propose de cette disposition, le Présidium de la convention ayant élaboré la Charte des droits fondamentaux précise que "le sens et la portée des droits garantis sont déterminés non seulement par le texte de ces instruments, mais aussi par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et par la Cour de justice des Communautés européennes"[37]. Et pour faciliter l'utilisation de cette clause, le Présidium joint à ses explications deux listes: celle des "articles de la Charte dont le sens et la portée sont les mêmes que les articles correspondants de la CEDH"; et celle des articles "dont le sens est le même que les articles correspondant de la CEDH, mais dont la portée est plus étendue". On peut sans doute contester, sur tel ou tel point, l'énumération que contient cette liste, l'idée générale n'en est pas moins claire, et mérite d'être approuvée: surtout dans un contexte où, par la médiation de la responsabilité internationale de ses Etats membres, le droit de l'Union européenne est soumis au contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme[38], la jurisprudence de celle-ci doit être prise en considération au moment où il est demandé de la Cour de justice des C.E. qu'elle veille au respect de droits fondamentaux qui, en même temps qu'ils sont reconnus dans l'ordre juridique communautaire, correspondent à une garantie de la Convention européenne des droits de l'homme ou de ses protocoles additionnels. Ainsi, à défaut d'exercer formellement une force obligatoire, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – dès lors qu'elle constitue la trace la plus fidèle de la signification des dispositions de la Convention dont elle a la garde – en vient à contribuer à la mise à jour progressive des principes généraux du droit communautaire dont la Cour de justice des C.E. assure le respect en vertu de l'article 220 CE.

---

[35] Sur le lien entre l'inclusion des droits sociaux parmi les principes généraux du droit communautaire et l'évolution de la répartition des compétences entre la Communauté européenne et les Etats membres, voy. O. De Schutter, "Les droits et principes sociaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne", in: J.-Y. Carlier et O. De Schutter (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

[36] *J.O.C.E.* n° C 364 du 19.12.2000, p. 1.

[37] CHARTE 4473/1/00, CONVENT 49.

[38] Voy. ci-dessous, III.

I.3. L'application de la Convention européenne des droits de l'homme dans le contexte de la Communauté ou de l'Union européennes

Réception matérielle de la Convention européenne des droits de l'homme dans le domaine d'application du droit communautaire, d'une part; application de la Convention européenne des droits de l'homme en tenant compte de l'interprétation qu'en donne la Cour européenne des droits de l'homme, d'autre part : telles sont les deux caractéristiques que présente le statut de la Convention européenne des droits de l'homme parmi les principes généraux du droit communautaire. Sans doute, on en relativisera la portée en notant que, selon la formule qui figure habituellement sous la plume de la Cour de justice des C.E., "les droits fondamentaux reconnus par la Cour n'apparaissent (...) pas comme des prérogatives absolues, mais doivent être pris en considération par rapport à leur fonction dans la société. Par conséquent, des restrictions peuvent être apportées à l'exercice de ces droits (...), à condition que ces restrictions répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté et ne constituent pas, compte tenu du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable, qui porterait atteinte à la substance même de ces droits"[39]. C'est ainsi "dans le cadre de la structure et des objectifs *de la Communauté*" que le juge communautaire évalue si les restrictions apportées aux droits fondamentaux visent bien un objectif d'intérêt général, sont bien proportionnées à la réalisation de cet objectif, et ne portent pas atteinte à la substance de ces droits. De façon plus nette encore, le Tribunal de première instance des C.E. a parfois précisé que l'on ne saurait "se fonder directement sur la CEDH devant le juge communautaire", ou bien qu'il "n'est pas compétent pour apprécier la légalité d'une enquête en matière de droit de la concurrence au regard des dispositions de la CEDH, dans la mesure où celles-ci ne font pas partie en tant que telles du droit communautaire"[40]. Par ces termes, il souligne sans doute que c'est au regard du contexte propre du droit communautaire que doivent être appréciées les éventuelles atteintes aux droits fondamentaux invoqués. Mais ces formulations sont également une manière de reconnaître que le juge communautaire n'est pas maître de l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, la tâche de définir les exigences des dispositions de celle-ci revenant, exclusivement, à la Cour qu'elle institue.

D'une certaine manière, se trouve ainsi compensée – sur le plan de l'*application* des droits fondamentaux dans le contexte du droit communautaire, et notamment à travers le recours au critère de la proportionnalité lorsqu'il s'agit d'évaluer l'admissibilité des restrictions qui lui sont apprortées – ce qui – sur le plan de l'*interprétation* des droits puisés à la Convention européenne de sauvegarde – serait sinon perçu comme une subordination de la Cour de justice des C.E. à la Cour européenne des droits de l'homme, lorsque ces droits sont invoqués devant elle[41]. Encore serait-il plus approprié de purger ici notre vocabulaire de toute connotation de hiérarchie entre les juridictions européennes. Car pas plus qu'il ne saurait ici être question d'une véritable subordination – c'est d'une répartition des tâches qu'il s'agit plutôt -, il ne faut voir dans l'attitude de la Cour de justice des C.E. une quelconque défiance vis-à-vis de la Cour européenne des droits de l'homme, lorsque c'est au regard du contexte propre des Communautés que le juge communautaire se prononce sur l'existence ou non d'une violation des droits fondamentaux. D'abord parce qu'il est parfaitement naturel, pour le juge de la Communauté, de se rapporter à ce contexte, et de prendre en compte "la structure et les objectifs" de la

[39] C.J.C.E., 13 juill. 1989, *H. Wachauf*, 5/88, *Rec.,* p. 2609 (point 18); également C.J.C.E., 11 juill. 1989, *H. Schräder HS Kraftfutter GmbH & Co KG,* 265/87, *Rec.,* p. 2237 (point 15); C.J.C.E., 22 octobre 1991, *G. von Seetzen*, C-44/89, *Rec.,* p. 5119 (point 28). Et voy. déjà C.J.C.E., 13 déc. 1979, *L. Hauer c. Land Rheinland-Pfalz,* 44/79, *Rec.,* p. 3727 (point 29).

[40] T.P.I., 14 mai 1998, *Mayr-Melnhof c. Commission*, T-347/94, *Rec.,* p. II-1751 (point 311); T.P.I., 20 février 2001, *MannesmannröhrenWerke AG*, T-112/98 (points 59 et 75).

[41] Parmi de nombreux exemples, voy. dans la jurisprudence récente T.P.I., 2 octobre 2001, *J.-Cl. Martinez et al. c. Parlement européen*, aff. jtes T-222/99, T-327/99 et T-329/99, point 232, où le Tribunal de première instance des C.E., à propos de la reconnaissance de groupes politiques au sein du Parlement européen, fait référence à l'arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique* rendu le 23 juin 1981 par la Cour européenne des droits de l'homme (Série A, n°43) ("...même en admettant que [le principe de la liberté d'association] ait vocation à s'appliquer au niveau de l'organisation interne du Parlement, il convient de souligner qu'il ne revêt pas un caractère absolu. L'exercice du droit d'association peut être assorti de restrictions répondant à des motifs légitimes, pour autant que de telles restrictions ne constituent pas, compte tenu du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même de ce droit").

Communauté dont il est l'organe juridictionnel[42]. Mais en outre, parce que le caractère généralement très contextualisé de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – où le dispositif auquel parvient la Cour dépend le plus souvent d'éléments de fait propres à chaque espèce qui lui est soumise, et dont il n'est jamais aisé de tirer des enseignements généraux – oblige le juge communautaire à procéder ainsi : les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ne fournissent que des informations parcellaires sur la transposition dont ils peuvent faire l'objet dans des espèces présentant des différences significatives par rapport à celles à l'occasion desquelles ils sont rendus, et obligent ainsi le juge communautaire à faire des choix auxquels il serait malhonnête de prétendre pouvoir se dérober[43].

II. Les mécanismes de la coopération entre la Cour de justice des C.E. et la Cour européenne des droits de l'homme

II.1. Les divergences d'interprétation entre la Cour de justice des C.E. et la Cour européenne des droits de l'homme

Tels sont les principes qui fournissent le cadre de notre examen. Le premier avantage de les rappeler est qu'ils permettent de relativiser la difficulté que représenterait l'existence de divergences d'interprétation entre les deux juridictions européennes. De manière générale, les observateurs de cette matière ont largement exagéré l'ampleur de cette difficulté. Sauf pour ce qui concerne le contrôle exercé par la Cour européenne des droits de l'homme sur ses décisions – point certes très important mais qui ne saurait occulter tous les autres -, la Cour de justice des C.E., gardienne des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne, se situe par rapport à la Cour européenne des droits de l'homme dans une position homologue à celle qu'occupent, par rapport à cette juridiction, les juridictions supérieures des Etats parties à la Convention européenne des droits de l'homme. Comme ces juridictions nationales le font aujourd'hui de manière systématique[44], le juge communautaire se conforme à l'interprétation que la Cour européenne des droits de l'homme donne de la Convention européenne des droits de l'homme lorsqu'il applique cet instrument. Cette interprétation est pour lui obligatoire, en vertu du droit de l'Union européenne sinon de la Convention européenne des droits de l'homme elle-même.

Les précédents habituellement cités à l'appui de la thèse selon laquelle les conflits d'interprétation entre les juridictions européennes seraient en train de se multiplier ne sont pas convaincants. Les commentateurs qui aboutissent à cette conclusion confondent avec un refus de la part de la Cour de justice des C.E. de se conformer à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – refus qu'elle n'a jamais opposé -, les indéniables difficultés qui résultent, précisément, de l'attitude inverse, c'est-à-dire d'un souci du juge communautaire, lorsqu'il applique la Convention, de tenir compte de l'interprétation qui en est donnée par les organes de contrôle de cet instrument. Car le souci de se conformer à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ne signifie pas qu'une interprétation autorisée de cette juridiction soit toujours disponible: lorsque, à propos de telle question qui lui est soumise, le juge communautaire ne dispose pas d'une jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il lui faudra anticiper sur l'attitude qui pourrait être celle de cette

[42] En ce sens, F. Sudre, "La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam: vers un nouveau système européen des droits de l'homme", *La Semaine juridique*, janvier 1998, n°1 et 2, p. 12.

[43] Voy. par exemple les difficultés qu'éprouve l'Avocat général M. N. Fennelly, dans ses conclusions présentées le 15 juin 2000 dans l'affaire *Rép. féd. d'Allemagne c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne* (aff. C-376/98), à interpréter la portée de l'arrêt *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande* rendu le 29 octobre 1992 par la Cour européenne des droits de l'homme, alors que la Cour de justice des C.E. avait à se prononcer sur un recours en annulation introduit contre une directive portant sur la publicité pour le tabac (directive 98/43/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 juillet 1998, concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac) dont l'Allemagne alléguait notamment qu'elle était contraire aux exigences de la liberté d'expression (points 152 à 176 des conclusions). La Cour de justice des C.E. fait droit au recours dans un arrêt du 5 octobre 2000, sans prendre position sur ce moyen invoqué par l'Etat requérant.

[44] Voy. déjà J. Velu, "A propos de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme: vues de droit comparé sur des évolutions en cours", in: *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux,* Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 527.

dernière juridicition, au risque de subir par la suite un démenti. Et sa volonté de s'aligner sur cette interprétation n'exclut pas davantage que, procédant par voie de distinctions, selon la technique classique qui régit l'utilisation des précédents judiciaires comme source de droit, il soit tenu parfois d'interpréter les enseignements qui se dégagent des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, lorsque de tels arrêts sont invoqués devant lui.

a) L'invocabilité du droit au respect du domicile par les personnes morales

Le débat qui a porté sur l'invocabilité par les personnes morales des garanties de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme – et notamment du droit au respect de la vie privée et du droit au respect du domicile – en fournit une première illustration. Dans un arrêt *National Panasonic* du 26 juin 1980, la Cour de justice des C.E. avait prudemment laissé ouverte la question de savoir si une entreprise pouvait revendiquer le bénéfice de cette disposition, et obliger ainsi la Commission des Communautés européennes, dans le cadre de l'exercice des pouvoirs de vérification que lui reconnaît le règlement n°17/62 lorsqu'elle conduit des enquêtes en matière de concurrence, à respecter certaines garanties : la Cour s'était bornée à relever que l'article 8 de la Convention, "pour autant qu'il s'applique à des personnes morales" - ce que la Commission des Communautés européennes avait mis en doute devant la Cour -, n'exclut pas que certaines ingérences soient commises dans les droits qu'il garantit, et en avait déduit - au terme d'un simple rappel des fins que sert la reconnaissance à la Commission de certains pouvoirs de vérification, et sans même examiner la proportionnalité de ces pouvoirs – que le règlement n° 17/62 ne comporte aucune atteinte au droit invoqué par la société requérante[45]. Dans l'affaire *Hoechst* sur laquelle elle se prononce une dizaine d'années plus tard, la Cour de justice des C.E. est nettement moins timorée. La société requérante ayant invoqué le bénéfice de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme dans des circonstances comparables à celles où s'était trouvée la société National Panasonic dans l'affaire précédente, la Cour dit que si le droit à l'inviolabilité du domicile peut être invoqué par des personnes physiques, il ne peut l'être par des entreprises : l'article 8 de la Convention aurait en effet pour objet "le domaine d'épanouissement de la liberté personnelle de l'homme", ce qui semble à la Cour attesté par le lien que fait l'article 8, § 1er, entre droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et la correspondance; il "ne saurait donc être étendu aux locaux commerciaux". Mais la Cour de justice des C.E. exprime ce point de vue seulement après avoir constaté "l'absence d'une jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à cet égard"; au surplus, elle ajoute aussitôt que, bien que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme n'offre à l'entreprise aucune protection – ce qui a pris de surprise certains observateurs[46] -, "les interventions de la puissance publique dans la sphère d'activité privée de toute personne, qu'elle soit physique ou morale, doivent avoir un fondement légal et être justifiées par les raisons prévues par la loi", de manière telle que constitue un principe général de droit communautaire la "protection face à des interventions qui seraient arbitraires ou disproportionnées"[47].

Or, il semble difficile de contester la vérité de la première affirmation[48]. Le 30 mars 1989, la Cour européenne des droits de l'homme avait bien rendu un arrêt *Chappell c. Royaume-Uni*[49], dans lequel

[45] C.J.C.E., 26 juin 1980, *National Panasonic (UK) Ltd. c. Commission des C.E.,* 136/79, *Rec.,* p. 2033 (points 19-20).

[46] Dans des conclusions présentées le 18 mai 1989 par l'Avocat général M. Darmon, celui-ci, faisant référence à un arrêt rendu par le Cour de justice le 14 avril 1960 (*Acciaieria di Brescia*), estimait que malgré la formule dubitative de l'arrêt *National Panasonic*, "la tendance de votre jurisprudence [celle de la Cour de justice des C.E.] est de ne pas exclure la prise en compte des dispositions de la convention à l'égard des entreprises en droit de la concurrence pour le seul motif qu'elles seraient des personnes morales" (concl. préc. C.J.C.E., 18 octobre 1989, *Orkem c. Commission des C.E.*, 374/87, *Rec.,* p. 3283, ici p. 3340).

[47] C.J.C.E., 21 septembre 1989, *Hoechst AG*, précité, ici points 17 à 19. Dans le même sens, voy. C.J.C.E., 17 octobre 1989, *Dow Benelux NV c. Commission des C.E.,* 85/87, *Rec.,* p. 3137 (points 29-30); ainsi que C.J.C.E., 17 octobre 1989, *Dow Chemical Iberica, SA et al., c. Commission des C.E.,* aff. jtes 97 à 99/87, *Rec.,* p. 3165 (points 34 à 36).

[48] En sens contraire, voy. cependant R. Lawson, "Confusion and Conflict? Diverging Interpretations of the European Convention on Human Rights in Strasbourg and Luxembourg", in R. Lawson & M. de Blois (eds.), *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe. Essays in Honour of H.G. Schermers*, Dordrecht-Boston-London, Martinus Nijhoff Publ., 1994, vol. III, p. 219, ici p. 245; et D. Spielmann, "Human Rights Case Law in the Strasbourg and Luxembourg Courts: Conflicts, Inconsistencies, and Complementarities", in: Ph. Alston (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford, Oxford

elle avait examiné, au regard du principe de l'inviolabilité du domicile, la compatibilité avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme d'une perquisition effectuée simultanément au domicile privé du requérant et dans ses locaux professionnels. Elle avait donc étendu la protection de l'article 8 de la Convention aux locaux professionnels. Par contre, elle n'avait pas eu à prendre position sur l'invocabilité ou non de cette disposition par une personne morale, le requérant devant elle étant une personne physique[50]. Et quant à la seconde affirmation faite par la Cour de justice des C.E. dans l'arrêt *Hoechst*, selon laquelle toute personne physique ou morale doit être protégée face à des interventions démesurées de la puissance publique, elle illustre non pas la réalité du risque d'un conflit avec l'interprétation par la Cour européenne des droits de l'homme de la Convention européenne, mais au contraire le fait – sur lequel l'on reviendra – que, bien qu'elle se considère tenue de ne pas réduire le niveau de protection des droits fondamentaux qu'elle garantit en-deça des standards de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour de justice des C.E. ne s'interdit pas de garantir ces droits fondamentaux à un niveau plus élevé, c'est-à-dire d'aller au-delà du seuil minimal que ces standards représentent.

b) Le droit des entreprisesdeà ne pas être tenues de témoigner contre elles-mêmes

On ne saurait sans mauvaise foi prétendre tirer une conclusion différente de l'examen des arrêts rendus par les deux juridictions européennes sur la question du droit de ne pas avoir à témoigner contre soi-même. Dans l'arrêt *Orkem* du 18 octobre 1989, la Cour de justice des C.E. estime que même "en admettant [que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme] puise être invoqué par une entreprise objet d'une enquête en matière de droit de la concurrence, il convient de constater qu'il ne résulte ni de son libellé ni de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que cette disposition reconnaisse un droit de ne pas témoigner contre soi-même"[51]. Ce faisant, la Cour ne s'aligne en aucune manière sur le point de vue avancé par son Avocat général M. Darmon, qui estimait dans ses conclusions précédant l'arrêt que la Cour de justice des C.E. pourrait "retenir, à propos de dispositions de la Convention, une interprétation qui ne coïnciderait pas exactement avec celle donnée par (...) la Cour européenne des droits de l'homme. Elle n'est pas liée, en ce sens qu'elle n'a pas à reprendre systématiquement en compte, au titre des droits fondamentaux du droit communautaire, la teneur des interprétations de la convention émanant [de la Cour de Strasbourg]"[52]. Si elle aboutit bien à la conclusion que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ne fait pas obstacle à ce qu'une entreprise puisse être tenue de délivrer des documents compromettants pour elle dans le cadre d'une enquête pour infraction au droit de la concurrence, l'attitude de la Cour de justice des C.E. est fondée, non pas une lecture de cette disposition qui serait indépendante de l'interprétation qu'en donne la Cour européenne des droits de l'homme, mais uniquement sur l'absence d'une indication contraire dans la jurisprudence de cette dernière juridiction. D'ailleurs, tout en formulant l'opinion que

---

Univ. Press, 1999, p. 757, ici pp. 767-769. Ces auteurs confondent cependant la question de savoir si la protection que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme offre au domicile et à la vie privée s'étend, respectivement, à la protection des locaux commerciaux et de l'individu qui se meut dans la sphère des rapports professionnels, avec la question de savoir si la personne morale peut, au même titre que la personne physique, revendiquer la protection de cette disposition. Or c'est d'abord à cette dernière question que la Cour de justice des C.E. répond par la négative dans l'affaire *Hoechst*. Dans ses conclusions du 21 février 1989 portant notamment sur les affaires *Hoechst*, l'Avocat général J. Mischo avait estimé que la question posée à la Cour était, précisément, " de savoir si ce principe [du droit à l'inviolabilité du domicile] protège également les locaux professionnels des personnes morales et quelles doivent être, en pareil cas, l'étendue et les modalités de cette protection" (point 100 des concl., *Rec.,* ici p. 2892).

[49] Cour eur. D.H., arrêt *Chappell c. Royaume-Uni* du 30 mars 1989 (Série A, n° 152).

[50] Pour ce même motif, il semble incorrect de considérer que dans l'arrêt *Niemietz c. Allemagne* du 16 décembre 1992 (Série A, n° 251-B), la Cour européenne des droits de l'homme apporte un démenti à l'arrêt *Hoechst* de la Cour de justice des C.E. : ici encore, la Cour européenne des droits de l'homme était amenée à se prononcer sur la protection qu'offre l'article 8 de la Convention à une personne physique – en l'occurence, à un avocat au cabinet duquel une persquisition avait été ordonnée. Sur cet arrêt, voy. P. Lambert et Fr. Rigaux, "Perquisition au cabinet d'un avocat et droit au respect de la vie privée, de la correspondance et du domicile", *Rev. trim. dr. h.,* 1993, p. 467. Pour une présentation différente, qui insiste plutôt sur la contradiction qui existerait entre ces deux jurisprudences, voy. P. Wachsmann, "Les droits de l'homme", op. cit., p. 178, n. 8.

[51] C.J.C.E., 18 octobre 1989, *Orkem c. Commission des C.E.,* 374/87, *Rec.,* p. 3283 (point 30).

[52] Voy. les conclusions précitées du 18 mai 1989, ici point 140 des concl., *Rec.,* p. 3338. La position de M. Darmon se fondait en particulier sur la formule, en effet peu compromettante, de l'arrêt *Nold* du 14 mai 1974 ("les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré *peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire*" (notre accent)).

la Cour de justice des C.E. ne serait pas tenue de suivre l'interprétation faite par la Cour européenne des droits de l'homme des dispositions de la Convention européenne de sauvegarde lorsqu'elle s'inspire de ces dispositions, M. Darmon notait que dans l'espèce qui lui était soumise, le juge communautaire se trouvait "d'autant moins lié (...) qu'*aucune* interprétation autorisée de la convention n'a été donnée dont il résulterait que la matière des infractions administratives au droit de la concurrence donnerait lieu à l'application des paragraphes 2 et 3 de l'article 6 ou que ces dispositions consacreraient, dans une telle matière, le droit à ne pas témoigner contre soi-même"[53] – et ses conclusions prennent appui, de manière abondante, sur la jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme, au même moment où il en nie le caractère obligatoire en droit communautaire.

Comme l'on sait, à partir de l'arrêt *Funke c. France* du 25 février 1993, la Cour européenne des droits de l'homme a effectué une lecture de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme qui l'a conduit à inclure au sein des garanties qu'offre cette disposition le droit de ne pas être tenu de témoigner contre soi-même dans le cadre de procédures pénales[54]. Il serait cependant d'autant plus incorrect de déduire de cette évolution que cette matière serait le siège d'un "conflit" entre les deux juridictions que, dans l'affaire *Orkem*, l'affaire *Funke* avait déjà été évoquée, alors qu'elle venait de donner lieu à l'époque (1989) à une première décision de recevabilité de la Commission européenne des droits de l'homme : l'avocat général M. Darmon avait considéré à cet égard que les suites de l'affaire *Funke* seraient "sûrement très intéressante(s) quant au problème qui nous préoccupe ici. Mais, dans l'état actuel de la jurisprudence des instances mises en place par la convention, l'opinion selon laquelle l'article 6 de ce texte consacre (...) le droit de ne pas témoigner contre soi-même a encore un caractère exclusivement doctrinal"[55]. Mieux encore, lorsque, dans l'affaire *Saunders c. Royaume-Uni* du 17 décembre 1996, la Cour européenne des droits de l'homme affirme que "même si l'article 6 de la Convention ne le mentionne pas expressément, le droit au silence et – l'une de ses composantes – le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au coeur de la notion de procès équitable", elle semble avoir été influence par la référence que le requérant devant elle avait fait à l'arrêt *Orkem* de la Cour de justice des C.E.[56] En effet, tout en n'identifiant pas ce principe au sein de l'article 6 de la Convention, l'arrêt *Orkem* du 18 octobre 1989 avait considéré que l'obligation pour la Commission des Communautés européennes de respecter les droits de la défense de l'entreprise faisait obstacle à ce qu'elle impose à l'entreprise l'obligation de fournir des réponses la conduisant à faire l'aveu d'une infraction dont la charge de la preuve appartient à la seule Commission[57] : comme dans l'affaire *Hoechst*, à défaut de disposer d'une jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme offrant une protection au droit revendiqué devant elle, la Cour de justice des C.E. a pu identifier ce droit en puisant dans les ressources propres des principes généraux du droit communautaire. Nous avons ici le contraire même d'une concurrence entre les juridictions européennes, ou à plus forte raison d'un conflit entre elles: en réalité, ces juridictions participent à une oeuvre commune, celle de l'élucidation progressive des droits fondamentaux énoncés dans la Convention européenne des droits de l'homme à laquelle elles contribuent chacune pour sa part dans un contexte institutionnel propre.

c) Le principe du contradictoire dans le cadre de la procédure devant la Cour de justice des Communautés européennes

[53] Conclusions précitées du 18 mai 1989, ici point 140 des concl., *Rec.,* p. 3338. L'accent est placé par M. Darmon lui-même.
[54] Cour eur. D.H., arrêt *Funke c. France* du 25 février 1993, Série A n° 256-A, § 44.
[55] Conclusions précitées du 18 mai 1989, ici point 133 des concl., *Rec.,* p. 3336.
[56] Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Saunders c. Royaume-Uni* du 17 décembre 1996, § 60, pour la référence à la jurisprudence *Orkem* de la Cour de justice des C.E. (et voy. aussi, pour une réitération de cette jurisprudence, C.J.C.E., 10 novembre 1993, *Otto BV c. Postbak NV*, C-60/92, *Rec.,* p. 5683). Si cette jurisprudence est invoquée ici alors que l'arrêt *Funke* de 1993 se borne à la mentionner, et qu'un arrêt *John Murray c. Royaume-Uni* du 8 février 1996 n'y fait quant à lui aucune allusion, c'est sans nul doute en raison de la proximité que présente l'affaire *Saunders*, du point de vue de la question matérielle qui s'y trouvait posée, avec le droit communautaire de la concurrence.
[57] C.J.C.E., 18 octobre 1989, *Orkem c. Commission des C.E.,* précité, points 34 et 35.

Même la fameuse ordonnance rendue par la Cour de justice des C.E. le 4 février 2000 dans l'affaire *Emesa Sugar* ne paraît pas de nature à modifier le point de vue selon lequel cette juridiction s'estime liée par l'interprétation que la Cour européenne des droits de l'homme fournit de la Convention dont elle a la garde. Dans cette ordonnance, la Cour de justice des C.E. rejette la demande, formulée par Emesa Sugar, de pouvoir déposer des observations écrites à la suite des conclusions présentées par l'Avocat général M. Ruiz-Jarabo Colomer dans une affaire résultant d'une question préjudicielle posée à la Cour par une juridiction néerlandaise. A l'appui de sa demande, Emesa Sugar invoquait la règle posée par la Cour européenne des droits de l'homme au départ de ses arrêts *Vermeulen c. Belgique* et *Lobo Machado c. Portugal* du 20 février 1996, selon laquelle l'impossibilité pour l'accusé dans le cadre d'une procédure pénale ou la partie d'un procès civil de répondre aux conclusions du ministère public avant la clôture de l'audience constitue une violation du principe du contradictoire, ce principe impliquant en effet "la faculté pour les parties à un procès (...) de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge, même par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision, et de la discuter"[58] . La Cour de justice des C.E. estime cependant que cet enseignement n'est pas transposable à la situation créée par son statut et par son règlement de procédure, qui résultent en l'impossibilité pour les parties, à moins que la Cour décide la réouverture de la procédure orale, de répondre aux conclusions présentées par l'Avocat général – conclusions qui, selon la Cour de justice des C.E., ne constituent pas l'avis formulé par une autorité extérieure à la Cour, mais représentent plutôt "l'opinion individuelle, motivée et exprimée publiquement, d'un membre de l'institution elle-même"[59]. On peut approuver la distinction proposée par la Cour de justice des C.E., ou bien à l'inverse la récuser[60]. Et la Cour européenne des droits de l'homme aura peut-être à se prononcer elle-même sur sa validité, puisque l'affaire *Emesa Sugar c. Pays-Bas* est actuellement pendante devant elle.

Le conflit latent subsiste. Dans l'affaire *Kaba (n°2)*[61] portée devant la Cour de justice des Communautés européennes, l'Immigration Adjudicator (Royaume-Uni) posait deux questions à la Cour relatives à une affaire sur laquelle celle-ci avait déjà rendu, le 11 avril 2000, un premier arrêt. La première question était formulée comme suit :

> De quels mécanismes la juridiction de renvoi ou les parties à la procédure (devant la juridiction de renvoi et la Cour) disposent-elles pour assurer que l'ensemble de la procédure soit conforme aux obligations découlant de l'article 6 de la CEDH et, en conséquence, pour assurer qu'il ne se produise aucune violation de l'article 6 de la CEDH dont il faille répondre au regard de la législation nationale en matière de droits de l'homme ou devant la Cour européenne des droits de l'homme?
> La procédure suivie dans la présente affaire était-elle conforme aux exigences de l'article 6 de la CEDH et, dans la négative, quelle incidence cette situation a-t-elle sur la validité du premier arrêt?

M. Kaba estimait en effet que, dans le cadre de la procédure ayant donné au premier arrêt (du 11 avril 2000), la Cour de justice avait porté atteinte au principe du contradictoire, en ne réouvrant pas la partie orale de la procédure après que l'Avocat général eut présenté ses conclusions à la Cour. Dans ses conclusions du 11 juillet 2002, l'Avocat général M. Ruiz-jarabo Colmer avait cependant formulé l'avis que la Cour de justice devrait réffirmer l'ordonnance du 4 février 2000 prise dans l'affaire *Emesa Sugar*. Depuis l'ordonnance prise dans l'affaire *Emesa Sugar*, il est vrai, la Cour européenne des droits de l'homme avait fait un pas supplémentaire vers la constatation d'une incompatibilité avec

---

[58] Cour eur. D.H., arrêt *Vermeulen c. Belgique* du 20 février 1996, *Rec.,* 1996-I, p. 224, § 33; arrêt *Lobo Machado c. Portugal* du 20 février 1996, *Rec.,* 1996-I, p. 195, §§ 28 à 31. Voy. également, parmi d'autres arrêts qui viendront ultérieurement confirmer le principe, Cour eur. D.H., arrêt *Van Orshoven c. Belgique* du 25 juin 1997, *Rec.,* 1997-III, p. 1040, §§ 38 à 41.

[59] C.J.C.E, ord. du 4 février 2000, *Emesa Sugar (Free Zone),* C-17/98, *Rec.* p. I-665, point 14.

[60] Voy. également les conclusions présentées le 26 juin 2001 par l'Avocat général M. Ruiz-Jarabo Colomer dans l'affaire C-480/99 P, *G. Plant et al. c. Commission des C.E.* (estimant que c'est "à juste titre" qu'a été critiquée, "y compris par des membres insignes de l'institution elle-même", la théorie dites des "apparences" élaborée par la Cour européenne des droits de l'homme, "qui consiste à accorder une pertinence juridique déterminante à l'impression qu'un justiciable sans instruction peut se faire de l'équité d'un procès" (note 9 des conclusions)).

[61] C.J.C.E., 6 mars 2003, *Kaba*, C-466/00, non encore publié.

les exigences du procès équitable de la fonction d'Avocat général telle qu'assumée au sein de la Cour de justice des Communautés européennes, puisqu'elle s'était prononcée, dans l'affaire *Kress c. France*, sur la situation du commissaire du gouvernement auprès du Conseil d'Etat français[62]. M. l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer estima dans ses conclusions (points 104 et 105)[63]:

> Il est vrai que, dans son arrêt du 7 juin 2001, Kress c. France, la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé, en appréciant notamment la compatibilité avec l'article 6, paragraphe 1, de la convention de l'impossibilité pour les parties de répliquer aux conclusions du commissaire du gouvernement, que «(n)ul n'a jamais mis en doute l'indépendance ni l'impartialité du commissaire du gouvernement, et la Cour estime qu'au regard de la convention, son existence et son statut organique ne sont pas en cause. Toutefois la Cour considère que l'indépendance du commissaire du gouvernement et le fait qu'il n'est soumis à aucune hiérarchie, ce qui n'est pas contesté, ne sont pas en soi suffisants pour affirmer que la non-communication de ses conclusions aux parties et l'impossibilité pour celles-ci d'y répliquer ne seraient pas susceptibles de porter atteinte aux exigences d'un procès équitable». Ce qui permet aux juges de Strasbourg de réitérer leur jurisprudence selon laquelle «la notion de procès équitable implique aussi en principe le droit pour les parties à un procès de prendre connaissance de toute pièce ou observation soumise au juge, fût-ce par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision, et de la discuter».
>
> Plutôt que protéger un droit fondamental, il semble que l'on voudrait imposer une vision unique de l'organisation de la procédure sans en expliquer la nécessité au-delà de la «théorie des apparences». On peut légitimement se demander - comme le font les sept juges ayant signé l'opinion dissidente - si l'on ne va pas aux fins de la convention, au-delà des limites du «contrôle européen» au regard des spécificités nationales, lesquelles restent légitimes pour autant qu'elles satisfassent aux obligations de résultat découlant des exigences conventionnelles.

Dans son arrêt du 6 mars 2003, la Cour de justice estima qu'elle n'avait pas à répondre à la question de l'Immigration Adjudicator concernant une éventuelle incompatibilité entre l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'organisation de la procédure devant elle. L'épisode illustre cependant l'utilité d'assurer une meilleure division des tâches entre les deux juridictions européennes. La question de savoir si la jurisprudence *Kress* trouverait à s'appliquer à la situation de l'Avocat général devant la Cour de justice des Communautés européennes est une question d'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, qui constitue elle-même une source privilégiée à partir de laquelle sont identifiés les droits fondamentaux inclus dans l'ordre juridique de l'Union; comme la Cour de justice des Communautés européennes l'a affirmé elle-même[64], la Cour européenne des droits de l'homme devrait se voir reconnaître la maîtrise de cette interprétation.

Bien que l'épisode paraisse illustrer le risque d'un conflit d'interprétation entre les deux juridictions européennes – et l'épisode n'est certes pas clos –, l'essentiel dans l'ordonnance *Emesa Sugar* du 4 février 2000 est cependant que s'écarter d'un précédent en y pratiquant une distinction, c'est encore une façon de le suivre: en opérant ainsi au départ de l'identification d'une différence pertinente entre

---

[62] Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Kress c. France* du 7 juin 2001, req. n° 39594/98. La Cour européenne des droits de l'homme considère dans cet arrêt que la notion de procès équitable « implique (…) en principe le droit pour les parties à un procès de prendre connaissance de toute pièce ou observation soumise au juge, fût-ce par un magistrat indépendant, en vue d'influencer une décision, et de la discuter » (§ 74). La Cour européenne des droits de l'homme ne conclut dans l'affaire *Kress* à l'absence de violation de l'article 6 § 1er de la Convention européenne des droits de l'homme à l'égard de l'impossibilité de répondre aux conclusions du commissaire du gouvernement qu'en raison de ce que dans la procédure devant le Conseil d'Etat français, les avocats « peuvent demander au commissaire du gouvernement, avnt l'audience, le sens général de ses conclusions », et peuvent en outre « répliquer, par une note en délibéré, aux conclusions du commissaire du gouvernement, *ce qui permet, et c'est essentiel aux yeux de la Cour, de contribuer au respect du principe du contradictoire* » (§ 76 – notre accent).

[63] Les références sont omises des extraits.

[64] C.J.C.E., 10 avril 2003, *Steffensen*, C-276/01, point 72. Ainsi qu'il a déjà été souligné dans l'introduction à cette étude, ceci découlerait également de l'article 52 § 3 de la Charte des droits fondamentaux (devenu l'article II-112 § 3 de la Constitution européenne).

les deux situations litigieuses, l'on reconnaît le caractère obligatoire de l'interprétation jurisprudentielle, tout aussi clairement que lorsque l'on choisit au contraire de s'aligner sur ce précédent, lorsque l'on considère que ce sont plutôt les analogies pertinentes qui l'emportent. Il est du reste significatif que, en même temps qu'elle exclut que cette jurisprudence puisse entraîner une condamnation de la procédure suivie devant elle, la Cour de justice des C.E. prenne soin, dans son ordonnance du 4 février 2000, de citer très largement la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le point controversé devant elle: si cette jurisprudence, rendue à propos du rôle du ministère public près de la Cour de cassation, n'est pas considérée transposable au rôle que remplit l'Avocat général au sein de la Cour de justice des C.E., c'est en fonction des critères mêmes auxquels elle fait appel, et de la motivation même que la Cour européenne des droits de l'homme fournit à l'appui de sa lecture des exigences de l'article 6, § 1er, de la Convention européenne des droits de l'homme.

II.2. Les limites de l'invocabilité de la Convention européenne des droits de l'homme devant le juge communautaire

Ainsi, même les affaires qui, considérées superficiellement, paraissent donner à voir les plus nets "conflits d'interprétation" entre les juridictions européennes, constituent en réalité des illustrations de la collaboration qui s'est instituée en fait entre elles. L'hypothèse d'une multiplication des conflits d'interprétation est d'autant moins plausible d'ailleurs que la Cour de justice des C.E. a toujours refusé d'étendre son contrôle du respect de droits fondamentaux figurant parmi les principes généraux du droit communautaire au-delà des situations qui présentent un "lien de rattachement" avec le droit communautaire, ou bien qui – selon une formulation plus usuelle – s'inscrivent dans son "domaine d'application". Là où les Etats membres agissent non pas pour mettre en oeuvre le droit communautaire ou pour apporter une restriction à une liberté qu'il attribue, c'est-à-dire lorsqu'ils interviennent sans que leur intervention soit d'aucune façon régie par le droit communautaire, la Cour de justice des C.E. refuse d'examiner la conformité de leur acte aux principes généraux du droit communautaire: "Sil est vrai qu'il incombe à la Cour d'assurer le repect des droits fondamentaux dans le domaine propre du droit communautaire, il ne lui appartient pas, pour autant, d'examiner la compatibilité, avec la convention européenne, d'une loi nationale qui se situe, (...) dans un domaine qui relève de l'appréciation du législateur national"[65], par exemple lorsque sont en cause les rapports qu'un Etat membre entretient avec ses nationaux au sujet du droit d'entrée et de séjour sur son territoire, à défaut que ces nationaux aient exercé une liberté de circulation reconnue dans le traité[66]. Les droits fondamentaux figurant parmi les principes généraux du droit communautaire ont une existence *autonome*, au sens où, s'ils sont violés, la mesure par ailleurs conforme en tout autre point au droit communautaire – que cette mesure soit celle d'une institution de l'Union européenne ou qu'elle soit l'oeuvre d'un Etat membre – pourra être annullée, son invalidité constatée, ou donner lieu à un constat de manquement, selon la compétence exercée par la Cour de justice des C.E. Mais en tant qu'ils appartiennent aux principes généraux du droit communautaire, les droits fondamentaux n'ont pas une existence *indépendante*; c'est-à-dire qu'ils ne sauraient être invoqués qu'en combinaison avec une autre règle de droit communautaire, dont l'applicabilité à la situation litigieuse portée devant elle justifie que la Cour de justice des C.E. reconnaisse sa compétence à l'égard de cette situation.

Cette limitation au champ d'invocabilité des droits fondamentaux devant la Cour de justice des C.E. est fermement établie, bien que sa frontière ait parfois été remise en cause, de façon plus ou moins

---

[65] C.J.C.E., 11 juillet 1985, *Cinéthèque et al. c. Fédération nationale des cinémas français*, aff. jtes 60 et 61/84, *Rec.*, p. 2605 (point 24). Dans l'arrêt *Elliniki Radiophonia Tileorassi AE* du 18 juin 1991 (C-260/89, *Rec.,* p. I-2925), la Cour de justice des C.E. rappelle encore qu'elle "ne peut apprécier, au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, une réglementation nationale qui ne se situe pas dans le cadre du droit communautaire" (point 42). Cette dernière formule, que la Cour avait déjà utilisée dans un arrêt *Demirel* du 30 septembre 1987 (12/86, *Rec.,* p. 3719 (point 28)) est sans doute préférable à celle utilisée dans l'arrêt *Cinéthèque*.

[66] Tel est en tout cas le point de vue défendu par l'Avocat général Ph. Léger dans ses concl. du 7 novembre 2000 portant sur l'affaire *The Queen c. Secretary of State for the Home Department, ex parte : Manjit Kaur* (aff. C-192/99) (voy., à propos de l'applicabilité à la situation litigieuse de l'article 3 du Protocole n°4 additionnnel à la Convention européenne des droits de l'homme, la note 16 des conclusions). L'arrêt rendu le 20 février 2001 par la Cour de justice des C.E. dans cette affaire ne dément pas ce point de vue.

explicite. L'affaire *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd. c. Stephen Grogan e.a.* mérite d'être rappelée non pas pour le motif auquel elle doit sa célébrité – ce motif étant que, alors qu'il leur était demandé de se prononcer sur une question essentiellement identique, les deux juridictions européennes furent très proches d'y apporter des réponses radicalement différentes -, mais parce qu'elle illustre bien quelle voie pourrait emprunter la remise en cause de cette limite imposée actuellement au domaine d'application des droits fondamentaux reconnus en tant que principes généraux du droit communautaire.

L'affaire *S.P.U.C.* portait sur la question de savoir si l'interdiction faite en Irlande à des associations d'étudiants de diffuser des informations sur les possibilités de pratiquer une interruption médicale de grossesse dans un autre Etat membre était compatible avec la libre prestation des services que garantit le traité de Rome (alors l'article 60 du traité CEE). Dans ses conclusions du 11 juin 1991, l'Avocat général W. van Gerven estimait que, si la diffusion de ce genre d'informations était rendue possible, la liberté du consommateur de bénéficier de services dans un autre Etat membre serait compromise. Et il ajoutait: "Une telle interprétation du droit communautaire [et de l'étendue de la protection qu'il offre à la libre prestation des services] est par ailleurs conforme à l'article 10 de la convention européenne des droits de l'homme dont la Cour [de justice des C.E.] admet que les principes qui lui servent de base font partie de l'ordre juridique communautaire"[67]. Cet emploi de la Convention européenne des droits de l'homme présente ceci de caractéristique qu'il conduit à étendre le champ d'application du droit communautaire, les exigences de la liberté de prestation des services étant appréciées au regard de la nécessité de garantir la liberté d'expression (ici, celle des associations diffusant l'information sur les moyens de recourir à l'interruption de grossesse). Ainsi, c'est *d'entrée de jeu*, au moment initial où il s'agit d'apprécier l'étendue des exigences du droit communautaire, que les droits fondamentaux font leur entrée dans le raisonnement – au lieu que dans l'utilisation qui est classiquement commandée de ces droits en tant que *principes généraux invocables dans le domaine d'application du droit communautaire*, c'est à une seconde étape seulement que les droits fondamentaux sont convoqués: il s'agit en effet d'examiner la compatibilité avec les droits fondamentaux de la solution d'abord dégagée sans tenir compte de ces droits, pour autant que l'étape initiale n'aboutisse pas au constat que la situation litigieuse n'est pas régie par le droit communautaire.

Ayant abouti à la conclusion que la mesure d'interdiction litigieuse se situait bien dans le domaine d'application du droit communautaire, au sens des arrêts *Demirel* ou *ERT*[68], et qu'il revenait donc à la Cour de justice des C.E. de veiller au respect des droits fondamentaux, M. van Gerven conclut à la compatibilité avec les exigences de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme de la restriction apportée à la liberté d'expression des défendeurs au principal. Au contraire, la Cour de justice des C.E. estimera qu'en raison du caractère trop ténu du lien qui existe entre l'activité d'information des associations d'étudiants et les interruptions médicales pratiquées dans un autre Etat membre, la mesure nationale qui lui est soumise "ne se situe pas dans le cadre du droit communautaire", et par conséquent, n'a pas à être évaluée du point de vue du respect des droits fondamentaux[69].

Compte tenu du dispositif auquel aboutit ultérieurement la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, son arrêt du 29 octobre 1992 concluant au caractère disproportionné de la restriction apportée à la liberté d'expression d'associations diffusant en

---

[67] Concl. du 19 juin 1991 préc. C.J.C.E., 4 octobre 1991, The *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd. c. Stephen Grogan e.a.*, 159/90, *Rec.,* p. 4685 (point 19 des conclusions).

[68] Voy. ci-dessus, note .

[69] C.J.C.E., 4 octobre 1991, The *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd. c. Stephen Grogan e.a.*, 159/90, *Rec.,* p. 4685 (point 31). Sur l'affaire *S.P.U.C. c. Grogan et al.,* voy. not. G. de Burca, "Fundamental Human Rights and the Reach of EC Law", *Oxford J. L. Studies*, vol. 13, 1993, p. 283; S. O'Leary, "The Court of Justice as reluctant constitutional adjudicator: an examination of the abortion information case", *E.L.R.,* vol. 17, 1992, p. 138; Fr. Rigaux, "La diffusion d'informations relatives aux interruptions médicales de grossesse, une liberté économique selon le droit communautaire", *Rev. trim. dr. h.,* 1992, p. 57; D. Sacco et A. Brown, "Regulation of Abortion in the European Community", *Harv. Int. L.J.,* vol. 33, 1992, p. 291; R.A. Lawson, "Miscarriage of justice? Het Ierse abortus-verbod aan Europese maatstaven getoetst", *N.J.C.M.-Bull.,* vol. 17, 1992, p. 47; D. Curtin, "Casenote", *C.M.L. Rev.,* 1992, p. 585; et la note de H. Gaudemet-Tallon, *R.T.D.E.,* 1992, p. 167.

Irlande des informations relatives aux possibilités d'obtenir une interruption médicale de grossesse au Royaume-Uni[70], il est sans doute heureux que la Cour de justice des C.E. n'ait pas suivi sur ce point les conclusions de son Avocat général. Mais même s'il en avait été autrement, et si la Cour de justice des C.E. avait bien subi un démenti de la part de la Cour européenne des droits de l'homme, celui-ci n'a pas lieu de nous émouvoir davantage qu'en chaque circonstance où, après avoir voulu apprécier le caractère proportionné ou non de la mesure qui apporte une restriction à une liberté reconnue par la Convention européenne des droits de l'homme, le juge national se voit désavoué par la Cour européenne des droits de l'homme, celle-ci ayant choisi d'accorder un poids différent aux justifications apportées à l'appui de la mesure créant la restriction. Et ici encore, si un désaccord avait été constaté entre les deux juridictions, il aurait porté non pas sur l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, mais uniquement sur son application dans une situation litigieuse concrète.

Ce sont essentiellement les mêmes considérations qu'appelle l'arrêt *Christos Konstantinidis* rendu par la Cour de justice des C.E. le 30 mars 1993[71]. Dans le litige au principal porté devant les juridictions allemandes, M. Konstantinidis reprochait aux services allemands de l'état civil d'avoir opéré une transcription latine de son nom grec qui, pour être conforme à une convention relative à l'indication des noms et prénoms dans les registres de l'état civil du 13 septembre 1973, n'en aboutissait pas moins à déformer la prononciation de son nom, la graphie prescrite par cette convention n'étant pas conforme à sa traduction phonétique. Dans les conclusions qu'il présente le 9 décembre 1992, l'Avocat général M. F. G. Jacobs estime non seulement que la déformation du nom de l'intéressé est contraire aux dispositions du traité interdisant toute discrimination à raison de la nationalité entre ressortissants d'Etats membres et garantissant la liberté d'établissement, mais en outre que – la Cour dût-elle conclure au contraire à l'absence de discrimination – la déformation du nom de M. Konstantinidis aboutit en tout cas à une violation de son droit fondamental à son nom. Les droits fondamentaux reconnus au titre des principes généraux de droit communautaire seraient ainsi invocables par toute personne exerçant un liberté de circulation reconnue en droit communautaire: la salarié ou l'indépendant qui se déplace d'un Etat membre à l'autre afin d'y exercer sa profession, selon M. Jacobs, "n'a pas seulement le droit de poursuivre son entreprise ou sa profession et de bénéficier des mêmes conditions de vie et de travail que les ressortissants de l'Etat membre d'accueil; il a droit en outre à l'assurance que, où qu'il réside pour gagner sa vie dans la Communauté, il sera traité selon un code commun de valeurs fondamentales, en particulier celles inscrites dans la convention européenne des droits de l'homme". Cette perspective assigne aux droits fondamentaux reconnus dans le droit communautaire la fonction de constituer un socle commun à tous les Etats membres, dont la garantie à un même niveau minimum serait une condition de l'effectivité des libertés de circulation reconnues dans le traité de Rome, et dont il reviendrait par conséquent à la Cour de justice des C.E. de surveiller le respect.

L'arrêt du 30 mars 1993, dès lors qu'il se borne à considérer que la transcription du nom de M. Konstantinidis constitue une entrave non justifiée à la liberté d'établissement que reconnaît le traité de Rome[72], ne prend pas position sur la question du respect des droits fondamentaux. Il est cependant

[70] Cour eur. D.H., arrêt *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande* du 29 octobre 1992 (Série A n°246). Sur l'affaire *Open Door et Dublin Well Woman*, voy. Fr. Rigaux, "La diffusion d'informations relatives aux interruptions médicales de grossesse et la liberté d'expression", *Rev. trim. dr. h.,* 1993, p. 345; Fr. Sudre, "L'interdiction de l'avortement, le conflit entre le juge constitutionnel irlandais et la Cour européenne des droits de l'homme", *R.F.D.C.,* 1993, n° 16, p. 216.

[71] C.J.C.E., 30 mars 1993, *Chr. Konstantinidis*, C-168/91, *Rec.*, p. I-1191. Pour un commentaire centré sur la question des rapports entre le droit communautaire et la Convention européenne des droits de l'homme, voy. J.-Fr. Flauss, "La protection de l'intégrité du nom par le droit communautaire", *Rev. trim. dr. h.,* 1994, p. 444.

[72] Pour une formulation classique du critère utilisé par la Cour, voy. C.J.C.E., 16 juin 1992, *Commission des C.E. c. Luxembourg*, C-351/90, *Rec.,* p. I-3945: à propos de règles régissant les professions libérales, la Cour considère dans cet arrêt que "dans la mesure où elles [restreignent la liberté d'établissement, de telles règles] ne sont compatibles avec le traité que si les restrictions qu'elles comportent sont effectivement justifiées par des considérations d'obligations générales inhérentes au bon exercice des professions en cause et qui s'imposent indistinctement aux nationaux et aux ressortissants des autres Etats membres. A cet égard, la Cour a constaté que tel n'était pas le cas lorsque ces restrictions étaient susceptibles de créer des discriminations à l'encontre des praticiens établis dans d'autres Etats membres ou des obstacles à l'accès à la profession qui vont au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs visés" (point 14).

notable que, comme dans celles rendues par l'Avocat général W. van Gerven dans l'affaire *S.P.U.C.*, les conclusions présentées par l'Avocat général F. Jacobs dans l'affaire *Konstantinidis* aboutissaient à définir l'étendue de la protection que le droit communautaire offre aux libertés de circulation – là la liberté du bénéficiaire de services, ici la liberté d'établissement de l'indépendant – en fonction de la nécessité de protéger les droits fondamentaux des personnes revendiquant de pouvoir exercer ces libertés ou de contribuer à en faciliter l'exercice. Bien que cela n'aboutisse pas à confier au juge communautaire la mission d'offrir une protection véritablement indépendante des droits fondamentaux – demeure en effet l'exigence d'un lien de rattachement avec le droit communautaire, pour que ces droits fondamentaux puissent être invoqués devant lui -, le résultat de cette approche est néanmoins de déboucher sur une importante extension de leur champ d'invocabilité[73].

Quoi qu'il en soit des controverses qui subsistent à propos des situations où l'on peut en revendiquer le bénéfice, les limites qui s'imposent à l'invocabilité des droits fondamentaux figurant parmi les principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect ont pour effet de réduire le risque de divergences d'interprétation entre les deux juridictions européennes. Ni dans l'affaire *S.P.U.C.*, ni dans l'affaire *Konstantinidis*, la Cour de justice des C.E. n'a estimé devoir se prononcer sur la question de la compatibilité de la mesure étatique en cause avec les droits fondamentaux reconnus dans le droit communautaire. Dans la première affaire, son attitude se fonde sur ce que la situation qui lui était présentée ne présentait, selon elle, aucun lien avec la libre prestation des services reconnue en droit communautaire; dans la seconde affaire, elle prend appui sur les exigences de la liberté d'établissement, sans devoir envisager la question des droits fondamentaux, qui ne constituent en tout état de cause qu'un moyen subsidiaire. Le résultat a été dans les deux cas que le juge communautaire a pu éviter de rencontrer la contradiction de la Cour européenne des droits de l'homme.

II.3. La lecture de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme par le juge communautaire

Le risque qu'aurait impliqué une attitude inverse doit, de toute manière, être relativisé. Il doit sans doute inciter le juge communautaire, placé face à une question d'interprétation de la Convention que la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas encore eu l'occasion de trancher clairement, à choisir la solution la plus favorable à la protection du droit revendiqué, la Convention européenne des droits de l'homme ne faisant naturellement pas obstacle à ce que l'individu bénéficie d'une protection plus favorable[74]; c'est uniquement s'il adopte l'attitude inverse que le juge communautaire se place dans une situation délicate. Ainsi que le notait l'Avocat général F. Jacobs dans ses conclusions sur l'affaire *Konstantinidis* – où il avait abouti à la conclusion que "le droit d'une personne à son nom" constitue un droit fondamental de la personne, en dépit de l'omission "surprenante" de ce droit dans la Convention européenne des droits de l'homme[75] -, "l'éventualité de décisions contradictoires sur

[73] Voy. les concl. de l'Avocat général M. Gulmann préc. C.J.C.E., 24 mars 1994, *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Bostock*, C-2/92, *Rec.*, p. I-955, ici note 12 des concl., p. I-971 (où l'Avocat général estime que le point de vue exprimé par l'Avocat général Jacobs dans l'affaire *Konstantinidis* "va très loin").

[74] Voy., à propos du risque de censure préalable inhérent au mécanisme d'autorisation préalable prévu à l'article 17, al. 2, du statut des fonctionnaires des Communautés européennes, les conclusions présentées le 13 septembre 2001 par l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer dans le cadre de l'affaire *Commission des C.E. c. Michael Cwik* (aff. C-340/00 P): après avoir constaté que "la Cour de Strasbourg ne considère pas comme contraires à la convention [européenne des droits de l'homme] les régimes de restriction préalable [et] estime, en outre, qu'un risque de préjudice purement abstrait peut justifier la limitation du droit à la liberté d'expression", M. Ruiz-Jarabo Colomer ajoute : "Il n'en est toutefois pas moins certain que la convention s'érige en tant que minimum commun au contenu des droits fondamentaux et que rien n'empêche l'Union européenne, tout comme les parties contractantes à la convention, de se doter d'un niveau de protection plus élevé". L'Avocat général fait référence à l'article 53 de la Convention européenne des droits de l'homme, selon lequel "aucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme ou aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie".

[75] L'on sait que, depuis la date de l'arrêt *Konstantinidis*, la Cour européenne des droits de l'homme a comblé cette lacune, en considérant le nom de la personne comme un élément de sa vie privée: voy. Cour eur. D.H., arrêt *Burghartz c. Suisse* du 22 février 1994, Série A n° 280-B, § 24; et Cour eur. D.H., arrêt *Stjerna c. Finlande* du 25 novembre 1994, Série A n° 299-B, §

l'interprétation de la convention (...) existe depuis que la Cour a reconnu la possibilité d'invoquer la convention dans le cadre du droit communautaire. Cette possibilité n'a apparemment pas causé de problèmes sérieux. Il serait de toute façon paradoxal que l'existence de la convention et le système instauré par elle aient pour effet de réduire la protection accordée par le droit national ou le droit communautaire"[76]. Or, de façon générale, les situations où la Cour de justice des C.E. a choisi de prendre appui sur un standard de protection élevé en matière de droits fondamentaux sont plus nombreuses que celles où, raisonnant *a contrario* au départ de la jurisprudence disponible de la Cour européenne des droits de l'homme en considérant n'avoir pas à garantir un droit non encore reconnu par cette dernière juridiction, elle a préféré n'accorder que le plus faible niveau de protection.

Dans les affaires *Hoechst* ou *Orkem* déjà évoquées, c'est la première attitude qu'a adoptée la Cour de justice des C.E., en accordant sa protection à certains droits fondamentaux revendiqués devant elle alors que ces droits n'étaient pas encore garantis, au moment où ces décisions furent adoptées, par la Cour européenne des droits de l'homme[77]. C'est cette attitude encore qui caractérisent les conclusions de l'Avocat général Jacobs dans l'affaire *Konstantinidis*. D'autres exemples peuvent encore illustrer l'hypothèse. Dans l'arrêt *Marguerite Johnston* du 15 mai 1986, la Cour de justice des C.E. estime qu'exprime un principe général de droit l'exigence d'un "contrôle juridictionnel" que formule l'article 6 de la directive 76/207. Elle estime que "ce principe a également été consacré par les articles 6 et 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales"[78]. Mais c'est faire une présentation excessivement généreuse des exigences que contient, sur ce point, la Convention européenne des droits de l'homme : seul l'article 6 de celle-ci garantit un droit d'accès à un tribunal, l'article 13 n'exigeant qu'un recours effectif devant une "instance nationale", qui peut ne pas être une juridiction; or l'article 6 ne s'applique pas dans toutes les matières, mais uniquement lorsque la contestation porte sur des droits et obligations de caractère civil ou sur des accusations en matière pénale. Devant le tribunal de Belfast d'où émanait la question préjudicielle soumise à la Cour de justice des C.E., Mme Johnston se plaignait d'avoir subi une discrimination fondée sur le sexe dans le cadre des procédures d'embauche dans la force de police d'Irlande du Nord: une telle contestation ne relevait pas, selon l'état de la Cour européenne des droits de l'homme à l'époque, des catégories auxquelles s'applique l'article 6 de la Convention[79]. De même encore, dans son arrêt *P. c. S. et Cornwall County Council* du 30 avril 1996, où elle étend à l'hypothèse d'une personne licenciée pour transsexualisme l'interdiction de toute discrimination fondée sur le sexe formulée par la directive 76/207, la Cour de justice des C.E. dit "observer" que, selon la Cour européenne des droits de l'homme, "On entend d'habitude par 'transsexuels' les personnes qui, tout en appartenant physiquement à un sexe, ont le sentiment d'appartenir à l'autre; elles essaient souvent d'accéder à une identité plus cohérente et moins équivoque en se soumettant à des soins médicaux et à des interventions chirurgicales afin d'adapter leurs caractéristiques physiques à leur psychisme. Les transsexuels ainsi opérés forment un groupe assez bien déterminé et définissable (arrêt Rees du 17 octobre 1986, Série A, volume 106, point 38)"[80]. Mais, sauf si elle vise à illustrer par cet exemple l'attention que porte la Cour européenne des droits de l'homme à la question du transsexualisme, cette référence ne vient en aucune manière soutenir la motivation de l'arrêt de la Cour de justice des C.E.: ni l'arrêt *Rees*, ni les autres décisions des organes de surveillance de la Convention européenne des droits

---

37. Dans les observations précitées, M. J.-Fr. Flauss note à juste titre que, déjà en 1992-1993, l'état de ces affaires laissait prévoir une telle évolution de la jurisprudence fondée sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

[76] Concl. du 16 décembre 1992, point 51.

[77] Voy. depuis Cour eur. D.H., arrêt *Société Colas Est et autres c. France* du 16 avril 2002 (req. n°37971/97) (dans lequel la Cour affirme que les droits garantis par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme peuvent être interprétés comme "incluant pour une société, le droit au respect de son siège social, son agence ou ses locaux professionnels" : § 41).

[78] C.J.C.E., 15 mai 1986, *M. Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, 222/84, *Rec.,* p. 1651 (point 18).

[79] Depuis cette date, le champ d'invocabilité de l'article 6 de la Convention a été notablement élargi. Un des jalons importants dans cette évolution fut un arrêt *Tinnelly & Sons Ltd. et autres et McElduff et autres c. Royaume-Uni* rendu le 10 juillet 1998 par la Cour européenne des droits de l'homme, qui aboutit dans cet arrêt à un constat de violation du droit d'accès à un tribunal de l'article 6, § 1er, de la Convention pour des motifs manifestement influencés par la jurisprudence *Johnston* de la Cour de justice des C.E., et dans des circonstances d'ailleurs largement comparables, à cette différence près que la discrimination fondée sur le sexe dans *Johnston* l'était, dans *Tinnelly*, sur la religion catholique des requérants.

[80] C.J.C.E., 30 avril 1996, *P. c. S. et Cornwall County Council*, C-13/94, *Rec.*, p. I-2143.

de l'homme que mentionne l'Avocat général Tesauro dans les conclusions qui précèdent l'arrêt du 30 avril 1996, ne permettent d'affirmer que, selon la Cour européenne des droits de l'homme, constituerait une "discrimination fondée sur le sexe" le licenciement basé sur le transsexualisme de l'intéressé. De même que, dans l'affaire *Johnston*, la référence aux articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme a servi à la Cour de justice des C.E. à imposer une protection plus efficace du droit communautaire, de même ici, la référence à la jurisprudence rendue par la Cour européenne des droits de l'homme en matière de transsexualisme a eu pour effet d'étendre le domaine d'application du droit communautaire – lequel, faut-il le rappeler, n'offrait à l'époque aucune protection vis-à-vis des discriminations dans l'emploi dans le cadre de situations purement internes à un Etat membre, sauf précisément lorsque la discrimination était fondée sur le sexe[81].

D'autres affaires illustrent, à l'inverse, la tentation dans le chef de la Cour de justice des C.E. de ne pas explorer toutes les virtualités qu'offre la jurisprudence des organes de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme, et au départ d'une lecture appauvrie de celle-ci, de restreindre l'étendue des droits fondamentaux protégés dans le domaine d'application du droit communautaire. C'est le reproche qu'il est permis d'adresser à l'arrêt rendu par la Cour de justice des C.E. le 31 mai 2001, dans les affaires *D. et Royaume de Suède c. Conseil de l'Union européenne*[82]. Le litige avait pour origine le refus du Conseil de l'Union européenne d'assimiler au "fonctionnaire marié", visé par le statut des fonctionnaires des Communautés européennes afin de définir le cercle des bénéficiaires du droit à une "allocation de foyer", la personne ayant fait enregistrer en Suède un partenariat avec une personne suédoise de même sexe, ainsi que la loi suédoise le permet. A l'argument que pareil refus serait constitutif d'une atteinte au droit au respect de la vie familiale, le Conseil répondait qu'il "n'avait pas pu violer cette disposition puisque des relations homosexuelles durables ne relèvent pas du droit au respect de la vie familiale protégé par ladite disposition"[83]. Sans doute. Mais l'extension que, depuis 1983, la Commission européenne des droits de l'homme avait donnée de la "vie privée", également protégée à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, aurait dû suffire à justifier l'applicabilité de cette disposition à la situation litigieuse[84]. De plus, le fait de réserver certains avantages aux couples mariés, alors que s'en trouvent privés les cohabitants hors mariage, aboutit à sanctionner l'exercice qui est fait d'un droit que reconnaît l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme comme relevant d'un des aspects les plus intimes de la vie privée – celui de nouer et d'entretenir des relations homosexuelles[85]. Mal éclairée sans doute, la Cour de justice des C.E. ne l'a pas aperçu. Sur le moyen tiré de l'atteinte à l'article 8 de la Convention, elle s'est bornée à considérer que "le refus de l'octroi d'une allocation de foyer par l'administration communautaire à l'un de ses fonctionnaires n'affecte pas la situation de celui-ci au regard de l'état civil et, ne concernant que les rapports entre le fonctionnaire et son employeur, ne donne lieu, par lui-même, à aucune transmission d'informations personnelles à des personnes étrangères à l'administration communautaire. La décision litigieuse n'est donc, en tout état de cause, pas

[81] Voy. d'ailleurs, pour une confirmation de ce point, C.J.C.E., 17 février 1998, *L. Grant c. South-West Trains Ltd.,* C-249/96, *Rec.,* p. I-636. L'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, qui a inscrit dans le traité CE un article 6A (devenu article 13 CE) autorisant le Conseil à prendre des mesures de lutte contre les discriminations fondées sur un certain nombre de motifs, a modifié cette situation. Voy. la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (*J.O.C.E.,* n° L 180 du 19.7.2000, p. 22) et la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (*J.O.C.E.,* n° L 303 du 2.12.2000, p. 16).

[82] C.J.C.E., 31 mai 2001, *D. et Royaume de Suède c. Conseil de l'Union européenne*, aff. jtes C-122/99 P et C-125/99 P, non encore publié.

[83] C.J.C.E., 31 mai 2001, *D. et Royaume de Suède c. Conseil de l'Union européenne*, aff. jtes C-122/99 P et C-125/99 P, point 14.

[84] Voy. Commiss. eur. D.H., req. n°9369/81, *X et Y c. Royaume-Uni*, déc. du 3 mai 1983, *D.R.,* 32, p. 220 (reconnaissant que l'éloignement d'un étranger du territoire d'un Etat partie à la Convention peut constituer une ingérence dans la vie privée de l'intéressé, lorsque celui-ci a noué dans cet Etat des rapports avec une personne de même sexe et lorsque l'éloignement conduirait à la rupture de ces rapports). Cette jurisprudence a été confirmée depuis: Commiss. eur. D.H., req. n°12513/86, *W.J. et D.P. c. Royaume-Uni*, déc. du 13 juill. 1987; req. n°16106/90, *B. c. Royaume-Uni*, déc. du 10 février 1990, *D.R.,* 64, p. 278; req. n°14753/89, *C. et L.M.,* déc. du 9 octobre 1989.

[85] Comp., *mutatis mutandis*, Cour eur. D.H., arrêt *Thlimmenos c. Grèce* du 6 avril 2000 (à propos de l'interdiction de sanctionner l'exercice de la liberté de manifestation religieuse en ne prenant pas en compte la nécessité d'aménager la loi en envisageant spécifiquement la situation de celui qui a exercé cette liberté).

susceptible de constituer une ingérence dans la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme (...)"[86]. A l'exclusion du concept de "vie familiale" de la relation durable nouée entre personnes de même sexe, vient s'ajouter une lecture appauvrie des exigences de la "vie privée", pour venir au secours d'une interprétation inutilement restrictive du statut des fonctionnaires en cause. Il n'est pas acquis que cette interprétation soit contraire aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme. Mais le risque est réel, et la motivation qui figure sur ce point dans l'arrêt du 31 mai 2001 laisse en tout cas, quant à elle, nettement à désirer. Ici comme dans d'autres affaires qu'on a déjà évoquées, les affaires *Hoechst* et *Konstantinidis* notamment, c'est sans doute par ignorance plus que par mauvaise volonté qu'a péché le juge communautaire. L'obstacle à une correcte appréciation des exigences de la Convention européenne des droits de l'homme, qui assure la Cour de justice des C.E. contre le risque de n'accorder aux droits fondamentaux invoqués devant elle qu'une protection plus restreinte que celle accordée par la Cour européenne des droits de l'homme, réside aussi dans les insuffisances de l'information dont elle dispose sur les développements dont cet instrument est le siège.

III. Conclusion : l'avenir de la coopération entre la Cour de justice des C.E. et la Cour européenne des droits de l'homme

Dans son arrêt *Matthews c. Royaume-Uni* du 18 février 1999, la Cour européenne des droits de l'homme constate que l'impossibilité pour les habitants de Gibraltar de prendre part aux élections du Parlement européen engage la responsabilité du Royaume-Uni au regard de l'article 3 du Protocole n°1 à la Convention européenne des droits de l'homme[87]. Cette violation a sa source à la fois dans la décision 76/787 du Conseil du 20 septembre 1976 et l'Acte annexé portant élection des représentants au Parlement européen au suffrage universel direct, et dans l'extension des pouvoirs du Parlement européen par le traité de Maastricht sur l'Union européenne, pareille évolution faisant relever cette enceinte parlementaire de l'article 3 du Protocole n°1 à la Convention, qui mentionne le "corps législatif". La violation identifiée par la Cour européenne des droits de l'homme a donc sa source dans le droit primaire communautaire, sur lequel la Cour de justice des C.E. ne peut normalement pas exercer son contrôle. Bien qu'on puisse anticiper une réponse affirmative, la question demeure non résolue à ce jour de savoir si le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit de l'Union européenne, par la médiation de la responsabilité des Etats membres de l'Union qui sont parties contractantes à la Convention, ira au-delà de cette hypothèse, pour s'étendre aux actes communautaires de droit dérivé sur lesquels, au contraire des traités, la Cour de justice des C.E. exerce son contrôle, notamment du point de vue du respect des droits fondamentaux[88].

---

[86] C.J.C.E., 31 mai 2001, *D. et Royaume de Suède c. Conseil de l'Union européenne*, aff. jtes C-122/99 P et C-125/99 P, points 59 et 60.

[87] Cour eur. D.H., arrêt *Matthews c. Royaume-Uni* (req. n°24833/94) du 18 février 1999. Pour des commentaires, voy. G. Gori et F. Kauff-Gazin, "L'arrêt Matthews: une protection globale des droits de l'homme par une vision réductrice de l'ordre juridique communautaire?", *Europe*, janvier 2000, p. 4; A. Potteau, "L'article 3 du premier protocole additionnel à la Convention et l'obligation des Etats membres de l'Union européenne de reconnaître le droit de participer aux élections au Parlement européen", *Rev. trim. dr. h.,* 1999, p. 873; O. De Schutter et O. Lhoest, "La Cour européenne des droits de l'homme juge du droit communautaire: Gibraltar, l'Union européenne, et la Convention européenne des droits de l'homme", *C.D.E.,* 2000, p. 141.

[88] Rendu sur une requête (n° 51717/99) introduite par la Société Guérin Automobiles contre les 15 Etats membres de l'Union européennes, auxquels l'entreprise requérante imputait une violation des articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme qu'elle reprochait à la Commission des C.E. et à laquelle la Cour de justice des C.E. n'aurait pas remédié, un arrêt rendu le 4 juillet 2000 par la Cour européenne des droits de l'homme (IIIième section) ne prend pas position sur la question de la recevabilité *ratione personae* de la requête, celle-ci étant jugée irrecevable *ratione materiae* pour d'autres motifs. De même, l'affaire *Senator Lines GmbH c. 15 Etats membres de l'Union européenne (*req. n° 56672/00) s'est clôturée par une décision d'irrecevabilité le 10 mars 2004, la Cour concluant à l'absence de qualité de victime de la société requérante, qui se plaignait d'une atteinte à son droit d'accès à un tribunal en raison de l'imposition d'une amende par la Commission européenne pour violation du droit de la concurrence sans possibilité de faire appel à une protection juridictionnelle effective compte tenu du risque de mise en faillite de l'entreprise en cas d'exécution immédiate de l'amende. La Cour n'a donc pas abordé dans cette affaire la question de savoir si les 15 Etats membres de l'Union européenne doivent répondre des atteintes alléguées à la Convention européenne des droits de l'homme que la Commission aurait commises. Plusieurs affaires actuellement pendantes devant la Cour européenne des droits de l'homme résultent de requêtes introduites contre les 15 Etats membres de l'Union européenne, dont la responsabilité collective est alléguée pour des violations qui ont leur source dans des actes des institutions de l'Union européenne. Le lecteur en trouvera une description par R.L.Lawson,

L'incertitude qui subsiste à cet égard ne dispense naturellement pas la Cour de justice, non seulement d'appliquer la Convention européenne des droits de l'homme aux situations qui sont portées devant elle lorsque ces situations ne se placent pas hors du domaine d'application du droit communautaire, mais en outre, en procédant à cette application, de tenir compte de l'interprétation que fournit de la Convention la Cour européenne des droits de l'homme – et, lorsqu'une telle interprétation fait défaut, de préférer une protection plus généreuse des droits et libertés reconnus dans la Convention à une protection minimale. Soit, eu égard au contrôle des droits fondamentaux qu'exerce déjà la Cour de justice au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne, la Cour européenne des droits de l'homme choisit de ne pas contrôler le respect de la Convention européenne des droits de l'homme par les actes des institutions de l'Union européenne qui sont soumis à un tel contrôle de la part du juge communautaire : il faudra alors demeurer digne de cette marque de confiance dans la capacité de l'Union européenne à assurer en son sein, par des mécanismes internes à l'organisation, la préservation des droits fondamentaux de la personne, de manière telle que ceux-ci continuent d'être préservés au niveau où ils le sont dans les différents Etats membres. Soit, au contraire, la Cour européenne des droits de l'homme choisit de contrôler le respect par les institutions de l'Union européenne des droits et libertés de la Convention européenne des droits de l'homme, ces institutions n'étant que l'instrument par lequel les quinze Etats membres de l'Union européenne ont choisi d'adopter des décisions collectivement, un tel choix ne pouvant les dispenser de respecter les obligations qu'ils ont contractées en adhérant à la Convention européenne des droits de l'homme. Il sera dans ce cas d'autant plus essentiel que la Cour de justice fasse montre d'une grande rigueur dans l'application qu'elle fera de la Convention européenne des droits de l'homme, avec l'interprétation qui en est faite par la juridiction internationale que cet instrument institue. Lorsqu'elle sera faite, sans doute vers 2007, l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme ne constituera pas un point de départ. Elle sera l'aboutissement d'une progressive réception matérielle de la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour de justice, que l'adoption de la Charte des droits fondamentaux avait déjà confirmée, et dont l'adhésion ne constituera plus que la traduction sur le plan des mécanismes procéduraux de protection.

"***The contribution of the Agency to the implementation in the EU of international and European human rights instruments", in Ph. Alston et O. De Schutter (eds.),*** *Monitoring Fundamental Rights in the EU****, Hart Publ., Oxford, 2005, pp. 229 ss.***