

Chronique de jurisprudence européenne comparée (2010)

Laurence Burgorgue-Larsen

▶ **To cite this version:**

Laurence Burgorgue-Larsen. Chronique de jurisprudence européenne comparée (2010). Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 2011, CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE, 2011 (4). hal-01519978

HAL Id: hal-01519978
https://hal.science/hal-01519978

Submitted on 24 Aug 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

CHRONIQUE JURISPRUDENTIELLE

Chronique de jurisprudence européenne comparée (2010)

par Laurence BURGORGUE-LARSEN

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris I)
Directeur adjoint de l'Institut de Recherche
en droit international et européen de la Sorbonne

SOMMAIRE

I. — LES INTERACTIONS ORGANIQUES HORIZONTALES
- A. — *La Cour de Luxembourg, interprète de la Convention*
  - 1. *La Charte, efficace at last !*
  - 2. *La Convention, revisitée*
- B. — *La Cour de Strasbourg, juge de la conventionnalité du système communautaire*

II. — LES INTERACTIONS ORGANIQUES VERTICALES
- A. — *La Cour de Strasbourg, juge des Cours constitutionnelles*
  - 1. *Le contrôle des décisions constitutionnelles*
  - 2. *Le contrôle de l'argumentaire constitutionnel*
- B. — *Les Cours constitutionnelles, juges de la constitutionnalité des systèmes transnationaux*
  - 1. *Les Cours constitutionnelles et la primauté du droit de l'Union*
  - 2. *Les Cours constitutionnelles et le renvoi préjudiciel (article 267 TFUE)*

Le dialogue des juges poursuit son cours en Europe ; il est marqué, entre autres choses, par la première année de mise en œuvre du traité de Lisbonne et par la force contraignante corrélative de la Charte des droits fondamentaux.

RDP411CH10 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 12-08-11 15:32:14

Tandis que les deux Cours européennes sont plus que jamais contraintes de guetter la jurisprudence de l'autre afin de jouer la carte de l'osmose interprétative entre les deux catalogues de droits fondamentaux (Convention européenne et Charte des droits fondamentaux), les Cours constitutionnelles quant à elles continuent d'être les gardiennes de leurs ordres *premiers* de référence. Dans ce concert contentieux, le Tribunal de Karlsruhe s'impose encore et toujours comme le maître du dialogue ; après l'arrêt *Lisbonne*, ce sont les arrêts *Honeywell* et *Rétention des données* qui marquent le tempo, dans le système politique composé qu'est l'Union européenne, des conversations judiciaires avec la Cour de justice.

I. — Les interactions organiques horizontales

A. — *La Cour de Luxembourg, interprète de la Convention*

« Je t'aime, moi non plus ! » Nul n'a pu oublier le bel article écrit par le professeur Vlad Constantinesco en l'honneur de celui qui fut un des Maîtres de Nancy en sciences politiques et en droit constitutionnel, François Borella, qui marqua toute une génération d'étudiants et de futurs professeurs de droit. Alors que Vlad Constantinesco lui avait dédié un article consacré à la citoyenneté européenne en optant pour un titre détonnant (1), on ne peut s'empêcher de le trouver ô combien adapté à la petite histoire des relations subtiles entre la Charte et la Convention européenne dans l'interprétation et la création des droits fondamentaux appartenant à l'ordre juridique de l'Union européenne. Longtemps « aimée » et mise sur le piédestal de l'exclusivité argumentaire, la Convention européenne commence à perdre de sa superbe en étant non pas radicalement mise l'écart du jeu judiciaire voire délaissée après tant d'années de gloire contentieuse, mais très clairement combinée avec la Charte qui, parfois, remporte la palme de l'exclusivité. Il faut y voir la conséquence mécanique de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne qui consacre la force contraignante de la Charte grâce au très important § 1 de l'article 6 TUE (2). La Commission a même établi — dans ce nouveau contexte — un *vademecum* à l'attention des institutions européennes afin qu'elles prennent la mesure de

(1) V. Constantinesco, « Je t'aime, moi non plus ! La société européenne en quête d'affection ? », *in État, société et pouvoir à l'aube du XXIe siècle : mélanges en l'honneur de François Borella,* Nancy, Presses universitaires de Nancy, 1999, pp. 143-163.

(2) Il est intéressant de constater que la Cour de justice dans toutes les affaires traitées en 2010 n'a accordé aucune importance au fait que les éléments factuels des litiges s'étaient déroulés antérieurement à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne... Pourtant, les avocats généraux soulignaient parfois ce point ; à titre d'exemple, v. point 69 des conclusions prononcées le 2 septembre 2010 par P. Mengozzi sous l'affaire DEB Deutsche, C-279/09.

RDP411CH10 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 12-08-11 15:32:14

la nouvelle donne (3). Partant, la Charte est apparue d'une manière ou d'une autre dans un nombre très varié d'affaires où ses dispositions ont été invoquées (4). Il faudra que les requérants apprennent toutefois à maîtriser les contraintes attenantes à son champ d'application (article 51 § 1). Si évidemment la Charte s'adresse aux *« institutions, organes et organismes »* de l'Union, elle est également opposable aux États membres uniquement toutefois « *quand ils mettent en œuvre le droit de l'Union* » (5). La Cour le rappelait sèchement dans une ordonnance du *12 novembre 2010, Estov* (6). Toutefois, elle semble assouplir le libellé restrictif de l'article 51 § 1 en mentionnant que l'affaire en cause ne constituait ni une « *mesure de mise en œuvre du droit de l'Union* », ni présentait « *d'autres éléments de rattachement à ce dernier* » (§ 14). L'incise est importante tant la doctrine s'était interrogée sur les différences de formulation entre le libellé classique et assez large d'origine prétorienne du *« champ d'application du droit de l'Union »* et la formule textuelle mais restrictive de la Charte sur la « *mise en œuvre* ». Le libellé de l'affaire *Estov* relatif au *« rattachement au droit de l'Union »* est assurément compréhensif et augure de développements jurisprudentiels qui ne s'encombreront pas d'une approche trop stricte. Cette intuition semble confirmée par l'affaire de la « Princesse ». Elle a fait grand bruit pour la valorisation du concept d'identité constitutionnelle (7) ; elle est également intéressante car la Cour n'a pas hésité à mobiliser

---

(3) Communication de la Commission, *Stratégie pour la mise en œuvre effective de la Charte des droits fondamentaux par l'Union européenne*, COM (2010) 573 final du 19 octobre 2010, 10 p.

(4) Les dispositions matérielles de la Charte mises en avant cette année étaient très hétéroclites puisque cela allait (sans souci d'exhaustivité) de la liberté de circulation et de séjour (article 45, CJUE, 7 octobre 2010, Lassal, C-162/09, § 29) ; de la vie privée et familiale (article 7, CJUE, 4 mars 2010, Chakroun, C-578/08, § 44, 63, 65 ; CJUE, 23 novembre 2010, Tsakouridis, C-145/09, § 52) ; du droit de négociation et d'actions collectives (article 28, CJUE, Gde Ch., 15 juillet 2010, Commission c/ Allemagne, § 37) ; du niveau élevé de protection de la santé humaine (article 35, CJUE, Gde Ch., 1er juin 2010, Blanco Pérez et Chao Gómez, C-570/07 et C-571/07, § 65) ; de la présomption d'innocence et des droits de la défense (article 48, CJUE, Gde Ch., 14 septembre 2010, Akzo Nobel Chemicals, C-550/07 P, § 54 et 92) ou encore du droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial (article 47, CJUE, Gde Ch., 1er juillet 2010, Winner Wetten, C-409/06, § 58).

(5) Il convient de relever que les explications de cette disposition mentionnent quant à elle la formule plus classique concernant le « champ d'application du droit de l'Union », tout en citant un arrêt du 13 avril 2000 qui lui fait référence à la « mise en œuvre ».

(6) CJUE, ord., 12 novembre 2010, Estov, C-339/10, A. Rigaux, Europe, janvier 2011, comm.1.

(7) CJUE, 22 décembre 2010, Ilonka Sayn-Wittgenstein, C-208/09, point 52 v. D. Simon, Europe, février 2011, comm. nº 40. Du même auteur, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence communautaire », *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, L. Burgorgue-Larsen (dir.), Paris, Pedone, 2011, pp. 27-44.

RDP411CH10 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 12-08-11 15:32:14

une interprétation qui a fait tomber un litige relatif au droit au nom « *dans le champ d'application matériel du droit de l'Union* » (§ 37) et qui l'a amené à mentionner l'article 7 de la Charte (8). Quand un vecteur existe pour rattacher d'une manière ou d'une autre une affaire au droit de l'Union, la Cour de justice trouve toujours le moyen d'y parvenir...

Contraignante *at last* écrivions-nous l'année dernière (9) ; l'évolution observée en 2010 permet de continuer sur cette lancée et d'affirmer, en écho, efficace *at last* (1) ! Le déclin de la Convention qui fait écho à la montée en puissance de la Charte doit être, à ce stade, relativisé car tout est complexe dans le petit monde de l'Union européenne. En effet, ce déclin cache en réalité un processus induit par l'article 52 § 3 de la Charte (10) qui permet en réalité à la Convention (telle qu'interprétée par la Cour de Strasbourg) de retrouver une nouvelle jeunesse et d'être en quelque sorte revisitée par le juge de Luxembourg (2).

1. *La Charte, efficace at last !*

« Efficace, vous avez dit efficace », mais de quoi parle-t-on précisément ? On entend ici par efficacité deux éléments qui entretiennent des liens particulièrement ténus. L'efficacité de la Charte est celle de la force qu'elle arbore au stade de l'argumentation de la Cour (b) tout comme celle qui se dégage, ensuite et surtout, au niveau de la solution adoptée par celle-ci (a). En un mot, l'efficacité dont on parle a trait à la forme et au fond.

a. *L'efficacité décisionnelle*

Si l'arrêt du *27 juin 2006 Parlement c/ Conseil* (11) avait attribué à la Charte une efficacité argumentaire évidente (puisqu'elle était érigée en paramètre du contrôle de légalité du droit de l'Union aux côtés d'autres instruments internationaux), on se rappelle que tel ne fut point le cas au stade décisionnel. L'apparition de la Charte dans la jurisprudence de la Cour de justice n'avait pas pu emporter en effet, au fond, une invalidité de la directive sur le regroupement familial des ressortissants des États tiers. Or, l'invalidité n'était pas en soi incongrue tant ce texte avait été jugé liberticide par un nombre important

(8) Pour un commentaire éclairé de l'arrêt Sayn-Wittgenstein sous l'angle du droit international privé et du problème du conflit des lois qu'il révèle, on lira avec intérêt l'analyse de J. Heymann, JDI, 2011.

(9) Voir cette Revue, « Chronique de jurisprudence européenne comparée », 2010, n° 6, pp. 1809 et s.

(10) Il se lit ainsi : « *Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondants 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 leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue.* »

(11) CJCE, Gde Ch., 27 juin 2006, Parlement c/ Conseil, C-540/03, v. cette Revue, « Chronique de jurisprudence européenne comparée », 2007, pp. 1100-1102.

RDP411CH10 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 12-08-11 15:32:14

d'ONG. Quoi qu'il en soit, la donne aujourd'hui est assurément différente. Deux affaires et non des moindres (*Volker et DEB*) démontrent que le temps du scepticisme à l'endroit des effets juridiques de la Charte est un temps dépassé et qu'au moyen d'une déclaration d'invalidité comme d'une interprétation extensive du droit de l'Union, la Cour arrive à démontrer l'efficacité matérielle de la Charte.

Commençons par l'affaire *Volker* du *9 novembre 2010* (12) qui emporte une invalidité partielle du droit de l'Union conformément aux conclusions présentées par l'avocat général Sharpston (13). La solution est certes traumatisante pour le législateur, mais elle est exemplaire sous l'angle de l'effectivité d'une Union de droit. S'y étaient retrouvées dos-à-dos les exigences de transparence en matière d'attribution des aides agricoles (qui induit la publication des bénéficiaires des fonds de garantie) et la protection des données à caractère personnel. C'est d'emblée, *i.e*. au regard des articles 7 (vie privée et familiale) et 8 (protection des données) de la Charte des droits fondamentaux, que la validité de plusieurs dispositions de règlements concernant le financement de la PAC fut évaluée. L'article 52 § 1 de la Charte était également au centre de la problématique puisqu'il permet, sous certaines conditions, la limitation à l'exercice des droits consacrés par la Charte (14). Un des éléments remarquables de l'affaire est que la justification de l'ingérence fut examinée à l'aune de la seule Charte et de ses dispositions pertinentes pour l'affaire (article 7 et 8). Ce n'est que très furtivement notamment au niveau de l'examen du respect du principe de proportionnalité, que la Cour de Luxembourg mobilisa un arrêt de la Cour de Strasbourg (Cour EDH, 2 mars 2009, *KU c/ Finlande*) pour arriver à le déclarer enfreint exclusivement à l'encontre des personnes privées et non des personnes morales (§ 87) (15).

---

(12) CJUE, Gde Ch., 9 novembre 2010, Volker und Markus Scheke c/ Land de Hesse, aff. C-92/09 et 93/09. v. F. Picod, La semaine juridique, Ed. Gen., nº 50, 13 décembre 2010, p. 1252 ; D. Simon, Europe, janvier 2011, comm.2.

(13) Conclusions présentées le 17 juin 2010.

(14) Selon cette disposition, la limitation à l'exercice des droits doit être prévue par la loi, respecter le « contenu essentiel » desdits droits et libertés et, conformément au principe de proportionnalité, doit être nécessaire et répondre à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui.

(15) Le paragraphe 87 se lit ainsi : « *Enfin, s'agissant des personnes morales bénéficiaires d'aides du FEAGA et du Feader, et dans la mesure où elles peuvent se prévaloir des droits reconnus aux articles 7 et 8 de la charte (voir point 53 du présent arrêt), il doit être considéré que l'obligation de publication résultant des dispositions de la réglementation de l'Union dont la validité est mise en cause n'excède pas les limites qu'impose le respect du principe de proportionnalité. En effet, la gravité de l'atteinte au droit à la protection des données à caractère personnel se présente différemment pour les personnes morales et pour les personnes physiques. Il importe de relever à cet égard que les personnes morales sont déjà soumises à une obligation accrue de publication de données les concernant. Par ailleurs, l'obligation pour les autorités nationales compétentes d'examiner avant la publication des données en cause, pour*

RDP411CH10 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 12-08-11 15:32:14

L'invalidité du droit dérivé n'est pas la seule manifestation de la force arborée par la Charte au niveau de la décision adoptée par la Cour. Elle peut également se manifester au moyen d'une interprétation extensive de la protection accordée aux particuliers, personnes physiques ou morales. L'affaire *DEB* du *22 décembre 2010* (16) — qui concernait la question de savoir si le principe d'effectivité (17) imposait d'accorder l'aide judiciaire à des personnes morales — en témoigne nul sans pareil. Contrairement aux conclusions de l'avocat général Mengozzi qui plaidait pour une interprétation stricte pour ne pas dire restrictive de l'article 47 de la Charte dans une affaire où, écrivait-il, « *les faits étaient antérieurs à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne* » (18), la Cour fut très audacieuse. Alors que la question avait été formulée par une juridiction allemande en ayant comme curseur le principe d'effectivité, elle considéra qu'il fallait la « reformuler » (§ 33) au point de mettre l'article 47 de la Charte au cœur de la problématique (19). À partir de là, au moyen d'une interprétation systématique que l'on pourrait qualifier d'« extensive » — puisqu'elle y intègre, en plus des autres textes du droit de l'Union, le droit des États membres et la jurisprudence de Strasbourg (§ 37) — la Cour de justice finit par affirmer que : « *Le principe de protection juridictionnelle effective, tel que consacré à l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, doit être interprété en ce sens qu'il n'est pas exclu qu'il soit invoqué par des personnes morales et que*

---

chaque personne morale bénéficiaire d'aides du FEAGA ou du Feader, si le nom de celle-ci identifie des personnes physiques imposerait à ces autorités une charge administrative démesurée (voir, en ce sens, Cour eur. D. H., arrêt K.U. c/ Finlande du 2 mars 2009, requête n° 2872/02, non encore publié, § 48). »

(16) CJUE, 22 décembre 2010, DEB Deutsche Energiehandels-und Beratungsgesellschaft mb, C-279/09.

(17) Selon ce principe, les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union ne doivent pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union (voir, notamment, arrêts du 16 décembre 1976, Rewe-Zentralfinanz et Rewe-Zentral, 33/76, Rec. p. 1989, point 5 ; du 13 mars 2007, Unibet, C-432/05, Rec. p. I-2271, point 43, et du 15 avril 2008, Impact, C-268/06, *Rec.* p. I-2483, point 46).

(18) Point 100 des conclusions prononcées le 2 septembre 2010 par P. Mengozzi sous l'affaire DEB Deutsche, C-279/09.

(19) Le point 33 de l'arrêt se lit ainsi : « Eu égard à ces éléments, *il convient de reformuler la question posée en ce sens qu'elle porte sur l'interprétation du principe de protection juridictionnelle effective, tel que consacré par l'article 47 de la charte*, afin de vérifier si, dans le contexte d'une procédure d'action en responsabilité de l'État introduite au titre du droit de l'Union, cette disposition s'oppose à ce qu'une réglementation nationale subordonne l'exercice de l'action en justice au paiement d'une avance sur frais et prévoie que l'aide judiciaire ne peut pas être accordée à une personne morale alors même que cette dernière n'est pas en mesure de faire cette avance. » (souligné par nous).

RDP411CH10 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 12-08-11 15:32:14

l'aide octroyée en application de ce principe peut couvrir, notamment, la dispense du paiement de l'avance des frais de procédure et/ou l'assistance d'un avocat » (§ 63).

Ces affaires sont encore pour l'instant exceptionnelles dans la mesure où elles ne sont pas représentatives de l'*intégralité* du contentieux 2010 ; ce dernier se caractérise en effet dans sa grande majorité par la montée en puissance de la valorisation argumentaire de la Charte, ce qui est évidemment déjà en soi remarquable.

b. *L'efficacité argumentaire*

Si la Charte brille par une présence toujours plus éclatante au stade de l'argumentation, on le doit encore et toujours aux requérants qui depuis longtemps ont compris l'intérêt qu'il y avait à l'invoquer. Même les États — ces requérants singuliers — emportés dans le tourbillon de la procédure en constatation de manquement, n'hésitent pas à l'utiliser pour mieux défendre leur politique judiciaire. Ce fut ainsi le cas de la France dans une affaire où elle fut *in fine* condamnée pour avoir appliqué un taux réduit de TVA aux prestations rendues par les avocats, avocats au Conseil d'État et à la Cour de Cassation et avoués, prestations pour lesquelles ils étaient indemnisés totalement ou partiellement dans le cadre de l'aide juridictionnelle (20).

Ceci dit, c'est surtout au travers du mécanisme préjudiciel en interprétation que la Charte emporta la palme de l'attractivité, qu'elle soit d'ailleurs mentionnée ou non par la juridiction de renvoi (21). L'affaire *Kücükdeveci* du *19 janvier 2010* (22) témoigne de cet état de fait dans une affaire où la juridiction de renvoi était restée muette à son égard et où seul l'avocat général l'avait

---

(20) CJCE, 17 juin 2010, Commission c/ France, C-492/08, point 26 : *« Quant à la seconde condition, la République française est d'avis que les avocats fournissant des prestations dans le cadre de l'aide juridictionnelle sont engagés dans des œuvres d'aide et de sécurité sociales, dans la mesure où l'aide juridictionnelle contribuerait à garantir aux personnes les plus défavorisées l'accès à la justice, droit dont le caractère fondamental serait notamment reconnu par l'article 47, troisième alinéa, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée le 7 décembre 2000 à Nice (JO C 364, p. 1), telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg (JO C 303, p. 1).* »

(21) En général toutefois, la juridiction de renvoi place au cœur du mécanisme une ou plusieurs dispositions de la Charte ; *ad exemplum*, CJUE, 16 septembre 2010, Chatzi, C-149/10.

(22) CJUE, Gde Ch., 19 janvier 2010, Kücükdeveci (C-555/07), point 21. La littérature sur cet arrêt est importante dans les revues françaises. On mentionnera, sans souci d'exhaustivité, M. Aubert, E. Broussy, F. Donnat, « Chronique Travail-Discrimination en fonction de l'âge », AJDA, 15 février 2010, p. 249 et s. ; J. Cavallini, « Délai de préavis de licenciement et principe général de non-discrimination en fonction de l'âge », La semaine juridique, édition sociale, nº 8, 23 février 2010, p. 31 et s. ; C. Murphy, « Politique sociale — Arrêt Kücukdeveci », RDUE, 2010/2, p. 379 et s.

RDP411CH10 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 12-08-11 15:32:14

mentionnée (23). Elle concerne la très importante question de l'interdiction des discriminations en raison de l'âge. On se rappelle que l'arrêt *Mangold* (24) avait érigé en principe général de droit communautaire cette interdiction. Dans cette affaire, si la Cour confirme l'absence d'effet direct horizontal des directives, elle inaugure un contrôle poussé du principe de proportionnalité (ce qui démontre l'importance accordée au problème discriminatoire) (25) et reconnaît surtout l'effet horizontal des droits fondamentaux qu'une directive « concrétise » (26). En d'autres termes, « le juge distingue l'invocabilité de la directive de l'invocabilité du droit fondamental » (27), avec beaucoup d'interrogations conceptuelles en retour. Quoi qu'il en soit, au bout du compte, la Cour a considérablement élargi les perspectives du principe de non-discrimination en raison de l'âge. Pour ce faire, après avoir rappelé l'existence d'un PGD en la matière (§ 21), elle prit la peine de faire référence à l'article 21 § 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union à titre confortatif. Et d'affirmer : « *il convient* également *de relever que l'article 6 § 1 énonce que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a la même valeur juridique que les traités. Selon l'article 21 § 1 est interdite toute discrimination fondée notamment [...] l'âge* » (§ 22). On constate que la Cour de justice place au frontispice de son argumentation l'article 6 § 1 al. 1 TUE qui est la base juridique qui importe la Charte des droits fondamentaux au sein du traité et l'élève au rang de droit primaire (28). Ce renvoi au référent juridique

---

(23) L'avocat général Bot invoquait une question majeure à la fin de ses conclusions prononcées le 7 juillet 2009 : « Pour finir, nous souhaitons faire remarquer que, eu égard à l'immixtion toujours croissante du droit communautaire dans les relations entre personnes privées, la Cour sera, à notre avis, inévitablement confrontée à d'autres hypothèses posant la question de l'invocabilité dans le cadre de litiges entre particuliers de directives qui contribuent à garantir des droits fondamentaux. *Ces hypothèses augmenteront vraisemblablement si la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne acquiert à l'avenir une force juridique contraignante, puisque parmi les droits fondamentaux repris dans cette charte, un certain nombre figurent dans l'acquis communautaire sous la forme de directives*. Dans cette perspective, la Cour doit, selon nous, dès aujourd'hui réfléchir au point de savoir si l'identification de droits garantis par des directives comme constituant des droits fondamentaux permet ou non de renforcer l'invocabilité de celles-ci dans le cadre de litiges entre particuliers. La présente affaire offre à la Cour l'occasion de préciser la réponse qu'elle souhaite apporter à cette importante question. » (C'est nous qui soulignons).

(24) CJCE, 22 novembre 2005, Mangold, C-144/04, *Rec*. p. I-9981.

(25) À l'instar de ce qu'elle fit dans l'arrêt du 12 octobre 2010, *Andersen* (aff. C-499/08), v. AJDA, pp. 2309-2310.

(26) En l'espèce une des trois directives anti-discrimination, la directive n° 2000/78.

(27) S. Marciali, « Invocabilité des directives et des droits fondamentaux dans les litiges entre particuliers devant les juridictions nationales », LPA, 12 mars 2010, n° 51, p. 7.

(28) Il se lit ainsi : *« L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux du 7 décembre 2000, telle qu'adoptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités* ».

RDP411CH10 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 12-08-11 15:32:14

qui a donné l'onction de la positivité à la Charte se retrouve dans beaucoup d'arrêts en 2010 mais ne sera sans doute plus nécessaire dans les années à venir, la force contraignante de la Charte se banalisant à coup sûr. Toutefois, il est des affaires où l'article 6 § 1 est déjà absent. L'affaire *Chatzi* (29) — qui concernait la question de savoir notamment si des jumeaux bénéficiaient comme tel d'un droit au congé parental — ne s'encombra pas d'une référence à cette base juridique. La Cour démarra bille en tête son analyse de l'accord-cadre sur le droit au congé parental en utilisant pour ce faire deux instruments, la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux (§ 16) et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (article 33 § 2) (§ 36 et 37) en valorisant la finalité sociale du congé parental marqué par la nécessaire « conciliation des responsabilités professionnelles et familiales des parents qui travaillent ». La Cour combina ces deux dispositions pour affirmer que les bénéficiaires du droit au congé parental sont les parents et eux seuls en leur qualité de travailleurs. Ceci n'est en aucun cas infirmé par l'existence de l'article 24 de la Charte (droit des enfants) qui ne permet pas d'inférer l'existence pour un enfant d'un droit individuel au congé parental...

2. *La Convention, revisitée*

Bien que le courant jurisprudentiel démontre que la Convention européenne sera toujours plus délaissée par le juge de l'Union — qui en avait fait son référent quasi-exclusif à une époque où la Charte n'était qu'une chimère — elle sert toutefois encore de référent aux côtés d'autres traités comme la Charte sociale européenne ou la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux. Dit encore autrement, la mise à l'écart du jeu judiciaire de la Convention européenne n'est pas arrivée à un point tel qu'elle ait emporté sa disparition radicale du paysage judiciaire. C'est d'ailleurs parfaitement logique quand des droits comparables garantis par les deux catalogues sont en jeu, le renvoi opéré par l'article 52 § 3 entrant alors en ligne de compte. En effet, dans la mesure où la Charte contient des « *droits correspondants à des droits garantis par la CEDH, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère la dite convention.* » L'affaire *J.McB* (30) est caractéristique de cette donne qui démontre, qui plus est, que la Cour entend respecter le principe d'attribution des compétences transférées aux institutions de l'Union. À l'occasion d'un renvoi préjudiciel de la *Supreme Court* irlandaise, la Cour de justice — statuant en urgence (31) — a considéré que le

(29) CJUE, 16 septembre 2010, Chatzi, C-149/10. La question préjudicielle fut posée par une juridiction grecque.

(30) CJUE, 5 octobre 2010, J.McB, C-400/10 PPU.

(31) Conformément à l'article 104 *ter* du règlement de procédure.

RDP411CH10 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 12-08-11 15:32:14

règlement 2201/2003 du 27 novembre 2003 (32) ne s'opposait pas à une législation interne qui subordonnait l'acquisition du droit de garde par le père naturel à l'obtention, par celui-ci, d'une décision de justice lui conférant un tel droit. Le contentieux mettait en scène le déchirement d'un couple non marié, la mère ayant quitté avec ses trois enfants le territoire irlandais pour aller vivre au Royaume-Uni (son pays natal). Or, tout le problème résidait dans le fait qu'en droit irlandais, le père naturel des enfants ne bénéficie pas de plein droit d'un droit de garde, y compris quand il a cohabité et participé activement à l'éducation de ses enfants. Seule une décision de justice pouvait le faire bénéficier d'un tel droit. Or, au moment où il s'est agi pour le père des enfants de prouver que leur « déplacement » par leur mère était « illicite » et qu'il s'assimilait à un enlèvement — au sens de la Convention de La Haye de 1980 et du règlement susmentionné — le père naturel ne fut pas en mesure de démontrer qu'il était détenteur du droit de garde ; partant, le déplacement ne fut pas entaché d'illicéité... Toute la question était donc de savoir si le règlement de 2003, interprété à la lumière de l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux (consacrant le droit à la vie privée et familiale), faisait obstacle à une législation comme la législation irlandaise. Le père naturel le pensait lui qui invoquait une sorte de droit de garde implicite (*inchoate right*) (33) ; ce ne fut pas le point de vue de la Cour. Elle répondit par la négative au moyen d'une analyse qui martela le fait que la Charte ne créait ni modifiait les compétences attribuées à l'Union conformément à l'article 51 § 2 de la Charte (§ 51 ; § 59) ; que l'article 7 avait le même sens et la même portée que l'article 8 de la Convention (§ 53) ; qu'il fallait se référer par voie de conséquence à la jurisprudence de Strasbourg pour interpréter le règlement, jurisprudence qui n'allait pas dans le sens des intérêts du père *in casu* (§ 54). Cette référence appuyée à l'interprétation strasbourgeoise a été agrémentée d'une référence spécifique au droit de l'Union et plus particulièrement au droit de la mère d'exercer librement son droit de circulation (§ 59). Encore fallait-il être sûr que l'article 24 de la Charte — relatif aux droits de l'enfant qui érige son « intérêt supérieur » en principe ultime de sa protection — ne s'opposait pas à une telle interprétation du règlement qui rejoignait les critères de la législation irlandaise. Estimant que ce n'était pas le cas (§ 62), la Cour a pu fournir à la juridiction de renvoi une interprétation du règlement à la lumière de la Charte somme toute très sage, car il était question ni d'empiéter sur un domaine relevant des compétences nationales (l'*attribution* du droit de garde), ni de créer de l'insécurité juridique... En tout état de cause, on voit bien qu'à travers le jeu de l'article 52 § 3, la Convention (qui disparaît

(32) Règlement n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (JO L 338 p. 1).

(33) Voir la « prise de position » de l'avocat général Jääskinen du 22 septembre 2010.

RDP411CH10 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 12-08-11 15:32:14

d'un côté pour réapparaître de l'autre) est revisitée au moyen de cette base juridique. Le vecteur de la jurisprudence strasbourgeoise n'est plus prétorien (PGD) mais textuel (article 52 § 3).

B. — *La Cour de Strasbourg, juge de la conventionnalité du système communautaire*

Les affaires qui mettent aux prises les obligations des États découlant du droit de l'Union au regard de leurs engagements conventionnels continuent d'accéder au prétoire de Strasbourg. Le droit communautaire est tout à la fois on le sait, directement ou indirectement, sous l'empire du contrôle de la Cour de Strasbourg ou sert de façon manifeste et assumée de référent interprétatif pour mieux faire évoluer les droits protégés dans l'ordre conventionnel. Le contentieux étant cette année particulièrement fourni à l'endroit du second élément, c'est celui-ci qui sera développé plus avant (34).

Le droit de l'Union, essentiellement le droit dérivé, sert toujours régulièrement de référent interprétatif à la Cour de Strasbourg. Il est en général combiné avec d'autres sources exogènes dont on sait qu'elles participent depuis de nombreuses années désormais à un phénomène détonnant d'« interprétation croisée » (35). Tous les champs matériels sont couverts par une telle option méthodologique : des questions environnementales (*Mangouras*), en passant par le droit des enfants (*Neullinger et Shuruk*) comme celui des femmes à avorter (*A.B.C*) ou encore plus généralement des affaires touchant la question discriminatoire (*Peterka*), le rayonnement du droit de l'Union au sein de la jurisprudence conventionnelle est toujours plus imposant.

Dans l'affaire *Mangouras* (36) du *28 septembre 2010*, dont l'origine réside dans le désastre environnemental consécutif à l'avarie du navire *Le Prestige*, la Cour délivra de façon particulièrement pédagogique un petit cours de droit comparé afin de présenter l'état du droit s'agissant des catastrophes maritimes. Elle s'est plu dans ce contexte à confirmer la solution de la chambre de sept juges (Cour EDH, 8 janvier 1999) qui avait considéré à l'unanimité que le versement d'une caution d'un montant de 3 millions d'euros en vue de la remise en liberté du prévenu n'était pas contraire à l'article 5 § 3 (37). Ce

---

(34) Sur le premier élément, on ne fera que mentionner l'affaire Veriter c/ France qui fut commentée in « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », AJDA, 9 mai 2011, p. 895 et s.

(35) S. Turgis, *Recherches sur l'interaction entre les normes internationales relatives aux droits de la personne,* Thèse, Paris II, 2009, 647 p.

(36) Cour EDH, Gr. Ch., 28 septembre 2010, Mangouras c/ Espagne.

(37) Il se lit ainsi : « Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au § 1 c) du présent article (...) a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. *La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution immédiate de l'intéressé.* » (C'est nous qui soulignons).

RDP411CH10 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 12-08-11 15:32:14

sont les directives 2005/35/CE et 2008/99/CE (§ 33-43) qui furent ici mentionnées (aux côtés d'une somme impressionnante d'autres instruments internationaux *hard* et *soft*), pour arriver à délivrer un *dictum* qui fera date : *[la Cour] ne saurait ignorer la préoccupation croissante et légitime qui existe tant au niveau européen qu'international à l'égard des délits contre l'environnement. En témoignent notamment les pouvoirs et les obligations des États en matière de lutte contre les pollutions maritimes ainsi que la volonté unanime tant des États que des organisations européennes et internationales d'en identifier les responsables, d'assurer leur présence lors du procès et, le cas échéant, de les sanctionner. [...] En outre, l'on constate une tendance au recours au droit pénal comme moyen de mise en œuvre des obligations environnementales imposées par le droit européen et international* » (§ 86).

Le droit des enfants est un autre domaine où le jeu de l'ouverture interprétative est poussé à son paroxysme. La Cour est régulièrement amenée à contrôler l'application, par les juridictions internes, de traités internationaux relatifs aux droits des enfants et adoptés sous l'égide d'autres organisations que le Conseil de l'Europe (38). Le contentieux européen démontre que la Cour examine la compatibilité d'une mesure nationale avec les exigences de l'article 8 de la convention européenne en prenant en considération de façon systématique le respect ou non par l'État défendeur des obligations qui sont les siennes en vertu de la convention de La Haye du 25 octobre 1980 (39). Elle justifie cette approche en invoquant notamment tant la nature particulière de la Convention « *instrument de l'ordre public européen pour la protection des êtres humains* » que sa « *propre mission* » déclinée à l'article 19 de la convention et consistant à « *assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes parties contractantes* ». Très souvent, d'ailleurs, la convention de New York sur les droits de l'enfant du 20 décembre 1989 entre dans la danse contentieuse en éclairant les obligations imposées aux États par la convention de 1980 pour mieux déterminer les contours de l'« intérêt supérieur de l'enfant » (40). Dans

---

(38) Et ce, malgré son *dictum* classique où elle s'évertue, sans convaincre les observateurs avertis, à répéter à qui veut l'entendre, qu'elle n'est surtout pas le juge de l'application, par les juridictions internes, des engagements internationaux des États parties...

(39) Cour EDH, 12 décembre 2006, Bayrami c/ Albanie ; Cour EDH, DR, 12 avril 2007, Morfis c/ France ; Cour EDH, 6 décembre 2007, Maunousseau et Washington c/ France ; Cour EDH, 6 novembre 2008, Carlson c/ Suisse ; Cour EDH, 17 février 2009, Ancel c/ Turquie.

(40) C. Pettiti, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et la Convention de La Haye sur les enlèvements d'enfants », AJ famille, 2006, p. 185 ; F. Marchadier, « La contribution de la Cour européenne des droits de l'homme à l'efficacité des conventions de La Haye de coopération judiciaire et administrative », RCDIP, 2007, n° 4, pp. 677-715 ; G. Cohen-Jonathan, J.-F. Flauss, « Cour européenne des droits de l'homme et droit international », AFDI, 2005, pp. 677-678 ; AFDI, 2006, pp. 780-787.

RDP411CH10 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 12-08-11 15:32:14

ce contexte méthodologique, l'arrêt de Grande Chambre du *6 juillet 2010 Neullinger et Shuruk* (41) — rendu en matière d'enlèvement d'enfant — semble marquer une rupture. La Cour y juge que l'article 8 de la convention fait obstacle, en ce qu'il garantit l'intérêt supérieur de l'enfant, à une décision judiciaire de retour de l'enfant auprès de l'un de ses parents alors qu'elle fut prise par le Tribunal Fédéral suisse en application de la Convention de La Haye (§ 151)... D'un côté, cet arrêt confirme de façon paroxystique l'approche décloisonnée de la Cour en mettant en évidence « un croisement audacieux des normes » (42). De l'autre, la convention de New York, qui servait jusqu'à présent à délimiter les contours du principe de « l'intérêt supérieur de l'enfant » est sur ce point, pour la première fois, mise à l'écart au profit d'une valorisation très nette de l'article 24 § 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (43) qui rejaillit sur l'article 8 de la Convention qui sort renforcé, pour ne pas dire autonomisé eu égard à la Convention de La Haye (44). Ainsi, l'article 24 § 2 de la Charte, après avoir été présenté dans la partie « En fait » de l'arrêt (§ 56), resurgit dans le corps de l'argumentation. Le paragraphe 135 se lit ainsi : « *La Cour note qu'il existe actuellement un large consensus — y compris en droit international — autour de l'idée que dans toutes les décisions concernant des enfants, leur intérêt supérieur doit primer (voir, ci-dessus, les multiples références citées dans les paragraphes 49-56, et notamment l'article 24 § 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne). Comme l'indique par exemple*

---

(41) Cour EDH, Gde Ch., 6 juillet 2010, Neullinger et Shuruk c/ Suisse, JCP G, 2010, note B. Belda,

(42) A. Gouttenoire, « La Convention internationale des droits de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Mélanges Jacques Foyer,* Paris, Économica, 2008, p. 495.

(43) Il se lit ainsi : Les enfants ont droit à la protection et aux soins nécessaires à leur bien-être. Ils peuvent exprimer leur opinion librement. Celle-ci est prise en considération pour les sujets qui les concernent, en fonction de leur âge et de leur maturité. 2. Dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. 3. Tout enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt. »

(44) L'article 8 et l'intérêt supérieur de l'enfant qui y est intégré présente deux facettes. En premier lieu, le maintien des liens entre l'enfant et sa famille, sauf circonstances exceptionnelles. En second lieu, la garantie pour l'enfant d'« une évolution dans un environnement sain » (§ 136), que la Cour apprécie en se plaçant au moment de l'exécution de la décision litigieuse. À la lumière des critères qu'elle a dégagé pour évaluer cet « environnement sain », la Cour souligne les conséquences graves pour l'enfant du déracinement de son milieu habituel et juge en l'espèce qu'il n'est pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant de retourner en Israël auprès de son père, l'article 8 s'opposant à ce qu'un parent prenne « *des mesures préjudiciables à la santé et au développement de son enfant* » (§ 136).

RDP411CH10 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 12-08-11 15:32:14

la Charte, « tout enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt ». C'est dans un tel panorama que la Cour affirme de façon tout à fait exceptionnelle qu'« *il découle de l'article 8 que le retour de l'enfant ne saurait être ordonné « de façon automatique ou mécanique dès lors que la Convention de La Haye s'applique* » (§ 138)... Quand la Charte est utilisée par la Cour de Strasbourg pour renforcer son propre texte de référence eu égard aux instruments classiques de référence, cela mérite d'être signalé.

Que dire de l'arrêt de Grande Chambre *A.B.C.* (45) du *16 décembre 2010* sinon, qu'une fois de plus, il aborde le thème ultrasensible de l'autonomie des femmes de disposer librement de leur corps en procédant à un avortement (46). Les requérantes — dans des situations différentes — ont toutes les trois du se rendre au Royaume-Uni afin d'avorter. La première pour des raisons de santé et de bien-être (A) ; la seconde, uniquement pour des raisons de bien-être (B), tandis que la troisième voyait sa vie mise en danger avec la réapparition d'une forme rare de cancer. Cet arrêt a été analysé par certains comme une occasion manquée (47) ; la Cour y est en effet catégorique puisqu'elle affirme que « *l'article 8 ne saurait s'analyser comme un droit à l'avortement* » (§ 214). La critique (doctrinale et judiciaire, *i.e.* celle des juges dissidents) s'est surtout axée sur la manière dont elle a apprécié l'interdiction irlandaise de procéder à des avortements pour motifs de « santé et/ou de bien-être » (48). Si la Constitution irlandaise les prohibe (article 40.3.3 de la Constitution irlandaise) (49), la seule exception à cette interdiction de principe concerne les « risques avérés » pour la vie de la mère. La Cour fait tomber cette question dans le champ d'application de l'article 8 et distingue la situation

---

(45) Cour EDH, Gde Ch., 16 décembre 2010, A.,B., C. c/ Irlande.

(46) Après les affaires Cour EDH, 29 octobre 1992, Open Door et Dublin Well Woman c/ Irlande ; Cour EDH, déc., 5 décembre 2002, Bosco c/ Italie ; Cour EDH, Gde. Ch., 8 juillet 2004, V° c/ France ; Cour EDH, 18 mars 2007, Tysiac c/ Pologne.

(47) S. Paricard, « Le droit à l'avortement en fuite ! », *Droit de la famille*, n° 3, mars 2011, comm. 36.

(48) E. Dubout, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'avortement : une question procédurale ? À propos de l'arrêt de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme du 16 décembre 2010 », *Constitutions,* 2011-2 ; F. Sudre, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », JCP G, n° 4, janvier 2011.

(49) La Cour rappelle (§ 36) que le libellé de l'article 40.3.3 de la Constitution découle d'un référendum organisé en 1983 et qui mobilisa 53,67 % des électeurs. 841 233 des participants ayant voté pour la proposition et 416 136 contre. C'est cette consultation populaire qui aboutit à l'adoption d'une disposition (le huitième amendement) qui devint l'article 40.3.3 de la Constitution irlandaise, ainsi libellé : « *L'État reconnaît le droit à la vie de l'enfant à naître et, compte dûment tenu du droit égal de la mère à la vie, s'engage à le respecter dans ses lois et, dans la mesure du possible, à le protéger et à le défendre par ses lois.* »

RDP411CH10 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 12-08-11 15:32:14

des deux premières requérantes de la troisième. Pour les deux premières, son analyse est axée sur le but légitime de l'ingérence dans leur vie privée et sur le « juste équilibre » ménagé par la réglementation irlandaise ; s'agissant de la troisième, l'approche est celle des obligations positives : oui ou non, l'État a-t-il permis à cette requérante de pouvoir procéder à un avortement alors que sa vie était en danger (et qu'elle rentrait ce faisant dans le cadre de l'exception prévu par le droit irlandais) ? Si dans ce dernier cas, l'analyse de la Cour ne prête pas le flanc à la critique — en mettant notamment en exergue l'écart entre le texte de l'article 40.3.3. et la réalité (§ 264) et en condamnant l'État pour manquement à ses *obligations procédurales* — il n'en est pas de même concernant la première branche de son analyse. Afin de décerner un brevet de conventionnalité à l'interdiction irlandaise (en considérant que l'atteinte à la vie privée des requérantes n'était pas disproportionnée car les requérantes pouvaient aller se faire avorter... à l'étranger (!), la Cour mit en exergue un drôle d'argument... Pour la première fois dans son histoire, comme le soulignent les juges dissidents (§ 6 et s.), la Cour au nom de « *valeurs morales profondes* » du peuple irlandais (50) fait fi de l'existence d'un consensus européen « très net » qui démontre que bon nombre de législations nationales permettent l'avortement (51). À ce stade de l'analyse, où peut apparaître le droit de l'Union dans une telle affaire pourrait-on penser ? Aux paragraphes 100 et suivants insérés dans la partie « *En fait* » qui dresse l'état des lieux des « *éléments de droit européen et international* » ; et la Cour de mettre en exergue tous les efforts diplomatiques déployés par l'Irlande dans le cadre du processus d'intégration européenne pour préserver sa spécificité culturelle en la matière. La Cour mentionne tant le protocole n° 17 annexé au Traité sur l'Union européenne tel qu'adopté à Maastricht en 1992 que l'importante décision « ayant force contraignante » des Chefs d'État ou de gouvernement des 27 pays membres de l'Union adoptée en 2007 et qui se lit ainsi : « *Aucune des dispositions du traité de Lisbonne attribuant un statut*

---

(50) Pour un point de vue qui se félicite de la mise en avant de certaines valeurs, v. M. Lévinet, « Zoom. Valeurs morales et restrictions à l'avortement », JCP G, n° 3, 17 janvier 2011, 58. Michel Levinet démarre en effet ainsi son zoom : « L'arrêt semble opérer un revirement bienvenu quant à la détermination de la marge nationale d'appréciation lorsque sont en jeu des questions essentielles de morale. »

(51) Sans rentrer ici dans la critique d'une telle approche, on ne peut résister à la tentation de souligner que dans un tout autre contexte il est vrai et sur un tout autre sujet, la Cour interaméricaine des droits de l'homme, a estimé que le « peuple » pouvait mal faire en prenant par exemple position contre les principes du droit international des droits de l'homme notamment via les procédures de démocratie directe... Alors que le peuple uruguayen à deux reprises avaient validé l'existence de lois d'amnistie — et ce contrairement à la Cour suprême uruguayenne qui elle les avait déclaré inconstitutionnelles — la Cour de San José réitéra les fondamentaux de sa jurisprudence en déclarant ces lois inconventionnelles *per se,* Cour IDH, 24 février 2011, Fond et réparations, Gelman c/ Uruguay, Série C n° 221,

RDP411CH10 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 12-08-11 15:32:14

juridique à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ou relatives à l'espace de liberté, de sécurité et de justice n'affecte de quelque manière que ce soit la portée et l'applicabilité de la protection du droit à la vie prévue à l'article 40.3.1, 40.3.2 et 40.3.3 (...) de la Constitution de l'Irlande (...) ». Voilà que les efforts diplomatiques irlandais dans le cadre de la valorisation de son exception culturelle dans le champ intégratif retentissent avec force à Strasbourg...

Dans cette symphonie du recours au droit de l'Union, la Charte ne démérite point. Elle continue d'influencer l'interprétation de la Convention, mieux d'enrichir le contenu des clauses conventionnelles comme en témoigne la décision *Peterka* du *4 mai 2010* (52). Le requérant, un universitaire — invoquant l'article 1 du Protocole n° 1 combiné avec l'article 14 de la Convention — se plaignait du refus de versement de sa pension de vieillesse pour des motifs discriminatoires. En effet, il s'estimait désavantagé par rapport à trois autres groupes de retraités actifs qui bénéficiaient du versement de la pension, tout en continuant à travailler (53). La Cour s'est lancée dans un rappel particulièrement pédagogique de sa jurisprudence sur la portée de l'article 14. Et d'en profiter pour mentionner que : « De l'avis de la Cour, si la liste des motifs de discrimination dressée à l'article 14 est, certes, indicative, l'on ne saurait affirmer pour autant que cette disposition interdit toute discrimination, quel que soit le critère qui la fonde. Comme il ressort des arrêts et décisions précitées ainsi que de l'affaire *Salgueiro da Silva Mouta c/ Portugal* (n° 33290/96, § 29, CEDH 1999-IX*), l'expression « toute autre situation » ne vise à englober que les critères analogues ou similaires à ceux explicitement énumérés, ayant trait à une caractéristique personnelle.* Il peut s'agir des raisons tenant à des choix personnels reflétant des traits de la personnalité de chacun, comme la religion, les opinions politiques, l'orientation sexuelle et l'identité sexuelle, ou des motifs tenant à des caractéristiques personnelles au sujet desquelles on ne peut exercer aucun choix, comme le sexe, la race, le handicap et l'âge. *Ainsi, peuvent relever de l'article 14 également les motifs qui figurent dans l'article 21 § 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en sus de ceux énumérés dans la Convention, à savoir les origines ethniques, les caractéristiques génétiques, les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle*. » (souligné par nous). On sait que la Cour avait déjà procédé à une extension de la portée de l'article 14 en utilisant la Charte pour inclure parmi les motifs prohibés de discrimination, les caractéristiques génétiques (54) ou encore le handicap (55). Ici, La diffé-

(52) Cour EDH, déc., 4 mai 2010, Josef Peterka c/ République tchèque.

(53) À savoir ceux qui travaillent sur la base d'un contrat à durée déterminée ne dépassant pas un an, ceux que la législation empêche de conclure un tel contrat et ceux qui exercent une activité professionnelle indépendante.

(54) Cour EDH, 1er décembre 2009, G.N. et autres c/ Italie, v. cette Revue, « Chronique de jurisprudence européenne comparée », 2010-6, pp. 1822-1823.

(55) Cour EDH, 30 avril 2009, Glor c/ Suisse, v. cette Revue, Ibid., pp. 1822-1823.

RDP411CH10 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 12-08-11 15:32:14

rence réside dans le fait qu'elle affirme explicitement sa méthodologie, sans prendre le soin d'ailleurs de la justifier une seule seconde (56) tant le recours à la Charte paraît décidément bien « naturel ». Dans ce contexte, la Cour débouta le requérant en concluant que « *les critères tels que la durée du contrat de travail ou le fait d'exercer momentanément une activité professionnelle salariale ou indépendante, faits qui ne semblent refléter aucune caractéristique ou conviction personnelle et qui peuvent changer de manière aléatoire, ne relèvent pas de l'expression « toute autre situation » visée à l'article 14 de la Convention. Il ne peut dès lors pas y avoir en l'espèce de « discrimination » contraire à la Convention*. » La mobilisation de la Charte a permis à la Cour, par un raisonnement *a contrario*, de délimiter la portée de l'article 14 de la Convention ce qui démontre une fois encore que les liens entre les deux instruments sont plus que jamais étroits.

II. — Les interactions organiques verticales

Les Cours constitutionnelles sont des acteurs majeurs du dialogue des juges à l'échelle européenne : elles ne sont pas toujours des organes judiciaires « dociles » eu égard à l'emprise du droit conventionnel comme du droit de l'Union. Accords et désaccords sont toujours au cœur du dialogue. L'équilibre est évidemment fragile, toutefois il est la marque contemporaine de la complexité juridique.

A. — *La Cour de Strasbourg, juge des Cours constitutionnelles*

On a coutume en général dans le cadre de cette section de mettre en évidence le contrôle par la Cour de Strasbourg tant des décisions que des procédures constitutionnelles. Au regard du *case law* européen cette année, seul le premier aspect sera étudié (1). On voudrait mettre également en évidence un autre phénomène assez intéressant sous l'angle argumentaire. Tantôt le défendeur à l'instance, tantôt les *amici curiae,* tantôt les juges (minoritaires) utilisent la jurisprudence des Cours constitutionnelles pour mieux asseoir leur démonstration. Si les différents acteurs judiciaires s'empressent de mettre en avant la jurisprudence constitutionnelle, c'est qu'ils lui attribuent à l'évidence une force de légitimation. Ceci dit, cette valorisation ne veut pas dire qu'elle permettra *ne varietur* d'emporter l'adhésion de la Cour de Strasbourg (2).

---

(56) La justification est en réalité implicite car les critères prohibés de l'article 21 § 1 correspondent à ce que la Cour a exposé plus haut dans sa décision, à savoir qu'ils doivent correspondre à une « caractéristique personnelle » ou à des « choix personnels ».

RDP411CH10 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 12-08-11 15:32:14

1. *Le contrôle des* décisions *constitutionnelles*

Cette année, la jurisprudence met en avant un nombre important de décisions de la Cour européenne qui décernent aux gardiens des Constitutions nationales des *satisfecit*. On s'y attardera donc car les affaires qui valorisent les décisions des juges constitutionnels sont importantes en ce qu'elles maintiennent un lien fort de concorde et, partant, d'ouverture des Cours les unes aux autres. Ainsi, la législation portugaise en matière de bail selon laquelle le propriétaire perd automatiquement le droit à la résiliation du contrat si le locataire habite l'immeuble depuis au moins vingt ans a été validée tant par le gardien de la Constitution que par la Cour européenne dans l'affaire *Almeida Ferreira et Melo Ferreia* (57). Elle en a d'ailleurs profité pour rappeler le *dictum* célèbre de l'arrêt *James et autres* du 26 février 1986 selon lequel « *les sociétés modernes considèrent le logement comme un besoin primordial dont on ne saurait entièrement abandonner aux forces du marché. La marge d'appréciation va assez loin pour englober une législation destinée à assurer en la matière plus de justice sociale* » (§ 33). De même, dans l'affaire *P.V.* (58), la jurisprudence du Tribunal constitutionnel espagnol est valorisée pour être au bout du compte confortée. En effet, tant dans la partie « En Fait » (§ 15 et 16) que dans la partie « En droit » de l'arrêt (§ 32), la Cour européenne n'hésite pas à mentionner la jurisprudence du Tribunal constitutionnel espagnol qui, *in casu*, à l'instar des tribunaux inférieurs, ne s'était pas fondée sur la transsexualité du requérant afin de limiter le régime des visites pour voir son enfant. La Cour prend ainsi le soin de mentionner que les faits de l'espèce se distinguent de ceux de l'affaire *Salgueiro da Silva Mouta* (59) dans laquelle l'orientation sexuelle du demandeur avait « *pesé de manière déterminante dans la décision de lui priver de l'exercice de l'autorité parentale* » (§ 36). En effet, ce qui a convaincu les juridictions espagnoles de restreindre le régime des visites était en réalité *« l'instabilité émotionnelle* » du requérant qui n'allait pas dans le sens de l'intérêt de l'enfant.

Il est intéressant, à ce stade, de s'attarder quelque peu sur l'affaire *Polanco Torres et Movilla Polanco* (60). Elle concerne un domaine particulièrement sensible au cœur du fonctionnement (délicat) des démocraties, qu'elles soient

(57) Cour EDH, 21 décembre 2010, Almeida Ferreira et Melo Ferreia c/ Portugal. La Cour mentionne l'arrêt du Tribunal constitutionnel portugais du 21 mars 2007 dans la partie « En fait » de son arrêt (§ 12). Il n'est pas repris *expressis verbis* dans l'argumentation de la Cour, toutefois elle rejoint sur le fond la position de la Haute juridiction constitutionnelle portugaise. La non violation de l'article 1 § 1 a été déclarée par 5 voix contre deux, les juges Karakas et Raimondi s'élevant contre le fait que selon eux le « juste équilibre » entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs des droits fondamentaux de l'individu a été rompu. (§ 3 et ss.)

(58) Cour EDH, 30 novembre 2010, P.V. c/ Espagne.

(59) Cour EDH, 21 décembre 1999, Salgueiro da Mouta c/ Portugal.

(60) Cour EDH, 21 septembre 2010, Polanco Torres et Movilla Polanco c/ Espagne.

RDP411CH10 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 12-08-11 15:32:14

récentes et donc fragiles ou plus anciennes et (en apparence) plus fortes : la conciliation entre la liberté d'information (article 10) et le droit à la réputation dont on sait qu'il fait partie intégrante de l'article 8 de la Convention. C'est dans ce contexte que les requérantes mirent directement en cause devant la Cour européenne l'attitude du Tribunal constitutionnel madrilène (§ 25 (61) ; § 36 (62)), ce qui est somme toute assez rare pour être souligné (63). Dans une affaire politico-judiciaire des plus sensibles où le quotidien *El mundo* avait dévoilé l'implication des requérantes — respectivement épouse et fille d'un haut magistrat de Cantabrie — dans des affaires douteuses, la Haute juridiction constitutionnelle espagnole avait annulé les décisions des juges ordinaires qui avaient toutes fait droit au grief d'atteinte à leur réputation (64). Par son arrêt du *27 février 2006*, et après une analyse particulièrement fine et détaillée des faits de l'espèce ainsi qu'une mise en balance des différents intérêts en jeu, le Tribunal constitutionnel considéra en effet que l'article 20 § 1 de la constitution espagnole consacrant le droit à l'information avait été enfreint : il donnait raison à l'organisme de presse qui avait eu l'heureuse idée d'activer le recours d'*amparo*. Sans rentrer ici dans le cœur de l'affaire qui témoigne de l'importance pour la Cour de Strasbourg de préserver coûte que coûte le devoir d'information concernant des sujets d'intérêt public, elle attribue un *satisfecit* en bonne et due forme au Tribunal constitutionnel qui n'a pas dépassé la « *marge d'appréciation qui lui est reconnue* » (§ 53). Pour arriver à un tel constat qui induit la mise en balance du droit à la protection de la vie privée et des intérêts concurrents relatifs à la divulgation d'informations d'intérêt général, la Cour de Strasbourg a dû examiner de façon parcimonieuse le raisonnement suivi par la Haute juridiction espagnole. Elle le fit en y souscrivant régulièrement *expressis verbis* pour finir par constater que *« les motifs mis en avant par le Tribunal constitutionnel afin de protéger la liberté de communiquer étaient suffisants pour primer face au droit des intéressés à la protection de leur réputation* » (§ 53). Au-delà de la mise en exergue de ce que l'on a appelé la face positive du contrôle des décisions des cours constitutionnelles, cette affaire démontre la même appréhension matérielle des

(61) Le paragraphe 25 de l'arrêt se lit ainsi : « Les requérantes allèguent que la décision du Tribunal constitutionnel a porté atteinte à leur droit au respect de leur vie privée, garanti par l'article 8 de la Convention, car leur droit à l'honneur et à une bonne réputation a été enfreint. »

(62) Le paragraphe 36 se lit ainsi : « Les requérantes contestent plusieurs aspects de l'arrêt du Tribunal constitutionnel du 27 février 2006... ».

(63) En effet, la formulation de la requête met très précisément à l'index l'arrêt du Tribunal constitutionnel ; autrement dit, le droit de recours individuel est utilisé par les requérantes pour contester directement la solution fournie par le juge constitutionnel dans leur affaire. On voit bien en filigrane que c'est une manière d'ériger la Cour européenne en instance de cassation.

(64) Il s'agissait du Tribunal suprême, de l'Audience nationale et du juge de première instance.

RDP411CH10 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 12-08-11 15:32:14

intérêts en jeu. C'est évidemment fondamental notamment en matière de protection de liberté de la presse dans des sociétés démocratiques toujours aux prises avec les phénomènes multiples et complexes d'instrumentalisation du « 4e pouvoir ».

2. *Le contrôle de l'*argumentaire *constitutionnel*

On aura compris que ce dont il s'agit — en traitant de l'argumentaire constitutionnel — concerne l'invocation — par les parties à l'instance, les tiers intervenants et/ou par les juges de la Cour européenne eux-mêmes — d'un argumentaire qui repose sur l'utilisation de la jurisprudence constitutionnelle dans le but explicite de conforter leur point de vue. Ici, la Cour européenne est évidemment celle qui maîtrise *in fine* cette invocation pour l'accepter ou à l'inverse la réfuter. Ainsi la Russie, dans l'affaire *Sakhnovski* (65), valorise la jurisprudence constitutionnelle afin d'appuyer la présentation d'une exception préliminaire de non-épuisement des voies de recours internes ; c'est un échec et la Cour lui démontrera l'inanité de cette invocation (66). Dans la très importante affaire *S.H. et autres* (67) — qui concerne la délicate question de la procréation médicalement assistée et dans laquelle la Cour a rendu une solution qui s'opposait à la jurisprudence constitutionnelle — c'est la juge dissidente autrichienne (Mme Steiner) qui à l'inverse estime pertinente l'approche choisie par le législateur autrichien et validée par le gardien de la Constitution (68). Dans l'affaire *Sanoma Uitgeverse B.V* (69) relative aux obligations des organes de presse et des journalistes en matière de liberté d'information, ce sont les *amici curiae* qui ont fourni à la cour d'importantes informations de droit comparé notamment en matière de jurisprudence constitutionnelle afin de démontrer que, dans une grande majorité d'États membres, seul un tribunal peut obliger un journaliste à divulguer les informations identifiant des sources confidentielles.

---

(65) Cour EDH, Gde Ch., 2 novembre 2010, Sakhnovski c/ Russie, § 40. Arrêt rendu suite à une demande de renvoi du Gouvernement russe.

(66) Ibid., § 44.

(67) Cour EDH, 1er avril 2010, S.H. et autres c/ Autriche. Cette affaire est sous le coup d'un renvoi devant la Grande chambre tant le sujet abordé — la procréation médicalement assistée — est sensible...

(68) Lisons le passage pertinent de l'opinion dissidente : « Le législateur autrichien n'a pas interdit totalement la procréation artificielle puisqu'il a autorisé l'emploi des techniques homologues. Il ressort de l'arrêt rendu le 14 octobre 1999 par la Cour constitutionnelle que la loi autrichienne repose sur l'idée selon laquelle la procréation médicalement assistée et la conception naturelle doivent obéir à des règles analogues, et que le législateur a notamment voulu maintenir le principe fondamental de droit civil contenu dans l'adage « *mater semper certa est, pater est quem nuptiae demonstrant*. »

(69) Cour EDH, Gde Ch., 14 septembre 2010, Sanoma Uitgevers B.V. c/ Pays Bas, § 45.

RDP411CH10 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 12-08-11 15:32:14

On s'attardera ici plus particulièrement sur l'affaire *Perdigão* (70) qui est détonante tant au regard de ce « jeu » de maîtrise de l'argumentaire constitutionnel qu'au regard de la solution passablement révolutionnaire adoptée à 14 voix contre 3. La problématique pourrait se résumer de la manière suivante. Des propriétaires expropriés par l'État portugais engagent diverses actions judiciaires qui ont pour objet de contester les modalités de la détermination du montant alloué au titre de l'indemnisation due. Or, après un parcours contentieux long, sinueux et complexe, ils perdirent. La somme qu'ils furent contraints de verser à l'État au titre des frais de justice fut plus élevée que le montant de leur indemnisation. L'État fut gagnant sur toute la ligne : il n'eut rien à débourser (au titre de l'expropriation) et encaissa un surplus de 15 000 euros (au titre du paiement des frais de justice)... Le lecteur *lambda* pressent spontanément l'injustice d'une telle situation. Voilà des propriétaires expropriés qui, utilisant les armes à leur portée (l'accès à la justice) entendent défendre le principe d'une « juste indemnité » ; or, le fait de se défendre pour faire valoir leurs droits se retourne au bout du compte contre eux. Le lecteur *juriste* pressent quant à lui que l'indemnité d'expropriation et la somme à verser à la suite d'une condamnation au titre des frais de justice sont deux éléments différents qui n'ont rien à voir l'un avec l'autre. Ce fut d'ailleurs l'argument avancé par le gouvernement défendeur (§ 55) (71) ainsi que par les trois juges dissidents Lorenzen, Casadevall et Fura (72). Cet argument technique n'emporta pas toutefois l'adhésion de la majorité des juges de la grande chambre. À la question (inédite dans l'histoire contentieuse de la Cour) de savoir si des frais de justice peuvent avoir été fixés à un montant tel qu'il emporte violation de l'article 1 du protocole n° 1, la Cour répond par l'affirmative, alors que cette problématique avait été jusqu'à présent exclusivement appréhendée sous l'angle de l'article 6 § 1, parfois combiné avec l'article 14. La Cour arrive à ce résultat au terme d'un raisonnement qui oscille entre la volonté de ne pas malmener la large marge d'appréciation des États en matière de fixation des frais de justice et la volonté d'assurer aux justiciables une protection « concrète et effective » qui va « au-delà des apparences » et qui impose d'analyser « les *réalités* de la situation litigieuse. » (§ 59) (souligné par nous). Elle confirme d'abord *expressis verbis* la « jurisprudence traditionnelle » de la Commission européenne des droits de l'homme selon laquelle

(70) Cour EDH, Gde Ch., 16 novembre 2010, Perdigão c/ Portugal. Arrêt rendu suite à une demande de renvoi du Gouvernement portugais.

(71) Les mots utilisés par le gouvernement défendeur sont durs ; il est en effet mention d'un « amalgame fallacieux » entre deux situations distinctes du point de vue juridique qui aboutit à mélanger deux titres, l'un de crédit, l'autre débit, qui sont (...) indépendants l'un de l'autre. »

(72) Ils s'exprimèrent ainsi : « Comme les juges dissidents de la Chambre, nous estimons que la majorité de la Grande Chambre a opéré une confusion entre deux choses différentes : l'indemnité due pour une expropriation et les frais de justice réclamés aux requérants. »

RDP411CH10 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 12-08-11 15:32:14

les frais de justice à verser dans le cadre d'une procédure judiciaire sont des « contributions » au sens du deuxième alinéa de l'article 1 du protocole n° 1 (73) : « *l'imposition de frais de justice aux justiciables poursuit, entre autres, les buts d'assurer le financement du système judiciaire et l'alimentation du Trésor public.* » (§ 61). Ceci affirmé, la Cour se dégage d'une interprétation qui pourrait être étroite et entend examiner les griefs des requérants en ayant égard à l'article 1 du protocole n° 1 « *pris dans son ensemble* » (§ 62). Partant, l'examen de l'existence d'un « *juste équilibre* » n'est pas *in casu* conditionnée par l'analyse segmentée des différents alinéas de l'article 1. Les fondements de sa démarche posés, elle martèle qu'« *elle n'a pas à examiner le système portugais relatif à la détermination et à la fixation des frais de justice (...) Dans ce domaine, les États contractants jouissent d'une large marge d'appréciation* » (§ 70). Ces derniers peuvent donc être rassurés ; la Cour n'entend pas affecter leur pouvoir de déterminer comme bon leur semble les modalités de financement des systèmes de justice. Elle a d'ailleurs rappelé en ce sens que l'étude de droit comparé (mentionnée dans la partie « en fait ») (74) démontrait l'extrême diversité des solutions adoptées en la matière par les États membres du Conseil de l'Europe. Ceci dit, elle estime que « les circonstances particulières de l'espèce » (§ 62) la poussent à élargir son angle d'approche. En effet, il ne s'agissait pas d'une affaire classique de frais de justice dans le cadre d'un procès de droit privé mais bien d'un litige judiciaire qui opposait les requérants à l'État et « *qui concernait la détermination du montant d'une indemnité d'expropriation, à la suite d'un acte accompli par l'État dans l'exercice de ses pouvoirs de puissance publique (...) Dans les*

---

(73) Il n'est pas inutile à ce stade de rappeler ici le libellé de l'article 1 du protocole n° 1 : « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou *d'autres contributions* ou des amendes. » (Souligne par nous).

(74) On ne peut qu'être saisi par la légèreté de ladite étude de droit comparé. Le lecteur, en prenant connaissance des paragraphes 47 à 50 de l'arrêt, sera frappé par l'absence criante de références précises aux pays concernés par l'étude comme aux législations en vigueur dans ces pays. Il est fait mention « d'un certain nombre d'États membres du Conseil de l'Europe » (§ 47) ; des « lois de nombreux États » (§ 49) ; de « certains États » (§ 49) ; de « nombreux États » (§ 50). On ne peut pas dire que la démarche comparative soit d'une transparence et donc d'une fiabilité absolue. Le droit comparé est suffisamment sérieux pour que les services de la Cour soient en mesure de lui fournir des analyses plus conséquentes. Il est dommage de réaliser que les références comparées sont plus fouillées et précises quand des ONG notamment utilisent la procédure de l'intervention en devenant alors le premier fournisseur d'informations à la Cour.

RDP411CH10 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 12-08-11 15:32:14

circonstances particulières de l'espèce, il peut en effet sembler paradoxal que l'État reprenne d'une main — au moyen des frais de justice — plus que ce qu'il a accordé de l'autre » (§ 72). On prend ici la mesure de la manière dont la Cour entend prendre en considération, profondément, *l'idée de justice* telle qu'appréhendée par le commun des mortels. C'est dans ce contexte que les juges concordants et dissidents se sont emparés de la jurisprudence constitutionnelle pour étayer leur argumentation sous des angles évidemment bien différents. Tandis que les juges Ziemele et Villiger rappelaient que le Tribunal constitutionnel portugais avait été sensible au fait que le montant très élevé des frais de justice avait entraîné une violation du droit d'accès à un tribunal (§ 3 de leur opinion concordante), les juges dissidents Lorenzen, Casadevall et Fura quant à eux mettaient en avant exactement le même élément mais pour pointer la différence de base juridique et donc d'approche. S'élever contre le montant exorbitant de frais de justice sous l'angle de l'article 6 § 1 est une chose, le faire sous l'angle de l'article 1 du protocole n° 1 en est une autre (75)...

B. — *Les Cours constitutionnelles, juges de la constitutionnalité des systèmes transnationaux*

Cette année, l'asymétrie est au rendez-vous ; le contentieux est en effet particulièrement fourni concernant la manière dont les Cours constitutionnelles appréhendent le droit de l'Union tandis qu'il est rare concernant la manière dont elles intègrent ou pas les exigences conventionnelles. L'analyse portera donc sur le premier élément, afin d'examiner la manière dont les Cours constitutionnelles se font « juges » des exigences communautaires.

1. *Les Cours constitutionnelles et la* primauté *du droit de l'Union*

Organiser la complexe articulation des systèmes (a) dans un espace politique composé comme participer, d'une manière ou d'une autre, à la mise en œuvre du droit de l'Union (b), sont toujours des manifestations du dialogue des juges.

a. *Les Cours constitutionnelles et l'articulation des systèmes*

La jurisprudence constitutionnelle allemande est encore à l'honneur cette année. Elle était guettée avec effervescence par tous ceux qui scrutent et

(75) Les juges dissidents sont explicites et inquiets quand ils rappellent que : « Le présent arrêt peut ainsi être interprété comme une première étape vers l'abandon d'un principe qui a jusqu'à ici toujours été suivi dans notre jurisprudence, à savoir que, d'une manière générale, l'imposition de taxes et de contributions ne peut être attaquée sur le terrain de l'article 1 du protocole n° 1. Nous estimons que pareille évolution n'est pas souhaitable. »

RDP411CH10 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 12-08-11 15:32:14

décortiquent les formules des juges de Karlsruhe *leaders* incontestés du dialogue noué avec la Cour de Luxembourg et, par ricochet, avec les autres Cours constitutionnelles et suprêmes européennes. Les affaires *Rétention des données* (*2 mars 2010*) et *Honeywell* (*6 juillet 2010*) — pendantes devant le Tribunal constitutionnel allemand au moment où il délibérait sur l'affaire *Lisbonne* (76) — étaient très attendues (77). Elles sont majeures pour comprendre les subtilités du dialogue judiciaire dans un espace politique « composé » où l'on constate, année après année, que la coexistence pacifique judiciaire l'emporte *in fine* toujours sur le déclenchement ou, à tout le moins, la pérennisation des hostilités. La raison, plutôt que la passion.

Saisi d'un recours constitutionnel, le Tribunal constitutionnel allemand a estimé, par un arrêt du *6 juillet 2010* dans l'affaire *Honeywell* (78), que la Cour de justice dans son arrêt *Mangold* (79) n'avait pas procédé à une création prétorienne illicite et n'avait pas manifestement excédé ses compétences. Cette décision était très attendue car elle se présentait comme une des décisions *post-Lisbonne* qui donnait l'occasion au juge constitutionnel d'activer ou non sa réserve de constitutionnalité relative au respect du principe d'attribution des compétences (article 5 § 1 TUE). On sait en effet que l'arrêt *Lisbonne* avait défrayé la chronique doctrinale, le petit monde des commentateurs étant partagé entre une analyse résolument euro-sceptique ou raisonnablement euro-optimiste de l'arrêt du *30 juin 2009*. La décision *Honeywell* devrait rassurer les thèses avancées par les plus optimistes en doctrine dans la mesure où le Tribunal constitutionnel allemand n'a décelé aucun *ultra vires* dans la jurisprudence *Mangold*. Ce faisant, il se fait quand même, *in fine,* l'arbitre du respect du principe d'attribution des compétences par la Cour de justice de l'Union. C'est assurément le prix à payer dans une Union « complexe » où le réseau normatif a pris le pas sur la hiérarchie des normes et où l'équilibre judiciaire repose sur une redistribution des cartes entre les rôles attribués à chaque acteur d'un ensemble politique qui n'est pas un État fédéral.

---

(76) Voir cette Revue, « Chronique de jurisprudence européenne comparée », 2010-6, p. 1832, note 83.

(77) Pour une analyse pénétrante et particulièrement détaillée de ces deux affaires, on se reportera avec intérêt à l'analyse de D. Hanf, « Vers une précision de la *Europarechtsfreunlichkeit* de la Loi fondamentale. L'apport de l'arrêt « rétention des données » et de la décision « Honeywell » du BVerfG », Research paper in Law, 2010/3, 2010, 30 p. On renvoie également à l'analyse plus globale de F. Mayer sur la jurisprudence allemande en matière européenne depuis les origines jusqu'à nos jours, v. « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence constitutionnelle allemande », *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, L. Burgorgue-Larsen (dir.), Paris, Pedone, 2011, pp. 63-87 ainsi qu'à celle de M. Payandeh, « Constitutional review of EU law after Honeywell: contextualizing the relationship between the German constitutional Court and the EU Court of justice », Common market Law Review, 2011, pp. 9-38.

(78) Tribunal constitutionnel allemand, 6 juillet 2010, 2 BvR 2661/06, *Mangold-Urteil EuGH, Honeywell*.

(79) CJCE, 22 novembre 2005, *Mangold*, C-144/04, Rec. p. I-9981.

RDP411CH10 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 12-08-11 15:32:14

Revenons aux faits à l'origine de cette décision. Dans le très important arrêt *Mangold*, on sait que la Cour de justice avait jugé que la réglementation allemande — qui autorisait, même en l'absence de raison objective, la conclusion de contrats de travail à durée déterminée lorsque le travailleur avait atteint l'âge de 52 ans — n'était pas conforme au droit de l'Union. La Cour de Luxembourg en avait profité pour dégager un principe général de non-discrimination en fonction de l'âge, afin (notamment) de contourner l'obstacle relatif au délai de transposition de la directive 2000/78 qui n'avait pas encore transpiré. Dans la foulée de cette création prétorienne d'un nouveau principe général du droit, la Cour avait enjoint au juge national de laisser inappliquée toute disposition de la loi nationale contraire à ce principe. Cette interprétation fut très contestée en Allemagne au regard notamment du déficit argumentaire dont elle souffrait (80). Au lieu de se baser sur la spécificité des « directives anti-discrimination » — et notamment celle qui était en jeu, *i.e.* la directive 2000/78 —, sur le particularisme de l'article 19 TFUE ou encore sur l'importance de l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux (comme l'y avait incité l'avocat général Tizzano), la Cour se basa sur des « traditions constitutionnelles communes » non définies (81) et sur des instruments internationaux qui — s'ils mentionnent le principe de non-discrimination au sens large du terme — n'opèrent guère de références explicites à la question de l'âge. Ces critiques encouragèrent un équipementier automobile — qui avait recruté un employé de plus de 52 ans sur la base d'un contrat de travail à durée déterminée sans avoir argué d'aucune raison objective — à contester l'interprétation de la Cour de justice, très rapidement prise en considération par les juridictions allemandes. *In casu*, la Cour Fédérale du travail (*Bundesarbeitsgericht*) avait en effet donné raison à l'un de ses employés de plus de 52 ans en se basant sur la jurisprudence *Mangold*. Ainsi, dans son recours devant le Tribunal de Karlsruhe, l'équipementier automobile faisait valoir que l'arrêt de la Cour Fédérale du travail était fondé sur une création prétorienne illicite de la Cour de justice de l'Union qui, en proclamant le principe général de non-discrimination en fonction de l'âge, aurait opéré un *ultra vires*. La question soulevée était donc de savoir si la Cour de justice avait violé le principe d'attribution de compétences.

Dans leur ordonnance du *6 juillet 2010*, les juges de Karlsruhe ont tout à la fois confirmé les fondamentaux de leur jurisprudence tout en désamorçant l'existence de potentiels conflits. Confirmer, tout en apaisant. La confirmation concerne le droit et même le devoir de contrôler les actes des organes et des

---

(80) Déficit argumentaire reconnu quelques mois plus tard par l'avocat général Y. Bot dans ses conclusions (point 77) rendues dans l'affaire Kücüdeveci c/ Swedex du 19 janvier 2010, aff. C-555/07.

(81) « Traditions constitutionnelles » non définies, et pour cause, puisqu'une analyse de droit comparé démontre que seule la Constitution finlandaise consacre un principe général d'interdiction des discriminations au regard de l'âge...

RDP411CH10 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 12-08-11 15:32:14

institutions européens (et notamment ceux de la Cour de Luxembourg) au regard d'un éventuel dépassement de leurs compétences (§ 55). L'apaisement provient du fait que cette pétition de principe sur l'existence du contrôle *ultra vires* est assortie d'une analyse « eurocompatible » récurrente. L'ouverture de la Loi Fondamentale allemande au droit de l'intégration est en effet régulièrement valorisée (article 23) dans les développements du Tribunal de Karlsruhe. Tout d'abord, il met en avant l'obligation de coordonner l'examen des griefs visant un tel comportement *ultra vires* avec la mission confiée à la Cour de justice qui est d'assurer l'interprétation et l'application des traités. Il reconnaît que la primauté du droit de l'Union se trouverait compromise si chaque État membre revendiquait la compétence de ses juridictions pour statuer sur la validité d'actes juridiques de l'Union. En conséquence, afin de ne pas mettre en péril l'application uniforme du droit de l'Union, et afin de dépasser de telles tensions inévitables, il convient de les « *concilier de manière coopérative en accord avec l'idée de l'intégration européenne et de les désamorcer par voie de considération mutuelle* » (§ 57) (82). Partant, la Haute juridiction constitutionnelle décline les critères à la fois procéduraux et matériels applicables à l'exercice du contrôle de l'*ultra vires*. S'agissant du premier élément, c'est le mécanisme préjudiciel de l'article 267 TFUE qui est mis à l'honneur. Et la Cour d'établir un ordre de préséance contentieuse en quelque sorte : « *Avant de retenir l'existence d'un acte ultra vires, il convient de saisir la Cour de justice de l'Union européenne au titre de l'article 167 TFUE pour lui permettre d'interpréter le traité et de statuer sur la validité et l'interprétation des actes en cause, si elle n'a pas clarifié les questions soulevées* (83). » À la question de savoir si le Tribunal constitutionnel allemand est visé par cette obligation procédurale, la décision ne souffle mot et la formule est suffisamment large pour laisser planer un doute. Ce qui est sûr, c'est que l'obligation joue évidemment à l'endroit des juges ordinaires. Quant à la condition d'ordre matériel, le Tribunal allemand — en s'arrimant à la jurisprudence de la Cour de justice en matière de responsabilité, fait par ailleurs tout à fait remarquable (84) — estime que *l'ultra vires* ne doit pas seulement être « évident » mais il doit surtout être « *suffisamment caractérisé* » (§ 61). Tel serait le cas si la violation des règles de compétences par les autorités de l'Union était « manifeste » et si l'acte attaqué « *affectait de manière significative la structure du système de répartition des compétences entre l'Union et les États membres eu égard au principe d'attribution et de prééminence de la loi* » (§ 61) (85).

Il ressort clairement de l'arrêt (§ 66) et de l'existence de cette double condition que l'éventuel contrôle *ultra vires* du Tribunal constitutionnel ne

(82) Traduction de D. Hanf, *op. cit.,* p. 19.

(83) Traduction de F. Mayer, *op. cit.,* p. 74.

(84) Le Tribunal constitutionnel allemand cite en effet l'arrêt de la CJUE du 10 juin 2003 rendu dans l'affaire Fresh Marine (C-472/00 P), Rec. 2003, I-7541, point 26.

(85) Traduction de D. Hanf, *op. cit.,* p. 20.

RDP411CH10 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 12-08-11 15:32:14

pourra se déclencher qu'à l'encontre d'un arrêt de la Cour de justice. En effet, « étant donné que l'examen de la constitutionnalité d'un acte de l'Union exige que la CJUE ait eu l'occasion de se prononcer préalablement sur l'interprétation et la validité des dispositions du droit de l'Union en question, le contrôle dit '*ultra vires*' s'applique nécessairement à la jurisprudence des juges de Kirchberg » (86)... Dans ce contexte, le Tribunal prend le temps de préciser les limites qui s'imposent à la création prétorienne de la Cour de justice. Toutefois, la présentation de l'inadmissible, de l'inacceptable, en un mot de ce qui ne pourrait pas être toléré par le Tribunal allemand est une fois de plus largement atténué par une approche « eurocompatible » qui prend en compte tant la spécificité des compétences de la Cour que celle du droit de l'Union. L'inadmissible consisterait à modifier considérablement les décisions du législateur, à créer des nouvelles dispositions sans qu'elles ne soient suffisamment rattachées aux bases juridiques des traités ou encore à prendre des décisions d'ordre politique ou qui « aboutiraient à un glissement d'ordre structurel » du système constitutionnel de répartition des compétences (§ 65). Ceci affirmé, le Tribunal constitutionnel démontre immédiatement qu'il est parfaitement conscient de la nécessité pour la Cour de justice de développer l'ordre juridique de l'Union et qu'il ne peut mettre en péril l'intégration supranationale en remettant en cause les fonctions du pouvoir judiciaire européen (§ 66). En un mot, le contrôle de l'*ultra vires* d'un arrêt de la Cour de justice sera « discret », pour ne pas dire « improbable »... *In casu*, les juges de Karlsruhe estimèrent que la Cour de justice n'avait pas commis de violation « suffisamment caractérisée » du principe d'attribution de compétences en énonçant un principe général de non-discrimination en fonction de l'âge ; elle avait en effet ni créé une nouvelle compétence, ni élargi une compétence existante. De même, dans la ligne de sa jurisprudence, la Cour de justice avait parfaitement pu attribuer un effet à la directive 2000/78 avant même l'échéance du délai de transposition de celle-ci.

b. *Les Cours constitutionnelles et la mise en œuvre du droit de l'Union*

Les relations entre ordres juridiques au sein de l'« espace composé » européen sont subtiles. Si les Cours constitutionnelles sont des gardiennes vigilantes du niveau de protection des droits fondamentaux en contrôlant le droit dérivé de l'Union par le biais des mesures nationales de transposition (*), elles s'avèrent également être les gardiennes de ce même droit dérivé. En effet, en contrôlant non plus l'activité du législateur national, mais celle des juges ordinaires, elles se font les alliés objectifs des institutions de l'Union dans le contrôle de la correcte *mise en œuvre* du droit de l'Union au sein des États membres (**).

(86) D. Hanf, *op. cit.,* pp. 20-21.

RDP411CH10 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 12-08-11 15:32:14

* Les Cours constitutionnelles et le contrôle *indirect* du droit dérivé

La directive 2006/24 sur la conversation des données est à nouveau à l'honneur cette année dans le contentieux constitutionnel national (87). On sait qu'il s'agit d'un texte qui vise à harmoniser les obligations imposées par les États aux fournisseurs de services de communications électroniques en matière de rétention de données à caractère personnel (88). Le *8 octobre 2009*, c'était la Cour constitutionnelle roumaine qui déclarait inconstitutionnelle la loi nationale de transposition dudit texte (89) ; le *2 mars 2010* (90), c'était l'Allemagne qui mettait en évidence le fait que les juges constitutionnels, avec les armes qui sont les leurs (le contrôle de constitutionnalité des lois), arrivent encore et toujours à contrôler indirectement le droit dérivé. L'affaire était tout sauf anodine puisqu'il s'agissait de savoir si la rétention des données imposée par la directive et mise en œuvre par la loi nationale de transposition — dans le but de combattre les infractions pénales notamment en matière de terrorisme — empiétait sur le secret des communications garanti par l'article 10 de la Loi Fondamentale. Entre alors en scène la jurisprudence allemande en matière de protection des droits fondamentaux incarnée historiquement par la jurisprudence *Solange (I et II)* (91) et développée par les arrêts non moins importants *Masstricht* (92), *Bananes* (93), *Quotas d'émission de gaz à effet de serre* (94), et en dernière instance *Lisbonne* (95). Selon ce courant jurisprudentiel, on sait que la garantie des droits fondamentaux établie par la Loi Fondamentale fait partie intégrante de l'identité constitutionnelle de l'État allemand et représente, par voie de conséquence, une limite absolue

---

(87) Directive 2006-24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservations des données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux de communications, et modifiant la directive 2002/58/CE, JO L. 105 du 13 avril 2006, pp. 54-63.

(88) En plus d'être au cœur de contentieux constitutionnels, cette directive fut au cœur d'un contentieux de la base juridique, CJUE, 10 février 2009, Irlande c/ Conseil et Parlement européen (C-301/06).

(89) Cette Revue, « Chronique de jurisprudence européenne comparée », 2010-6, pp. 1834-1836.

(90) Tribunal constitutionnel allemand, 2 mars 2010, 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08 ; arrêt dit « *rétention des données* ».

(91) Tribunal constitutionnel allemand, 22 octobre 1986, 2 BvR 197/83.

(92) Tribunal constitutionnel allemand, 12 octobre 1993, Maastricht (Affaire encore appelée « Brunner »).

(93) Tribunal constitutionnel allemand, 7 juin 2000, Organisation commune des marchés dans le secteur de la banane (affaire dite des « Bananes »).

(94) Tribunal constitutionnel allemand, 13 mars 2007, Quotas d'émission à effet de serre.

(95) Tribunal constitutionnel allemand, 30 juin 2009, Lisbonne.

RDP411CH10 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 12-08-11 15:32:14

à l'intégration européenne de l'Allemagne. Toutefois, depuis la création prétorienne par la Cour de justice d'un catalogue de droits fondamentaux et le dialogue subséquent qui s'en est suivi avec le Tribunal de Karlsruhe, celui-ci a fini par considérer qu'il ne peut contrôler les normes de droit dérivé par rapport aux droits fondamentaux allemands uniquement dans l'hypothèse — par définition exceptionnelle — où la protection des droits fondamentaux ne serait plus assurée « de manière générale » au niveau de l'Union européenne (apport de l'arrêt *Organisation communes des Bananes*). Dans ce contexte, il estime que son *self restraint* s'étend en principe à toutes les mesures appliquant le droit de l'Union et plus particulièrement celles qui transposent les directives (apport de l'arrêt sur les *quotas à effet de serre*, § 69). Partant, ici, et à condition que la validité de la directive soit établie notamment au moyen d'un renvoi préjudiciel (article 267 TFUE), un recours d'inconstitutionnalité contre des mesures nationales d'exécution est déclaré inadmissible. Ce *self restraint* est flanqué toutefois d'une limite : quand le droit de l'Union laisse au législateur national une marge de manoeuvre dans la mise en œuvre, les exigences de protection des droits fondamentaux posées par la Loi Fondamentale reprennent le dessus (96) ; par un effet mécanique, le contrôle du Tribunal constitutionnel est alors réactivé. Subtile répartition des compétences (pour ne pas dire des responsabilités) entre les acteurs judiciaires de l'espace politique de l'Union européenne... qui implique notamment un examen parcimonieux de la notion de marge de manœuvre dans l'opération de transposition.

Ceci rappelé, la problématique au cœur de l'affaire consistait à savoir si le Tribunal constitutionnel allait se déclarer compétent pour vérifier la constitutionnalité des dispositions de la loi nationale de transposition. Or, au regard des critères rappelés ci-dessus, deux options se présentaient aux juges de Karlsruhe. S'ils considéraient la directive comme assurant un niveau général suffisant de protection des droits fondamentaux, ils devaient rejeter le recours de constitutionnalité ; dans le cas contraire, la saisine de la Cour de justice d'un renvoi en appréciation de validité de la directive devait être activé avant que le Tribunal constitutionnel n'accepte éventuellement d'examiner la constitutionnalité la loi de transposition (97). Si les juges décidaient d'examiner la marge de manœuvre laissée par la directive au législateur national, alors ils pouvaient recouvrer leur compétence en examinant les dispositions qui étaient le résultat exclusif de la marge de manœuvre étatique en les contrôlant au regard du seul niveau de protection établie par la Loi Fondamentale. Or, on sait — pour l'avoir mentionné dans la chronique de l'année 2009 — que

(96) En effet, dans ce cas de figure, la mesure nationale d'application est considérée comme étant « attribuable » à un pouvoir public allemand.

(97) D. Hanf mentionne à cet égard que, conformément à cette jurisprudence, les requérants avaient justement demandé au Tribunal de saisir la Cour de justice de l'Union européenne par le biais préjudiciel afin que l'invalidité de la directive puisse être constatée..., *op. cit.*, p. 8.

RDP411CH10 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 12-08-11 15:32:14

l'article 4 de la directive 2006/24 octroie aux États membres une marge d'appréciation dans l'adoption de mesures afin d'établir au mieux les conditions d'accès aux données conservées par les autorités.

L'arrêt du *2 mars 2010* inaugure une nouvelle approche qui opère une fusion des deux options contentieuses qui auraient dû, normalement, rester cloisonnées. Une éclatante complexité surgit ici. Non seulement le Tribunal accepte d'examiner, à la lumière de la seule Loi Fondamentale, les modalités établies par le droit national régissant l'*accès*, l'*exploitation* et la *sécurité* des données (qui laissaient une marge de manœuvre au législateur national), mais il examine également la constitutionnalité des dispositions régissant la *rétention* des données comme tel en décidant de ne pas activer le mécanisme préjudiciel, alors qu'il s'agissait ici d'une question où le législateur allemand n'avait en principe aucune marge de manœuvre. Dominique Hanf explique un tel procédé par le fait que « très probablement [...] la Cour ne souhaitait ni se refuser à demande des requérants, ni solliciter le concours de la CJUE » (98)... Il est difficile évidemment de savoir de façon certaine si cette explication est la bonne ; ce qui est sûr, c'est le résultat d'une telle approche : le Tribunal de Karlsruhe jugea certaines dispositions de la loi sur les télécommunications et du code de procédure pénale (qui avaient transposé la directive 2006/24), non conformes à la Loi fondamentale ; elles furent par voie de conséquence déclaré nulles.

* Les Cours constitutionnelles et le contrôle de la *mise en œuvre* du droit dérivé

Les trois directives anti-discrimination en vigueur à ce jour (directives 2000/43, 2000/78 et 2004/113) (99) suscitent un contentieux grandissant à l'échelle européenne (100), mais également à l'échelle nationale. Si les deux processus sont particulièrement intéressants à suivre, c'est le second qui intéresse plus particulièrement l'objet de cette chronique. Les Cours constitutionnelles tchèque et belge sont à l'honneur cette année ; elles participent en effet à leur manière à donner un effet concret à l'exigence d'une correcte application du droit « anti-discrimination » de l'Union, dont on sait qu'il aspire à transformer en profondeur les sociétés européennes.

---

(98) D. Hanf, *op. cit*., p. 9. Il faut en effet rappeler que la jurisprudence allemande sur l'examen de constitutionnalité des actes nationaux de transposition s'appliquait, dans les faits, aux seuls juges ordinaires...

(99) Directive 2000/43 du 29 juin 2000 relative à la *mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique*, JO L. 180/22, 19 juillet 2000 ; directive 2000/78 du 27 novembre 2000 portant création d'un *cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail,* JO L. 303/6, 2 décembre 2000 ; directive 2004/113 du 11 décembre 2004 mettant en œuvre le *principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services,* JO L. 373/37, 21 décembre 2004.

(100) A. Eriksson, « European Court of Justice: Broadening the scope of European nondiscrimination law », *I.CON,* vol. 7, nº 4, October 2009, pp. 731-753.

RDP411CH10 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 12-08-11 15:32:14

Par son arrêt du *27 janvier 2010* (101), la Cour constitutionnelle de Prague (l'*Ústavani soud*), saisie d'un recours constitutionnel contre les décisions de la Cour supérieure de Prague et de la Cour suprême, a déclaré nulles ces décisions pour défaut de motivation pertinente. La question *in casu* était de savoir si les faits de l'espèce pouvaient être qualifiés de « harcèlement » au sens de la directive 2000/43 relative à la *mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine*. Le requérant, un Rom, invoquait que le fait de placer à l'intérieur d'un restaurant une statue tenant dans ses mains une batte de base-ball portant une inscription « Sur les tsiganes ! » constituait un harcèlement tel que défini à l'article 2 c). de la directive (102). Si d'un côté la Cour constitutionnelle s'est alignée sur les considérations des juridictions statuant en première et deuxième instance portant sur la nécessité de l'existence d'un élément objectif de l'atteinte aux droits garantis, elle a jugé la motivation dépourvue de caractère convaincant compte tenu de l'absence d'un tel élément (103). Ce faisant, la Cour constitutionnelle considéra que la motivation des décisions des juridictions judiciaires souffrait d'un déficit d'argumentation et constituait, ce faisant, une violation du droit à un procès équitable du requérant.

De son côté, la Cour constitutionnelle belge — dans le cadre d'une procédure de question préjudicielle de constitutionnalité — a jugé par un arrêt du *30 septembre 2010* (104) que l'article 83 § 1 de la loi du 3 juillet 1978 relative au contrat de travail — qui prévoit un délai de préavis réduit pour les travailleurs âgés de plus de 65 ans — ne viole pas les principes d'égalité et de non-discrimination alors que les demanderesses avaient invoqué l'interdiction générale de toute discrimination liée à l'âge (105), telle qu'appliquée dans

---

(101) Cour constitutionnelle tchèque, 13 janvier 2010, II. S 1174/09, une version anglaise est disponible à l'adresse suivante : *www.concourt.cz/view/726*.

(102) Il se lit ainsi : « harcèlement : la situation dans laquelle un comportement non désiré lié au sexe d'une personne survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ».

(103) À cet égard, la Cour constitutionnelle reproche à la juridiction de première instance de ne pas avoir motivé sa conclusion qu'il n'y a pas eu harcèlement au sens de la directive 2000/43 et à la juridiction d'appel de ne pas avoir examiné cette conclusion, même si l'existence d'un tel harcèlement n'était pas exclu en l'occurrence.

(104) Cour constitutionnelle belge, 30 septembre 2010, nº 107/2010, numéro du rôle 4810.

(105) Le passage pertinent se lit ainsi : « *III. En droit. A.1.1. La partie demanderesse devant le juge a quo observe tout d'abord qu'il existe une interdiction générale de toute discrimination liée à l'âge. Il suit de l'arrêt Mangold (CJUE, 22 novembre 2005, C-144/04) que l'interdiction de discrimination liée à l'âge est un principe général du droit communautaire européen. Il convient en outre de considérer que 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 (ci-après : la « directive-cadre ») a « un effet direct horizontal indirect* ».

RDP411CH10 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 12-08-11 15:32:14

l'arrêt *Mangold* (106). Elles citaient également à l'appui de leur recours la directive 2000/78, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Selon la Cour, la différence de traitement reprochée est en réalité fondée sur un « critère objectif », à savoir le fait que le travailleur congédié a atteint ou non l'âge de 65 ans. Elle est également fondée sur des « objectifs légitimes » de nature sociale. En effet, l'instauration de délais de préavis réduits pour les travailleurs approchant de l'âge de la retraite est liée à l'introduction de la règle selon laquelle est nulle une clause de résiliation, dans un contrat de travail, ayant pour effet que le fait d'atteindre l'âge de la retraite ferait cesser ce contrat. Or, du fait de l'introduction de cette nullité, si l'employeur ne pouvait donner un congé à un travailleur qui a atteint l'âge de la retraite et qui travaille depuis longtemps dans la même entreprise qu'en appliquant les délais de préavis normaux, il devrait parfois avoir décidé plusieurs années auparavant du maintien ou non d'un tel travailleur. La Cour a également considéré que la discrimination est « raisonnablement justifiée », le délai réduit n'étant applicable qu'aux travailleurs approchant de l'âge de la retraite de 65 ans. Le choix de l'âge de 65 ans n'est donc pas arbitraire, mais correspond à l'âge auquel le travailleur a droit à une pension de retraite complète (§ B.5.4). Par ailleurs, la Cour a relevé que l'employeur n'est pas obligé d'appliquer le délai de préavis réduit, le contrat de travail pouvant prévoir des conditions plus favorables. De telles analyses ne seraient pas en outre, selon la Cour, en contradiction avec la directive 2000/78. Et de justifier ce point de vue en se référant (§ B.5.5) aux arrêts *Palacios de la Villa* (107) et *Age Concern England* (108) selon lesquels des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas *per se* une discrimination à partir du moment où elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires. Quand une Cour constitutionnelle examine une question préjudicielle de constitutionnalité à l'aune du droit de l'Union en se transformant, du même coup, en un excellent juge de droit commun de l'Union...

2. *Les Cours constitutionnelles et le renvoi préjudiciel (article 267 TFUE)*

Le contentieux met en scène deux types de problématiques. La première concerne la manière dont les Cours constitutionnelles prennent acte des arrêts préjudiciels quand elle ont été à l'origine de la saisine de la Cour de justice (a). La seconde est relative à la prise en compte générale par les Cours constitutionnelles de la jurisprudence de Luxembourg en matière de renvoi (b).

---

(106) CJUE, 22 novembre 2005, Mangold, C-144/04, Rec. p. I-9981.
(107) CJUE, 16 octobre 2007, Palacios de la Villa, C-411/05, Rec. p. I-8531.
(108) CJUE, 5 mars 2009, C-388/07, Age Concerne England, Rec. p. I-1569.

RDP411CH10 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 12-08-11 15:32:14

a. *Les conséquences des saisines des Cours constitutionnelles*

On se rappelle la « petite révolution » consistant pour la Cour constitutionnelle italienne à saisir la Cour de justice par deux décisions en date du *12 février 2008* (109) ; elle mettait ainsi fin, grâce à la révision constitutionnelle de 2001 qui modifiait le paysage contentieux italien, à sa résistance à l'endroit du renvoi préjudiciel. La Cour de Luxembourg rendait son arrêt préjudiciel le 17 novembre 2009, *Président du Conseil des Ministres* (110). Il y décidait que l'article 49 CE (libre prestation de services) devait être interprété en ce sens qu'il s'opposait à une législation fiscale d'une autorité régionale qui instituait une taxe régionale sur l'escale touristique des aéronefs destinés au transport privé de personnes (ainsi que des unités de plaisance) frappant uniquement les personnes physiques et morales ayant leur domicile fiscal en dehors du territoire régional (111). La Cour constitutionnelle italienne prenait acte sans sourciller de cette interprétation du droit de l'Union et déclarait, par sa décision du *9 juin 2010* (112), l'inconstitutionnalité de la législation de la région de Sardaigne adoptée en la matière.

b. *Les conséquences des interprétations préjudicielles sur les Cours constitutionnelles*

L'arrêt *Cartesio* (113) est important dans le paysage judiciaire de l'Union en ce qu'il donne le *la* de la marge de manœuvre des autorités judiciaires nationales dans le maniement du renvoi préjudiciel. On sait que la Cour de justice s'était prononcée sur une règle procédurale hongroise qui présentait la particularité de permettre un appel contre un jugement de première instance activant le mécanisme préjudiciel ; cet appel était toutefois limité à la seule décision de renvoyer une question puisque l'intégralité de l'affaire demeurait pendante devant la juridiction de première instance. Dans un tel contexte national, la Cour de Luxembourg avait indiqué aux juridictions hongroises la procédure à suivre. Et d'octroyer à la juridiction de première instance une latitude de bon aloi puisqu'il avait été décidé qu'il lui appartenait de décider des conséquences qu'elle entendait tirer du jugement rendu en appel : soit elle maintenait sa saisine préjudicielle, soit elle la modifiait, soit elle la retirait.

---

(109) Cour constitutionnelle italienne, 12 février 2008, nº 102 et 103 2008, v. cette Revue, « Chronique de jurisprudence européenne comparée », 2009, p. 1274.

(110) CJUE, C-169/08, Rec. p. I-10821.

(111) Et ce, dès lors que l'application de cette législation fiscale avait pour conséquence de rendre, pour tous les assujettis à la taxe ayant leur domicile fiscal en dehors du territoire régional et établis dans d'autres États membres, les services concernés plus onéreux que ceux fournis pour les exploitants établis sur ce territoire.

(112) Cour constitutionnelle italienne, 9 juin 2010, n 216*, www.lexitalia.it*

(113) CJUE, 16 décembre 2008, Cartesio, C-210/06, Rec. p. I-9641, v. E. Broussy, F. Donnat, C. Lambert, « Chronique de jurisprudence communautaire », AJDA, 2009, p. 245 et s.

RDP411CH10 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 12-08-11 15:32:14

Ce petit rappel était nécessaire pour prendre la mesure de l'attitude de la Cour suprême danoise (*Højesteret*) qui, dans une ordonnance du *11 février 2010* (114), a tiré les conséquences des principes posés dans l'affaire *Cartesio*. Elle était saisie d'un recours contre une décision de renvoi préjudiciel (115) ; la question se posait de savoir s'il était pertinent de statuer en se déclarant compétente. Et de déclarer : « *Il ressort de l'arrêt Cartesio, points 93-98, que l'article 267 § 2 TFUE ne s'oppose pas à ce qu'une décision ordonnant le renvoi préjudiciel à la Cour de justice, prononcée par une juridiction dont les décisions sont susceptibles de recours, reste soumise aux voies de recours normales prévues par le droit national, mais que la juridiction d'appel ne peut réformer la décision ordonnant le renvoi préjudiciel avec pour effet que la juridiction inférieure soit obligée de modifier, omettre ou rapporter la décision de renvoi. Il est à supposer que ces principes sont également applicables lorsque la décision de renvoi relève de l'article 267 § 3 TFUE (.../...) Un régime selon lequel le recours contre une décision ordonnant le renvoi préjudiciel n'est pas susceptible d'aboutir à une réformation de la décision par la juridiction d'appel avec effet contraignant pour la juridiction inférieure serait, selon nous, difficilement conciliable avec le système procédural et juridictionnel danois. En outre, nous estimons qu'il n'existe pas de besoin important pour un tel régime, notamment parce que la juridiction d'appel devrait, en tout état de cause, faire preuve de réserve lors de l'examen de l'appréciation exercée par la juridiction inférieure. Ainsi, nous estimons que la conséquence de l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire Cartesio, vu le système procédural et juridictionnel danois, est que le recours en cause ne peut faire l'objet d'un traitement au fond, et nous votons, dès lors, pour rejeter le recours comme irrecevable* ».

On constate donc que la Cour suprême a écarté la règle de droit national prévoyant un droit de recours contre une décision ordonnant le renvoi préjudiciel pour éviter un régime selon lequel le recours contre une telle décision ne soit pas susceptible d'aboutir à une réformation de la décision par la juridiction d'appel avec effet contraignant pour la juridiction inférieure, ce qui, selon la Cour suprême, serait la conséquence de l'arrêt *Cartesio* en cas de maintien du droit de recours. En revanche, en ce qui concerne une décision refusant le renvoi préjudiciel, elle relève : « *Enfin, une décision refusant de déférer des questions préjudicielles à la Cour de justice reste susceptible de recours selon les règles normales* ».

Laurence BURGORGUE-LARSEN

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris I)
Directeur adjoint de l'Institut de Recherche en droit international et européen de la Sorbonne

(114) Højesteret, Ordonnance du 11 février 2010, (Sag 344/2009), *www.domstol.dk/hojesteret/english/ECLaw/*

(115) Voir aff. pendante C-398/09, *Lady & Kid e.a.*

RDP411CH10 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 12-08-11 15:32:14