



HAL
open science

Chronique de Jurisprudence européenne comparée (2007)

Laurence Burgorgue-Larsen

► **To cite this version:**

Laurence Burgorgue-Larsen. Chronique de Jurisprudence européenne comparée (2007). Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 2008, CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE, 2008 (5), pp.1535 - 1561. hal-01519932

HAL Id: hal-01519932

<https://hal.science/hal-01519932>

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 DE JURISPRUDENCE

Chronique de Jurisprudence européenne comparée (2007)

par Laurence BURGORGUE-LARSEN

Professeur à l'Université Paris I

Que l'intégration européenne soit en panne — comme en 2005 avec le rejet populaire du Traité établissant une Constitution pour l'Europe — ou qu'elle reprenne *en apparence* le cours d'une voie plus positive — avec la signature du Traité de Lisbonne le 13 décembre 2007 par les chefs d'État et de gouvernement — on sait avec certitude que l'édification d'un droit véritablement commun est le fait, au quotidien, des juges. Le territoire européen est le théâtre d'un dialogue judiciaire exceptionnel qui démontre que le temps du « cloisonnement » — des territoires comme des cultures juridiques — est définitivement révolu.

I^{re} PARTIE. — LES INTERACTIONS ORGANIQUES

I. — LES INTERACTIONS ORGANIQUES HORIZONTALES

Tant que l'adhésion de l'Union européenne à la Convention n'est pas devenue une réalité juridique tangible, il est toujours aussi passionnant d'étudier la manière avec laquelle les deux Cours agissent « *comme si* », comme si cette fameuse adhésion était effective afin de ne pas générer la création et le développement d'une Europe des droits de l'homme à plusieurs vitesses.

REVUE DU DROIT PUBLIC - N° 5-2008

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

Les années passent et se ressemblent, à quelques nuances près. Dans le cadre de la petite histoire du « pluralisme référentiel » où Convention européenne et Charte des droits fondamentaux sont au coude à coude, les choses n'évoluent guère de façon radicale. On sait qu'il a fallu un arrêt et un seul — *Parlement c. Conseil* du 27 juin 2006 (1) — pour que la Charte, longtemps ignorée par la plus Haute juridiction communautaire, soit enfin prise formellement en considération par les magistrats qui la composent. L'analyse du corpus jurisprudentiel consécutif à ce coup d'éclat démontre que la mention de la Charte est banalisée puisque les circonstances qui avaient amené la Grande chambre dans l'affaire historique de 2006 à s'en emparer ne sont plus nécessaires pour que l'évocation fonctionne : *i.e.* le « référent Charte » ne trône plus dans les décisions dont la légalité est contestée (2). Si la Cour de justice intègre désormais de façon naturelle la Charte dans ses motivations, le Tribunal de première instance comme le jeune Tribunal pour la Fonction publique de l'Union européenne ne sont évidemment pas en reste en la matière. Rares sont toutefois les affaires où le référent argumentaire octroie un rôle exclusif à la Charte des droits fondamentaux. En fait, elle n'accède au statut de texte privilégié (*i.e.* unique) dans l'argumentation uniquement quand un droit intimement relié à la spécificité de l'Union se trouve en jeu. Pour l'heure, seul le Tribunal de la Fonction publique lui a accordé cette place de choix dans une affaire où le principe de bonne administration était en jeu (3). Non

(1) CJCE, Gde Ch., 27 juin 2006, *Parlement c. Conseil*, C-540/03. Conclusions de l'avocat général Kokott présentées le 8 septembre 2005, *v. cette Revue*, « Chronique de jurisprudence européenne comparée », 2007-4, p. 1101-1102.

(2) Dans la seule affaire — concernant l'accès aux documents des institutions — où était en cause un règlement (n° 1049/2001) dont les visas mentionnaient la Charte, celle-ci ne joua formellement aucun rôle dans l'argumentation de la Cour, *v.* CJCE, Gde Ch., 18 décembre 2007, *Suède c. Commission*, C-64/05 P.

(3) TPFUE, 22 mai 2007, *Adelaida López Teruel c. OHMI*, F-99/06, point 92 : « En application du principe de bonne administration, l'administration a l'obligation, lorsqu'elle statue à propos de la situation d'un fonctionnaire, de prendre en considération l'ensemble des éléments qui sont susceptibles de déterminer sa décision et, ce faisant, elle doit tenir compte non seulement de l'intérêt du service, mais aussi de celui du fonctionnaire concerné (arrêt du Tribunal de première instance du 16 mars 2004, *Afari/BCE*, T-11/03, *Rec. FP* p. I-A-65 et II-267, point 42). Toutefois, le principe de bonne administration ne confère pas, par lui-même, de droits aux particuliers, sauf lorsqu'il constitue l'expression de droits spécifiques comme le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable, le droit d'être entendu, le droit d'accès au dossier, le droit à la motivation des décisions, au sens de l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée à Nice le 7 décembre 2000 (JO C 364, p. 1) (arrêts du Tribunal de première instance du 6 décembre 2001, *Area Cova e.a./Conseil et Commission*, T-196/99, *Rec.* p. II-3597, point 43, et du 4 octobre 2006, *Tillack/Commission*, T-193/04, non encore publié au *Recueil*, point 127). » (C'est nous qui soulignons).

pas que ce droit soit sorti du néant au point d'être inconnu des systèmes constitutionnels des États membres. On sait en effet que l'article 41 est la conséquence de propositions finlandaises lors des travaux de la Convention (4). Il n'empêche qu'il apparaît aujourd'hui, grâce à une foisonnante jurisprudence communautaire, comme irrémédiablement connecté avec l'univers communautaire.

Pour le reste, la Cour de justice ne fait jouer aujourd'hui à la Charte qu'un rôle confirmatif comme d'ailleurs le Tribunal de première instance (5) ; elle n'est mentionnée qu'en dernier ressort, soit après le référé conventionnel (ce qui est le plus courant) (6), soit après la mention d'autres instruments

(4) D. Simon, « Article II-101 », *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article*, L. BURGOGNE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 527.

(5) TPICE, 11 juillet 2007, *Schneider Electric SA c. Commission*, T-351/03, point 181 : « Le respect du droit des administrés à ce que leur cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial est garanti par l'article 6, paragraphe 1, de la convention, à laquelle renvoie l'article 6, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne, et a été réaffirmé par l'article 47, deuxième alinéa, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. » (C'est nous qui soulignons).

(6) CJCE, 13 mars 2007, *Unibet*, C-432/07, point 37. La Cour y rappelle l'importance de la protection juridictionnelle effective « qui constitue un PGD du droit communautaire qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres, qui a été consacré par les articles 6 et 13 de la Convention européenne (arrêts *Johnston*, *UPA*, etc) et qui a également été réaffirmé à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée le 7 décembre 2000 à Nice ». (C'est nous qui soulignons).

Dans l'importante affaire *Advocaten*, la Cour dû apprécier la validité de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen. En se basant sur les principes de la Convention EDH et de la Charte, elle confirma la légalité de la décision-cadre qui supprime le contrôle de la double incrimination pour 32 infractions, v. CJCE, Gde Ch., 3 mai 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW c. Leden van de Ministerrad*, C-303/05, points 45 et 46 : « Il convient de relever d'emblée que, en vertu de l'article 6 UE, l'Union est fondée sur le principe de l'État de droit et respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire. Il s'ensuit que les institutions sont soumises au contrôle de la conformité de leurs actes avec les traités et les principes généraux du droit, de même que les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union (voir, notamment, arrêts du 27 février 2007, *Gestoras Pro Amnistía e.a./Conseil*, C-354/04 P, non encore publié au Recueil, point 51, et *Segi e.a./Conseil*, C-355/04 P, non encore publié au Recueil, point 51).

« Il est constant que, parmi ces principes, figurent tant le principe de la légalité des délits et des peines que le principe d'égalité et de non-discrimination, lesquels ont également été réaffirmés respectivement aux articles 49, 20 et 21 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée le 7 décembre 2000 à Nice (*JO* C 364, p. 1). » (C'est nous qui soulignons).

internationaux (de *soft* comme de *hard law*), quand la mention à la Convention n'est guère possible. L'affaire *Laval* — une de ses grandes affaires que connaît à intervalles réguliers le droit communautaire — est un bon exemple de ce deuxième cas de figure (7). Le « *droit de mener des actions collectives* » n'étant consacré en tant que tel ni dans la Convention européenne ni dans un de ses protocoles additionnels, la Cour de justice s'est appuyée pèle mèle au point 90 de son arrêt sur une kyrielle d'instruments spécifiques. Ainsi de la Charte sociale européenne et de la Convention n° 87 de l'OIT (*hard law*) comme des deux « Chartes » que connaît l'univers communautaire — la Charte communautaire des droits sociaux de 1989 et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de 2000, toutes deux instruments de *soft law*. Cette évocation multiple permet à la Cour de justice d'ériger le droit de grève au rang de « *droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire* ». L'avancée est magistrale. Certes, on connaît la suite de cette consécration. Même si la Cour prit le soin de marteler que la Communauté a « *non seulement une finalité économique mais également une finalité sociale* » (point 105), elle n'accorda au droit de grève qu'une portée limitée *in casu*.

Si la présence de la Charte dans les décisions du juge s'est banalisée, on sait qu'elle l'a été depuis le début pour les requérants qui s'en étaient emparés avec un naturel de bon aloi. Plus que jamais ils continuent de la mettre en avant ; toutefois, assez souvent, le juge y demeure insensible. Ainsi, quand des personnes morales se prennent (encore) à rêver d'un revirement de jurisprudence qui assouplirait les conditions de recevabilité des recours en annulation des particuliers (personnes physiques et morales confondues) (8), la Cour persiste et signe sans que la Charte n'y change quoi que ce soit. De même, quand une importante société conteste une décision de la Commission en matière de concurrence en demandant l'annulation d'un arrêt du TPI et qu'elle se fonde notamment sur la Charte pour contester l'utilisation d'éléments de

(7) CJCE, Gde Ch., 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd*, C-341/05, points 90-91.

(8) TPICE, Ord., 12 janvier 2007, *Société des plantations de Mbanga SA (SPM) c. Commission des Communautés européennes*, T-447/05, point 50 : « En dernier lieu, la requérante rappelle l'arrêt du 3 mai 2002, *Jégo-Quéré/Commission* (T-177/01, *Rec. p. II-2365*), dans lequel le Tribunal a considéré que, en l'absence de mesures nationales d'exécution d'un acte communautaire, l'irrecevabilité affectant un recours en annulation aurait pour effet de priver les justiciables du droit à un recours juridictionnel effectif, lequel est garanti par les normes constitutionnelles nationales, la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), les principes de la Communauté de droit et la Charte des droits fondamentaux ». (C'est nous qui soulignons).

preuve anonyme (9), la Cour botte en touche (10). Il est même des affaires où les requérants la mentionnent sans que cette référence ne soit reprise dans l'argumentation définitive de la Cour. Si, comme dans l'affaire *Cofradía de pescadores* (11), on peut souligner (à la décharge du juge communautaire) qu'il s'agissait en l'espèce d'un simple pourvoi, dans la très importante affaire de l'*Ordre des barreaux* (12), le mécanisme préjudiciel était activé et l'argumentation de la Cour y fut substantielle. Toutefois, c'est la Convention européenne et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg qui fut au cœur de sa démonstration et, à aucun moment, la Charte.

(9) CJCE, 25 janvier 2007, *Salzgitter Mannesmann GmbH c. Commission européenne*, C-411/04 P, point 33 : « La requérante invoque également les articles 46 et 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée à Nice le 7 décembre 2000 (JO C 364, p. 1, ci-après la « Charte »), qui correspondent à l'article 6 de la CEDH et garantissent le droit à une procédure équitable. Elle souligne que, en vertu de son article 52, paragraphe 3, la Charte doit donner lieu à une interprétation par les juridictions garantissant un niveau de protection qui ne soit pas inférieur à celui offert par la CEDH. » (C'est nous qui soulignons).

(10) *Ibid.*, point 50 : « Compte tenu de tout ce qui précède, le premier moyen doit être écarté, sans qu'il y ait besoin de statuer sur la question de savoir si Mannesmann avait invoqué, en substance, le droit à un procès équitable devant le Tribunal, ni sur celle de savoir si Mannesmann pouvait, dans la présente affaire, invoquer la charte, qui a été proclamée postérieurement à l'adoption de la décision litigieuse. » (C'est nous qui soulignons).

(11) CJCE, 22 novembre 2007, *Cofradía de pescadores « San Pedro » de Bermeo c. Conseil de l'Union*, C-6/06 P, point 64 : « Les requérants estiment que, par sa décision, le Tribunal les a privés des droits de la défense, consacrés à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et confirmés par la jurisprudence de la Cour ainsi que par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée à Nice le 7 décembre 2000 (JO C 364, p. 1). »

(12) CJCE, Gde Ch. 26 juin 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone*, C-305/05, point 12 : « Devant la juridiction de renvoi, les ordres requérants soutiennent, en particulier, que les articles 4, 25 et 27 de la loi du 12 janvier 2004, en ce qu'ils étendent aux avocats l'obligation d'informer les autorités compétentes lorsqu'ils constatent des faits qu'ils savent ou soupçonnent être liés au blanchiment de capitaux et celle de transmettre auxdites autorités les renseignements complémentaires que ces autorités jugent utiles, portent une atteinte injustifiée aux principes du secret professionnel et de l'indépendance de l'avocat, lesquels seraient un élément constitutif du droit fondamental de tout justiciable à un procès équitable et au respect des droits de la défense. Lesdits articles violeraient ainsi les articles 10 et 11 de la Constitution belge, lus en combinaison avec l'article 6 de la CEDH, les principes généraux du droit en matière de droits de la défense, l'article 6, paragraphe 2, UE, ainsi qu'avec les articles 47 et 48 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée le 7 décembre 2000 à Nice (JO C 364, p. 1). » (C'est nous qui soulignons).

L'ensemble de ces éléments mettent parfaitement en évidence que la « banalisation » (de l'utilisation de la Charte) n'équivaut pas à la révolution (dans la technique de protection des droits fondamentaux). La Charte n'est pas hissée au rang de référent exclusif au point de bannir la Convention ; du coup, elle ne peut évidemment pas être à la base d'un revirement de jurisprudence d'envergure et/ou d'une hausse significative du niveau de la protection des droits. La grande majorité des affaires démontrent en effet que les requérants n'obtiennent pas gain de cause et que ce sont les institutions de l'Union qui sortent régulièrement leur épingle du jeu (judiciaire) !

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

La Cour de Strasbourg continue *ne varietur* à développer une jurisprudence qui entend donner tout son sens à l'idée de droit commun européen en matière de droits fondamentaux. Elle sanctionne toujours aussi vertement les manquements des États membres qui ne respecteraient pas leurs obligations tirées du droit communautaire (1), comme elle n'hésite pas à s'inspirer du droit de l'Union pour « moderniser » l'interprétation de son texte de référence, la Convention européenne (2).

1. *La Cour de Strasbourg, juge des manquements au droit communautaire*

Les affaires *Aubert* (13) et *Arnolin* (14) démontrent — encore une fois — que le juge conventionnel se drape régulièrement dans les habits de l'allié objectif de la Cour de justice afin de sanctionner les atteintes au droit communautaire (15). À sa manière en effet la Cour de Strasbourg contraint les États parties au système conventionnel à respecter leurs obligations communautaires... La France, dans le cadre de cent quatre-vingt-huit affaires similaires, fut sanctionnée pour avoir empêché ses juridictions de donner plein effet au droit communautaire... C'est une fois de plus la pratique des validations législatives qui emporta la sanction strasbourgeoise tant de l'article 6§ 1 (droit à un procès équitable) que de l'article 1 du protocole n° 1 (droit de propriété). Alors que la Cour de cassation avait développé une jurisprudence favorable

(13) Cour EDH, 9 janvier 2007, *Aubert et autres et 8 autres affaire c. France*.

(14) Cour EDH, 9 janvier 2007, *op. cit.*

(15) Il suffira au lecteur de se reporter aux chroniques précédentes pour prendre la mesure de la régularité de ce type de contrôle, *ad. ex.* Cour EDH, 17 janvier 2006, *Aristimuño Mendizabal c. France*.

aux requérants en matière de rémunération de temps de travail nocturnes (16) — en se basant pour ce faire sur une directive communautaire (n° 93/104) — le législateur mit un terme brutal à cette solution (17), au moyen de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000, suivie par le décret n° 2001-1384 du 31 décembre 2001. La Cour, dans l'affaire *Arnolin*, rappelle les fondamentaux de sa jurisprudence en matière de validations législatives conformément aux standards du procès équitable. Si, en principe, le pouvoir législatif n'est pas empêché de réglementer, en matière civile, par de nouvelles dispositions à portée rétroactive, des droits découlant de lois en vigueur, les notions de la prééminence du droit et de procès équitable consacrés par l'article 6 s'opposent, sauf pour d'« impérieux motifs d'intérêt général », à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le déroulement judiciaire du litige. Surtout, le juge européen martèle l'importance de l'égalité des armes dans des litiges opposant des intérêts de caractère privé. Elle implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire, ce qui, en l'espèce, ne fut point au rendez-vous dans la mesure où l'État, au moyen de son pouvoir législatif, pris parti pour une des parties (privée) à l'instance (18). L'intransigeance de la Cour de Strasbourg fut tout aussi grande sous l'angle du droit de propriété dans l'affaire *Aubert* dont on sait que la Cour lui a attribué une portée particulièrement extensive. On rappellera ainsi qu'une créance même non constituée, mais dont l'intéressé peut tirer une « espérance

(16) Les requérants étaient employés ou anciens employés en qualité d'éducateurs, de conseillers, de moniteurs, d'aides médico-psychologiques, d'animateurs ou de surveillants de nuit, au sein d'établissements spécialisés, gérés par des associations et placés sous tutelle de l'État. Dans le cadre de leurs fonctions, ils devaient assurer des permanences de nuit, dans une chambre dite "de veille", afin de répondre à tout incident ou demande de la part des pensionnaires. Selon la convention collective des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées de 1966, les requérants ne devaient percevoir pour ce travail qu'une rémunération partielle. Estimant qu'il s'agissait d'un « travail effectif » et que ces périodes devaient être intégralement rémunérées, les requérants avaient saisi les juridictions françaises.

(17) Alors que la plupart des recours des requérants étaient pendants.

(18) En l'espèce, si l'article 29 de la loi n° 2000-37 excluait expressément de son champ d'application les décisions de justice passées en force de chose jugée, il fixait définitivement les termes du débat soumis aux juridictions de l'ordre judiciaire et ce, de manière rétroactive. En conséquence, l'adoption de ladite loi réglait le fond du litige et rendait vaine toute continuation des procédures. Dans ces conditions, la Cour européenne estime que l'on ne saurait parler d'égalité des armes entre les deux parties privées, l'État ayant donné raison à l'une d'elles en faisant adopter la loi litigieuse. Dès lors, elle conclut à l'unanimité à la violation de l'article 6§ 1 de la Convention et alloue aux requérants, toutes requêtes confondues, la somme globale de 1 508 000 euros au titre du préjudice moral et matériel. Elle a même octroyé à certains requérants des sommes au titre des frais et dépens.

légitime » qu'elle le soit, tombe sous le coup de l'article 1 du protocole n° 1. Partant de ce principe, la Cour considéra *in casu* que les requérants bénéficiaient d'un « intérêt patrimonial » : bien qu'il n'était pas concrétisé en une créance effective à l'égard de leurs adversaires, il apparaissait tout du moins comme une « espérance légitime » de pouvoir obtenir le paiement des rappels de salaires des heures litigieuses. Une fois réglée la question de l'applicabilité de l'article du protocole n° 1, la Cour passa à l'examen de la nature et de la portée de l'ingérence par la loi du 19 janvier 2000. Elle l'assimila à une privation de propriété qu'aucune « *cause d'utilité publique* » ne vint justifier. De l'avis de la Cour, la mesure litigieuse a fait peser une « *charge anormale et exorbitante* » sur les requérants et l'atteinte portée à leurs biens a revêtu un caractère disproportionné, rompant le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux des individus (19).

2. La Cour de Strasbourg, interprète du droit communautaire

S'emparer du droit communautaire comme paramètre interprétatif des notions conventionnelles est une donnée toujours plus fréquente et participe sans conteste à consolider le *ius commune* européen en matière de droits fondamentaux. La Cour considère même que se « *tourner globalement vers le droit européen* » est une « *source précieuses d'indications* » (20). Toutefois, si dans certaines affaires l'appropriation se passe sans encombres majeures, elle peut s'avérer dans d'autres contentieux fortement discutée.

L'arrêt *D.H.* (21) incarne ce que nous pourrions nommer une « appropriation constructive ». La discrimination indirecte, timidement utilisée dans le cadre d'affaires antérieures (22), fait cette fois-ci une entrée fracassante à Strasbourg dans une affaire qui a braqué la Cour sous les feux des projecteurs des organisations de défense des droits de l'homme en général et des droits des minorités en particulier. La Grande Chambre désavoue la solution de l'arrêt du 7 février 2006 (23). Elle utilise pour ce faire tout à la fois les sources du Conseil de l'Europe, les « textes pertinents de l'organisation des Nations

(19) Partant, la Cour européenne conclut à la violation de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 et n'estima pas nécessaire d'examiner séparément le grief des requérants sous l'angle de l'article 1er du Protocole n° 1 combiné avec l'article 14 de la Convention. Elle alloua aux requérants, toutes requêtes confondues, la somme globale de 961 000 € au titre du préjudice moral et matériel. Par ailleurs, elle octroya à certains requérants des sommes au titre des frais et dépens.

(20) Cour EDH, 19 avril 2007, *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*, § 60.

(21) Cour EDH, Gde Ch., 13 novembre 2007, *D.H. c. République tchèque*.

(22) Cour EDH, 6 juin 2005, *Hoogendijk c. Pays-Bas*.

(23) *V. cette Revue*, « Chronique de jurisprudence européenne comparée », 2007-4, pp. 1133-1134.

unies », des sources de droit comparé (jurisprudence de la *House of Lords* et de la Cour suprême des États-Unis notamment), mais également « le droit et la pratique communautaire pertinents ». Et de présenter l'emblématique article 13.CE (24), les directives prises en application de celui-ci et *last but not least* la foisonnante jurisprudence de la Cour de justice qui, au fil de nombreuses affaires, avait été celle qui avait permis au législateur communautaire d'intégrer sans faillir la notion de « discrimination indirecte » dans le corpus législatif de l'Union (points 81-91) (25). Le mécanisme de la tierce intervention — rendu possible grâce aux ressorts des articles 36§2 de la Convention et 44§2 du règlement — a été une fois de plus l'occasion, pour une somme impressionnante d'organismes (26), de fournir à la Cour des données juridiques majeures sur le traitement international et communautaire de la discrimination ce qui, sans nul doute, à participer au revirement de jurisprudence. L'affaire *Vilho Eskelinen* (27) démontre quant à elle que l'importation dans l'univers conventionnel des conceptions communautaires peut s'avérer problématique en faisant l'objet de controverses remarquées au sein de la Cour. C'est l'histoire de multiples chassés-croisés référentiels que cette affaire met en scène. Un bref « *flash back* » contentieux le montrera. Le célèbre arrêt *Pellegrin* avait opéré un revirement de jurisprudence d'envergure sur l'applicabilité de l'article 6§ 1 au contentieux de la fonction publique en optant pour un critère dit « fonctionnel ». La Cour de Strasbourg s'était arimée (à cette époque déjà) sur les standards posés par la Commission européenne pour déterminer les catégories de personnes exclues du droit de libre circulation (28). Or, dans l'affaire *Vilho*, la Cour considère qu'il convient, une fois de plus, de modifier sa jurisprudence ; le critère fonctionnel a déçu et n'a

(24) E. Dubout, *L'article 13 TCE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 845 p. (Col. « Droit de l'Union », n° 2).

(25) Elle est ainsi définie à l'article 2 de la *Directive 2000/43 du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique* : « Une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires. (...) ».

(26) Les ONG *International Step by Step Association*, *Roma Education Fund*, *European Childhood Research Association*, *Interrights et Human Rights Watch*, *Minority Rights Group International*, *European Network Against Racism*, *European Roma Information Office* et la Fédération internationale des ligues des droits de l'homme ont présentées comme *amici curiae* (tierces intervenantes) des observations.

(27) Cour EDH, 19 avril 2007, *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*.

(28) Voir cette *Revue*, « Chronique de jurisprudence européenne comparée », 2001-4, pp. 698-700.

rien simplifié (29). Afin de légitimer un nouveau « changement de cap », la Cour utilise toujours le droit communautaire, à deux endroits différents de son arrêt. Dans la partie « en fait » tout d'abord. Alors qu'elle expose « le droit et la pratique internationaux pertinents », elle présente tout à la fois le libellé de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (30) et le contenu des Explications du *Praesidium* relatives à cette disposition. Elle prend soin de rappeler qu'« elles n'ont pas la même autorité que la Charte elle-même » mais « constituent néanmoins un outil précieux d'interprétation destiné à clarifier les dispositions de la Charte ». Du coup, la Cour de Strasbourg peut mettre en exergue que « l'article 47, dans le cadre du droit de l'Union, ne se limite pas aux droits et obligations de caractère civil ou aux affaires pénales au sens de l'article 6 de la Convention. À cet égard, la Charte a codifié la jurisprudence existante de la Cour de justice des Communautés européennes, voir *Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, affaire 222/84, Rec. 1986, p. 1651, évoquée au paragraphe 60 ci-dessous). » Le décor planté dans cette partie informative de l'arrêt, elle pouvait dans la partie « en droit » mentionner à nouveau cet arrêt *Johnston* afin de démontrer que « dans le droit de l'Union européenne l'étendue de l'applicabilité du contrôle juridictionnel est vaste » (§ 60). Deux revirements de jurisprudence à 7 ans d'intervalles basés tous les deux sur le droit communautaire, cela méritait d'être souligné, sauf qu'en l'espèce des juges dissidents au nombre desquels le juge Costa — avec les juges Wildhaber, Türmen, Borrego Borrego et Jocienè — s'élèvent contre

(29) Cour EDH, 19 avril 2007, *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*, § 55 : « Force est à la Cour de conclure que le critère fonctionnel, tel qu'appliqué en pratique, n'a pas simplifié l'examen de la question de l'applicabilité de l'article 6 aux procédures auxquelles un fonctionnaire est partie, et que, contrairement aux attentes, il n'a pas apporté en la matière plus de certitude (voir, *mutatis mutandis*, *Perez c. France* [GC], n° 47287/99, § 55, CEDH 2004-I). »

(30) Article 47 de la Charte DFUE : « Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article.

Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter. Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice. » (C'est nous qui soulignons).

la portée octroyée à l'arrêt *Johnston* (31). À un certain égard, ils ont raison. En effet, les explications de la Charte citent cet arrêt fameux aux fins d'éclaircissement de la première phrase de l'article 47 (droit à un recours effectif) et non de la deuxième phrase qui constitue le cœur de la plus-value communautaire, *i.e.* le décloisonnement de l'applicabilité des exigences du procès équitable. Pour le dire différemment, l'équivalent de l'article 6§ 1 au sein de la Charte est l'article 47 *deuxième phrase*. Or, l'arrêt clé cité dans les explications relatives à cette disposition spécifique est l'arrêt *Les Verts* (32) et non l'arrêt *Johnston* qui, pour sa part, est cité afin d'explicitier l'importance du droit à un recours effectif consacré à l'article 47 *première phrase*. Lisons plutôt : « Dans le droit de l'Union, le droit à un tribunal ne s'applique pas seulement à des contestations relatives à des droits et obligations à caractère civil. C'est l'une des conséquences du fait que l'Union est une communauté de droit, comme la Cour l'a constaté dans l'arrêt *Les Verts*. » Quand les juges dissidents ont raison de remettre en cause le référent jurisprudentiel, fondement du revirement de jurisprudence, cela doit être dit... S'il est compréhensible et logique que la Cour européenne se réfère aux évolutions du système frère — voisin, autant le faire sans faillir. On pourrait ajouter que la Cour européenne, sur ce point précis, aurait pu s'inspirer également, à titre subsidiaire, d'autres textes internationaux de protection des droits de l'homme afin de mettre en exergue la tendance (plutôt progressiste) à ne pas faire dépendre l'applicabilité de l'article 6§1 de l'existence de contestations circonscrites à des domaines déterminés. L'équivalent américain de l'article 6§ 1 — l'article 8§ 1 de la Convention américaine des droits de l'homme — ne contient en effet pour sa part aucune limitation matérielle grâce à son incise finale (33)...

(31) Le point 5 de l'opinion commune dissidente ne laisse planer aucun doute : « À cet égard, nous sommes en désaccord avec la majorité lorsque, dans le présent arrêt, elle invoque, au paragraphe 60, un "arrêt de principe" de la Cour de justice, rendu sur une demande de décision préjudicielle, selon lequel le contrôle juridictionnel est l'expression d'un principe général de droit [...]. Mais sa portée n'est pas ce que le présent arrêt semble croire. Il ne s'agissait pas, en effet, de déterminer si tout litige entre l'État et ses agents entre dans le champ d'application de l'article 6 de la Convention, mais seulement d'affirmer qu'en vertu d'un principe général du droit tout acte de la puissance publique doit, en principe, pouvoir faire l'objet d'un contrôle de légalité (tel que le recours pour excès de pouvoir français). »

(32) CJCE, 23 avril 1986, *Les Verts c. Parlement européen*, 194/83, *Rec. p.* 1339.

(33) Il se lit ainsi : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue avec les garanties voulues, dans un délai raisonnable, par un juge ou un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi antérieurement par la loi, qui décidera du bien-fondé de toute accusation dirigée contre elle en matière pénale, ou déterminera ses droits et obligations en matière civile ainsi que dans les domaines du travail, de la fiscalité, ou dans tout autre domaine. » (C'est nous qui soulignons). Voir L. BURGORGUE-LARSEN, A. ÚBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, spec. pp. 668-707.

Et si les juges de la Cour utilisaient de façon plus systématique et donc rationnelle — pour ne pas dire plus « scientifique » — le droit comparé sans attendre que les informations lui soient fournies par les *amici curiae* (34) ?

Aux côtés des cas d'appropriation manifeste, il en est qui se font plus discrets. Alors que le droit des marques est un droit stratégique à l'heure où la planète vit à l'heure des batailles économiques de taille, l'affaire *Anheuser-Busch inc.* (35) témoigne que la Cour de Strasbourg entend toujours et encore adapter le texte de 1950 aux enjeux contemporains. Elle y affirme que « la propriété intellectuelle en tant que telle » bénéficie de la protection de l'article 1 du Protocole n° 1 (§ 72) et qu'une « marque commerciale » constitue un « bien » à compter de son enregistrement définitif selon les règles en vigueur dans l'État en cause (§ 78). Bien que dans le cœur de l'argumentation de la Cour, on ne trouvera nulle trace d'une référence au droit de l'Union, la partie « en fait » démontre toutefois qu'à côté de la réglementation internationale de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) et certains éléments de droit comparé, le droit communautaire y tient une place non négligeable. Y est présenté le règlement du Conseil n° 40/94 du 20 décembre 1993 sur la marque communautaire qui créa « un droit de marque au niveau communautaire » en attachant « certains droits à la demande d'enregistrement » (§ 36). Elle citait même l'article 17§2 de la Charte qui innovait en « fondamentalisant » (36) la propriété intellectuelle (§ 38)... Nul doute que ces éléments aient encouragé la Cour à rendre une solution harmonieuse avec les règles posées dans le cadre de l'Union européenne.

II. — LES INTERACTIONS ORGANIQUES VERTICALES

La Cour européenne continue de confirmer sans relâche son emprise sur les Cours constitutionnelles, façonnant à sa manière — en n'hésitant pas à faire jouer la subsidiarité quand cela s'avère nécessaire — l'« ordre constitutionnel européen » (A). Cela ne veut pas dire que tous les juges constitutionnels

(34) On constate en effet que les affaires qui s'inspirent du droit comparé (international et interne) sont souvent celles où de nombreuses organisations (en général des ONG) ont utilisées la procédure de tierce intervention en soumettant à la Cour nombre d'informations issues d'autres systèmes. Le cas des disparitions forcées, des mesures provisoires ou, encore de la protection des minorités en sont des exemples emblématiques.

(35) Cour EDH, Gde Ch., 11 janvier 2007, *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*.

(36) Voir J.-C. GALLOUX, « Article II-77§ 2 », *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article*, L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 247-252.

perçoivent et reçoivent de la même manière la jurisprudence européenne. Les rapports entre la Cour de Strasbourg et les Cours constitutionnelles sont et seront toujours une question délicate, tant les secondes incarnent au sein de leur pays, l'archétype de l'État de droit. Si les juges constitutionnels sont dans l'ensemble sensibles à la jurisprudence européenne, les différences inhérentes aux contrôles de conventionnalité d'un côté et de constitutionnalité de l'autre peuvent notamment expliquer que les écarts interprétatifs continuent d'exister entre Strasbourg et les capitales qui accueillent les sièges des Cours constitutionnelles (37). Parallèlement, leur rapport au droit communautaire semble être entré dans une phase de croisière. Ce qui frappe, d'autant plus d'ailleurs au sein des nouveaux États membres, c'est qu'elles s'évertuent à penser au maximum l'intégration européenne en harmonie avec les principes constitutionnels (B).

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

1. *La Cour européenne, juge des procédures constitutionnelles*

Il y a encore des États qui se plaisent à soulever des exceptions d'irrecevabilité devant la Cour de Strasbourg pour tenter de faire échapper certaines procédures constitutionnelles du champ d'application de l'article 6§ 1. Le gouvernement tchèque est de ceux-là ; il excipait une incompatibilité *ratione materiae* dans l'affaire *Soffer* (38) qui consistait à considérer que le pouvoir de cassation dont dispose la Cour constitutionnelle tchèque ne « justifie pas en soi la conclusion qu'une décision de cette juridiction puisse être déterminante pour les décisions des tribunaux inférieurs. » (§ 19) Il fut même soutenu par le gouvernement slovaque qui utilisa pour ce faire la procédure de la tierce intervention (§§ 25-28). Inutile de préciser que la Cour rejeta une telle argumentation en présentant au § 32 de son arrêt les points saillants de sa jurisprudence. Et de rappeler que « pour ce qui est de l'applicabilité de l'article 6, la Cour n'opère pas de distinction entre les tribunaux d'appel, les juridictions de cassation et les cours constitutionnelles, pour autant que ces dernières soient dotées du pouvoir de remédier aux violations constatées (voir,

(37) C'est ce que l'ancien Président du Tribunal constitutionnel espagnol relevait récemment. S'il peut exister à intervalles réguliers des « tensions occasionnelles » entre le Tribunal constitutionnel espagnol et la Cour européenne, elles résultent plus « des difficultés inhérentes à l'articulation entre un système international de protection des droits de l'homme et des systèmes nationaux de protection des droits constitutionnels ou fondamentaux. », v. F. Rubio LLORENTE, « La relation entre les juridictions espagnoles et les juridictions européennes », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en hommage à Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 1387-1410, spéc.1399.

(38) Cour EDH, 8 novembre 2007, *Soffer c. République Tchèque*.

a contrario, *Novotka c. Slovaquie* (déc.), n° 47244/99, 4 novembre 2003), en annulant les normes controversées (voir *Ruiz-Mateos c. Espagne*, précité, § 59) et/ou les décisions rendues par les tribunaux inférieurs (voir *Süßmann c. Allemagne*, précité, § 43) ou en tirant du constat de violation d'autres conséquences juridiques (voir, *a contrario*, *Slovenské telekomunikácie, è.p., Herold Tele Media, s.r.o. et František Eke c. Slovaquie* (déc.), n° 47097/99, 23 mars 2004). En effet, dès l'arrêt *Delcourt c. Belgique* (arrêt du 17 janvier 1970, Série A n° 11, § 25), la Cour a énoncé le principe selon lequel « bien qu'il doive seulement confirmer ou annuler une sentence des juges du fond, et non la réformer ou s'y substituer, un arrêt de la Cour de cassation peut rejaillir à des degrés divers sur la situation juridique de l'intéressé ». Ceci rappelé, il faut souligner que la Cour ne baisse pas la garde et reste toujours aussi vigilante sur le maniement des règles procédurales. Elle condamnait ainsi à l'unanimité l'Espagne dans l'affaire *De La Fuente Ariza* (39) pour l'attitude très contestable du Tribunal Constitutionnel qui engendra « un manque de sécurité juridique » dont pâtit *in fine* le requérant (§ 27) (40). Toutefois, elle n'oublie pas non plus de rappeler son « rôle subsidiaire » en délivrant des *satisfecit* aux juridictions constitutionnelles dont les appréciations sont remises en cause par certains requérants, sans doute trop procéduriers. L'affaire *Verdú Verdú* (41) en atteste de façon éclatante et permet à l'Espagne cette fois-ci d'échapper à un arrêt de condamnation. La Cour avalise l'appréciation de la Haute juridiction madrilène dans une affaire où était en jeu le principe du contradictoire. La question qui se posait en l'espèce était celle de savoir si la non-communication au requérant d'un mémoire qui venait à l'appui de l'appel du Ministère public — et qui, de l'avis de tous, ne venait que confirmer le contenu du mémoire du Ministère public — pouvait constituer une atteinte à l'équité de la procédure en violation du contradictoire (42). Fallait-il plutôt considérer (à l'instar du juge constitutionnel espagnol), que ce qui importait était l'impossibilité ou non pour le requérant de se défendre de façon effective en raison dudit défaut de communication ? En d'autres termes, la communication du mémoire litigieux aurait-elle eu une incidence sur l'issue du litige ?

(39) Cour EDH, 8 novembre 2007, *De La Fuente Ariza c. Espagne*.

(40) *Ibid.*, § 27 : « La Cour rappelle que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer confiance aux justiciables (voir *mutatis mutandis*, *Remli c. France*, arrêt du 3 avril 1996 *Rec.* 1996-II, § 8). En l'occurrence, rejeter le premier recours d'*amparo* au motif que la procédure était inachevée, puis une fois cette dernière finalisée le déclarer irrecevable pour non-épuisement, au motif que le requérant n'avait pas introduit un recours à l'encontre d'une décision qui déclarait expressément l'absence de recours à son encontre, doit pour le moins être qualifiée comme un manque de sécurité juridique dont a souffert le requérant. »

(41) Cour EDH, 15 février 2007, *Verdú Verdú c. Espagne*.

(42) Le principe du contradictoire impliquant, on le sait, pour les parties au procès « le droit de se voir communiquer et discuter toute pièce ou observation présentée au juge ».

La Cour, qui se plut à insister sur les particularités des faits de l'espèce, considéra que « *le droit de se défendre et de contester les arguments des parties est également repris dans la jurisprudence constante du Tribunal constitutionnel concernant le droit de défense.* » Et de poursuivre en mettant en relief « *son rôle subsidiaire* » et en estimant que la « *motivation développée par le Tribunal constitutionnel pour justifier la non-communication du mémoire d'adhésion n'est ni déraisonnable ni arbitraire* » (§ 29), ce qui, soit dit en passant, fut fortement contesté par deux juges dissidents (43). La théorie des apparences serait-elle, à certains moments, à géométrie variable ?

2. La Cour européenne, juge des décisions constitutionnelles

Contrôler les décisions constitutionnelles et les sanctionner, quand elles s'écartent de façon manifeste des standards conventionnels, la Cour européenne n'hésite pas à le faire. Quand les arrêts de condamnation atteignent la Turquie, pays candidat à l'adhésion au sein de l'Union européenne et, dans le même temps, *recordman* des condamnations (avec 331 arrêts rendus à son encontre pour la seule année 2007 (44), dont 319 constatant au moins une violation de la Convention), il convient d'être attentif. Lentement mais sûrement, la Cour européenne participe à rénover le paysage constitutionnel turc. L'affaire *Kavakci* (45) fait partie de ce corpus jurisprudentiel réformateur. La requérante ayant été déchue de sa nationalité et de son mandat de député en raison de ses convictions religieuses et de leur manifestation par le port du foulard islamique au sein de l'Hémicycle turc, elle alléguait tout à la fois une violation des articles 6, 9 et 14 de la Convention et 3 du protocole n° 1. La Cour décida de centrer son analyse sous le seul angle du droit à des élections libres, évitant les questions qui fâchent sous l'angle de la liberté religieuse. Était en cause une décision de la Cour constitutionnelle turque qui, prise sur la

(43) Voir l'opinion dissidente commune des juges Lorenzen et Villiger qui affirment : « Dans toute sa jurisprudence, la Cour est formelle dans son interprétation de l'article 6§ 1 : cette disposition accorde en principe aux parties au procès, pénal ou civil, la faculté de prendre connaissance de toutes les pièces ou observation présentées au juge en vue d'influencer sa décisions. (v. notamment, *Lobo Machado c. Portugal*). Pour la majorité, cela n'aurait servi à rien que le requérant ait la possibilité de soumettre des observations sur le document. Nous ne pouvons souscrire à ce point de vue. »

(44) Le nombre total des arrêts rendus par la Cour pour l'année 2007 s'élève à 1503 dont 1349 arrêts constatant au moins une violation de la Convention. La Russie se situe en 2^e position après la Turquie avec 192 arrêts dont 175 reconnaissant une violation de la Convention. Viennent ensuite l'Ukraine (109-108), la Pologne (111-101), l'Italie (67-58), la Grèce (65-61), la Bulgarie (53-51) et la France en 8^e position avec 48 arrêts rendus à son encontre dont 39 constatant une violation de la Convention... v. Cour EDH, *Rapport annuel 2007*, pp. 144-145.

(45) Cour EDH, 5 avril 2007, *Kavakci c. Turquie*.

base de l'article 69§ 6 de la Constitution, avait dissous le parti de la requérante (le *Fazilet*) au motif que les actes et propos de son président et de certains de ses membres (dont la plaignante) était contraire au principe de laïcité. Dans la foulée, à titre de sanction accessoire, la Cour frappait celle-ci de restrictions politiques pour cinq ans. C'est sur le terrain de la proportionnalité de l'ingérence que la Cour se plaça pour examiner l'attitude du juge constitutionnel à l'endroit de la requérante qui, contrairement à d'autres membres importants de son parti, souffrit de la restriction de ses droits politiques, « sanction grave » rappelée par l'Union parlementaire (en tant qu'*amicus curiae*) et la Cour elle-même (§ 45). Du coup, elle estima que l'attitude de la Cour constitutionnelle ne fut pas proportionnée et porta atteinte à la « substance même du droit de la requérante d'être élue » (§ 46). Le juge européen prit toutefois la peine dans un paragraphe consécutif au constat de violation de marquer sa satisfaction devant la réforme de l'article 69§ 6 dont le libellé, manifestement trop ample, avait conduit la Cour constitutionnelle sur des terrains par trop glissants (46)...

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

Si la jurisprudence constitutionnelle à l'endroit du droit communautaire est sans nul doute marquée par une volonté de concilier au mieux valeurs constitutionnelles d'un côté et principes de droit communautaire de l'autre, l'attitude des Cours constitutionnelles à l'endroit de la Convention et de la jurisprudence européenne est moins linéaire, ce qui confirme qu'il faut *tenter* d'arriver, dans le cadre d'analyses qui se veulent globales, à penser la complexité. Vaste défi que d'arriver à s'évader du « paradigme de la simplification » (47).

1. *Les Cours constitutionnelles et la primauté du droit communautaire*

a. Les Cours constitutionnelles et l'articulation des systèmes

Si l'Hexagone compte avec une nouvelle décision « européenne » du juge du Palais Montpensier (48), le panorama jurisprudentiel européen met surtout

(46) *Ibid.*, § 48 : « La Cour note avec intérêt l'amendement constitutionnel de l'article 69 § 6, d'après lequel un parti politique ne peut être considéré comme un centre d'activités contraires à la Constitution que si ses dirigeants et membres se livrent intensivement à de telles activités et si cette situation est explicitement ou implicitement approuvée par les organes du parti. Il en découle que les restrictions des droits politiques d'un individu auront sans doute lieu moins fréquemment, et les droits politiques s'en trouvent renforcés. »

(47) E. MORIN, *Introduction à la pensée complexe*, Paris, Seuil, 2005, p. 18 (Col. Points Essais).

(48) Conseil constitutionnel, 20 décembre 2007, *Traité modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, n° 2007-560 DC. Très connue, amplement commentée, on ne s'y attardera pas dans le cadre de cette chronique afin de faire place à l'analyse de la jurisprudence des autres États membres.

en exergue la jurisprudence des Cours constitutionnelles des nouveaux États membres. Le moins que l'on puisse dire c'est qu'elles ne badinent pas avec les exigences du droit de l'intégration et font tout pour interpréter le droit constitutionnel à la lumière des principes du droit communautaire. Ainsi, la Cour constitutionnelle polonaise qui, alors qu'elle examinait la constitutionnalité de plusieurs dispositions législatives relatives à l'impôt sur le revenu des personnes physiques, n'a pas hésité à censurer la loi fiscale polonaise dans sa décision du 7 novembre 2007 (49). Elle l'a déclaré contraire non seulement à l'article 32 de la Constitution (principe d'égalité) combiné avec l'article 2 (principe de justice sociale), mais également avec les « principes » du droit communautaire tirés tant du traité CE que de la jurisprudence de la Cour de justice en matière de libre circulation des personnes. En effet, selon les dispositions litigieuses, les personnes physiques résidant sur le territoire polonais et soumises de ce fait à l'imposition illimitée en Pologne étaient dans l'impossibilité de déduire des cotisations d'assurance-maladie et de sécurité sociale versées dans un autre membre en raison de l'exercice d'une activité dans ledit État. Sous l'angle du droit communautaire, la Cour a considéré que de telles dispositions étaient susceptibles de dissuader les intéressés d'entreprendre un travail dans un autre État de l'Union, allant évidemment à l'encontre de l'idée d'intégration ; sous l'angle du droit constitutionnel, ce fut le principe de justice sociale, relié à celui de justice fiscale, qui fut mis en avant pour rappeler l'universalité et l'égalité des obligations fiscales (50). Consciente que sa censure bouleversait le système fiscal polonais, la Cour différait habilement les effets de sa décision jusqu'au 30 novembre 2008...

Dans ce contexte d'ouverture au droit de l'Union, la jurisprudence tchèque est particulièrement à l'honneur cette année. Si la Cour constitutionnelle n'hésita pas à décliner, à l'instar de nombreux homologues européens, une « réserve de constitutionnalité » déniait une portée *absolue* à la primauté du droit communautaire (51), elle ne développe pas moins en parallèle une jurisprudence *pro integratione* qu'elle se plaît à imposer aux juridictions inférieures afin qu'elles se comportent comme de parfaits « juges communautaires de droit commun ». À l'instar des juridictions ordinaires françaises qui s'aventurent (parfois) à dépasser les exigences posées par la Cour de Strasbourg en jouant le jeu de « l'interprétation constructive » (52), la Cour constitution-

(49) Cour constitutionnelle polonaise, 7 novembre 2007, K 18/06.

(50) Et de considérer qu'une telle égalité ne serait pas respectée si les contribuables résidant en Pologne et travaillant à l'étranger ne pouvaient pas bénéficier des allègements d'impôts car ils se verraient pénalisés en raison de l'exercice d'un travail en dehors du territoire polonais.

(51) Cour constitutionnelle tchèque, 8 mars 2006, v. *cette Revue*, « Chronique de jurisprudence européenne comparée », 2007-4, pp. 1115-1116.

(52) F. SUDRE, « À propos du dialogue des juges et du contrôle de conventionnalité », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, pp. 205-224, spéc. p. 218.

nelle tchèque dans sa décision du 6 novembre 2007, a imposé aux juridictions ordinaires d'interpréter le droit national en conformité avec celui-ci, y compris dans des litiges qui ont pris leur source sur des faits antérieurs à l'adhésion... Dans cette affaire de droit de la consommation, la Cour constitutionnelle reprocha aux juridictions ordinaires (y compris la Cour suprême) d'avoir méconnu l'importance des principes de sécurité juridique et de confiance légitime et d'avoir appliqué de façon trop formaliste le code civil. Le fait significatif ici était que l'affaire portait sur des faits s'étant produit en 1995. Les faits du litige étaient donc largement antérieurs, non seulement à l'adhésion de la République Tchèque à l'Union, mais également à l'harmonisation du droit tchèque au droit communautaire de la consommation conformément aux directives communautaires n'ayant été incorporées dans le Code civil qu'en 2001... Alors que le juge constitutionnel tchèque citait dans cette affaire l'arrêt *Ynos* (53) de la Cour de justice pour en dépasser la philosophie, la Cour constitutionnelle slovaque, dans une décision du 29 mai 2007 (54) s'empara de la même décision pour, à l'inverse, en inférer une interprétation plus restrictive que son homologue pragois en refusant de donner suite à la demande du requérant de poser une question préjudicielle à la Cour de justice. Pour le juge constitutionnel de Bratislava, dans la mesure où l'affaire portait sur des faits antérieurs au 1^{er} mai 2004, date de l'adhésion, la Cour se serait à nouveau déclarée incompétente en suivant sa jurisprudence *Ynos*. Le juge manqua sans conteste une occasion qui lui était donnée de présenter son point de vue sur la question de savoir si le droit fondamental à une protection juridictionnelle effective incluait le droit d'une partie à un procès à ce que la juridiction de dernière instance surseoit à statuer et saisisse la Cour d'une question préjudicielle...

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

La Slovénie fait également partie des nouveaux pays membres qui accordent une attention spéciale à la conciliation des exigences constitutionnelles et européennes. Dans un arrêt du 7 février 2007 (55), la Cour constitutionnelle de Ljubljana a validé une loi nationale de transposition en mettant en exergue son respect des droits fondamentaux tels qu'ils sont consacrés par la Constitution nationale, en utilisant d'ailleurs la jurisprudence de la Cour de justice à cet effet. La requête contre la loi nationale de transposition (56) avait été

(53) CJCE, 10 janvier 2006, *Ynos*, C-302/04, *Rec.* p.I-371. La Cour de justice y affirma qu'elle n'était pas compétente pour répondre à des questions préjudicielles émanant d'une juridiction nationale (en l'espèce hongroise) qui portaient sur l'interprétation d'une directive dans la mesure où les faits de l'espèce étaient *antérieurs à l'adhésion*.

(54) Cour constitutionnelle slovaque, 29 mai 2007, S 151/07-14.

(55) Cour constitutionnelle slovène, 7 février 2007, n° U-I-113/04-33.

(56) Elle transposait la Directive 2002/02 concernant la circulation des aliments composés pour animaux.

interjetée par des producteurs slovènes d'aliments composés pour animaux qui contestaient, arguant de la violation du droit constitutionnel au respect des biens, l'obligation de présenter les pourcentages des composants des aliments. L'argumentation de la Cour a ceci de remarquable qu'elle s'arrima à deux données. Un élément ponctuel tout d'abord, important pour l'issue du litige : le fait que la disposition nationale contestée était la reproduction exacte de l'article 1^{er} point 4 de la directive dont la Cour de justice avait, dans un arrêt de 2005, constaté la validité (57). En élément d'ordre général ensuite qui démontre parfaitement le changement d'ordre structurel vécu par l'Union. La Cour entreprit une démonstration consistant à mettre en valeur le parcours suivi par le système communautaire en matière de respect des droits fondamentaux. Et de rappeler que, même si les traités fondateurs s'étaient bornés aux objectifs de l'intégration économique, la jurisprudence de la Cour de justice avait progressivement ouvert la voie à la reconnaissance des droits de l'homme en tant que partie intégrante de l'ordre juridique de l'Union européenne. En outre, après les modifications des traités fondateurs, le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales était l'un des principes fondamentaux sur lequel était fondée l'Union européenne. Partant, le droit au respect des biens qui se trouve protégé à l'échelle constitutionnelle, l'est également à l'échelle européenne, ce qui a permis à la Cour de rejeter la requête des producteurs courroucés, comme étant manifestement mal fondée. On rappellera pour mémoire ici que le Conseil d'État français avait été saisi de la même problématique concernant la transposition de la directive litigieuse n° 2002/2. S'il avait rejeté le recours tendant à l'annulation du décret portant application de la loi nationale de transposition, il avait également choisi de différer dans le temps les effets de sa décision de rejet. L'exercice conciliatoire avait pour paramètre la sécurité sanitaire d'un côté et la sécurité juridique de l'autre (58).

La mise en œuvre des lois nationales transposant la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen n'en finit pas d'alimenter le feuilleton judiciaire continental. Après l'Allemagne, Chypre, la République tchèque, la Pologne (59), ce fut au tour du Royaume-Uni de connaître de cette problématique. À l'inverse d'autres pays dont les Cours avaient sanctionné les carences en matière de protection des droits, la *House of Lords* rendait le 28 février 2007 (60) une importante décision qui démontrait la loyauté judiciaire britannique à l'endroit de l'édification de l'espace de sécurité, liberté et justice. Elle s'appuyait *expressis verbis* sur l'affaire *Pupino* (61) dont on sait qu'elle importa

(57) CJCE, 6 décembre 2005, *ABNA Ltd ea*, aff. jointes C-453/03, C-11/04, C-12/04 et C-194/04, *Rec.* p. I-10423.

(58) Conseil d'État, 27 octobre 2006, *Société techna SA*, n° 260/67.

(59) Voir cette *Revue*, « Chronique de jurisprudence européenne comparée », 2006-4, pp. 1122-1127 et 2007-4, pp. 1118-1121.

(60) House of Lords, *Dabas v. High Court of Justice* [Madrid] 2007, 2 WLR 254.

(61) CJCE, 16 juin 2005, *Pupino*, C-105/03, *Rec.* p. I-5285.

le principe d'interprétation conforme dans le cadre du III^e pilier. L'affaire est d'autant plus remarquable que le juge britannique supprima une condition que le législateur avait décidé d'ajouter au cœur de la loi nationale de transposition et qui mettait à mal le mécanisme de la remise. Le respect de cette condition (62) était effectivement nécessaire pour exécuter un mandat d'arrêt, ce qui fut immédiatement utilisé par un requérant espagnol — soupçonné d'avoir participé aux attentats de Madrid en 2004 — pour contester sa remise aux autorités espagnoles. La Haute Cour rappela les objectifs cruciaux de la décision-cadre. Elle en conclut que le fait pour un État membre de décider, pour des raisons qui lui sont propres, de subordonner la procédure de remise entre États à l'accomplissement de formalités supplémentaires risquerait de contrecarrer les objectifs de la décision-cadre. Elle alla donc jusqu'à présumer que le Parlement n'avait voulu ni mettre en opposition la réglementation britannique avec la décision-cadre, ni mettre en œuvre une procédure d'extradition moins coopérative que celle qui existait auparavant. Du coup, elle conclut que le mandat d'arrêt se suffisait à lui-même (*i.e.* constituait l'attestation exigée) et qu'il n'était pas nécessaire pour l'État membre d'émission du mandat de fournir un document séparé. Remarquable de loyauté judiciaire fut le discours de Lord Bingham qui s'empara des vertus de l'article 10 CE pour minimiser le libellé de l'article 34§ 2 b). UE selon lequel les instances nationales restent libres « quant à la forme et aux moyens » pour atteindre les objectifs visés par une décision-cadre. Et d'estimer que selon l'article 10 CE, les autorités nationales devaient s'abstenir de mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation d'une décision-cadre conformément aux enseignements du point 43 de l'arrêt *Pupino*. Quand les juges britanniques sont d'excellents juges « communautaires de droit commun » (63)...

2. Les Cours constitutionnelles et la portée des arrêts de la Cour de Strasbourg

Le « dialogue des juges » est un processus interactif, en équilibre permanent, parfois instable. Rien de plus normal quand on rappelle que le dialogue en question induit l'échange d'arguments et porte en lui, par voie de conséquence,

(62) Cette condition consistait à présenter une « attestation » qui démontrait que l'infraction en cause tombait sous le coup de la décision-cadre. Cette exigence, non prévue par la décision-cadre, était du seul fait de la réglementation britannique de transposition.

(63) Le point 5 du discours de Lord Bingham mérite d'être reproduit : « *In its choice of form and methods a national authority may not seek to frustrate or impede achievement of the purpose of the [decision-cadre], for that would impede the general duty of cooperation binding on member states under article 10 of the EC Treaty. Thus while a national court may not interpret a national law contra legem, it's must do so as far as possible in the light of the wording and purpose of the framework decision in order to attain the result which it pursues and thus comply with article 34 (2) b EU* ».

tant la concorde que la discorde. Les relations entre les Cours ayant des fonctions constitutionnelles et le juge de Strasbourg en témoignent. Si certains juges s'arment aveuglément à l'interprétation de la Convention délivrée par la Cour de Strasbourg, d'autres à l'inverse entendent manifester la plénitude de leur *imperium* (64) en délimitant précisément l'autorité des arrêts de la Cour de Strasbourg.

On remarque dans certains États, notamment depuis l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande *Görgülü* (65), une prévention à l'égard de l'autorité qu'il convient de conférer aux arrêts de la Cour européenne. Les deux arrêts rendus par la Cour constitutionnelle italienne le 24 octobre 2007 en sont la manifestation (66). Que la constitutionnalité des lois internes soit évaluée à l'aune du droit international et notamment de la Convention européenne, la Cour constitutionnelle le reconnaît sans ambages. Elle ne fait ici que tirer les conséquences de l'article 117 de la Constitution dans sa nouvelle formulation issue de la réforme constitutionnelle de 2001 (67). Dans la foulée cependant, elle dénie toute « primauté » de la Convention européenne sur le droit constitutionnel. Celle-ci ne vaut que pour le droit communautaire qui a créé un « nouvel ordre juridique superposé à l'ordre juridique interne » dont les actes sont immédiatement applicables dans les États membres. Si une telle argumentation prend acte de la spécificité du droit de l'Union, elle minimise l'impact conventionnel dans l'ordonnement italien. Le juge constitutionnel entend être l'interprète unique de la Constitution de 1947 en refusant que l'interprétation de la législation interne délivrée par la Cour de Strasbourg ne puisse être directement applicable dans l'ordre juridique italien. L'interprétation conventionnelle ne peut faire fi du « sasse procédural » des questions d'inconstitutionnalité. La Cour entend ici reprendre de façon manifeste les rennes de son destin constitutionnel : afin d'écarter une loi italienne qui serait contraire notamment à l'« autorité de chose interprétée », il convient de soulever devant elle la question de l'inconstitutionnalité de la loi. Ainsi, dans les deux affaires en cause relatives aux modalités et aux limites des

(64) L'*imperium* consiste à trancher le litige avec force obligatoire, de disposer de l'autorité nécessaire pour conférer à l'acte juridictionnel efficacité et effectivité tandis que la *jurisdictio* est la mission ou l'action de dire le droit, de trancher le litige par application du droit.

(65) Tribunal constitutionnel allemand, 14 octobre 2004, *Görgülü*, v. J. Gerkräth, « L'effet contraignant des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme vu à travers le prisme de la Cour constitutionnelle allemande », *RTDH*, 2006, pp. 706-726 ; A. WEBER, « Double ou triple protection des droits fondamentaux en Europe ? », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 1747-1759.

(66) Cour constitutionnelle italienne, 24 octobre 2007, n^{os} 348 et 349.

(67) Cette disposition prévoit que la législation italienne doit respecter les obligations découlant, tant du droit communautaire que du droit international.

procédures d'expropriations, la Cour constitutionnelle s'est fait juge de l'interprétation européenne, tantôt pour y souscrire (68), tantôt pour la réfuter (69).

Le Royaume-Uni ne s'inscrit pas dans cette tendance continentale teintée de défiance. Transfiguré par le *Human Rights Act* de 1998, l'ordre juridique anglais est au diapason avec le système conventionnel (70). Cette osmose interprétative s'est notamment manifestée dans d'importantes affaires où les obligations tirées du droit international ont dû s'articuler avec celles tirées de la Convention européenne. La Cour européenne a rendu sur la question des décisions très contestables — à tout le moins très contestées (71) — dans les affaires *Behrami*, *Saramati* et *Beric* (72). Et de prendre le parti de ne pas interférer dans les opérations de maintien de la paix décidées par le Conseil de sécurité sur la base du Chapitre VII en octroyant une immunité conventionnelle aux actes effectués par les États membres... (73). Les affaires étaient hautement sensibles, ce qui explique que nombre de gouvernements européens ont activé le mécanisme de la tierce intervention pour faire entendre leur point de vue qui consistait — bien évidemment — à défendre leurs intérêts en plaidant pour l'immunité. La Cour s'aligna sur une forme de protection

(68) Dans l'arrêt n° 348, la Cour constitutionnelle a fourni des indications au législateur national pour déterminer les indemnités d'expropriation en distinguant, à l'instar de la Cour de Strasbourg, les hypothèses d'expropriation isolées et groupées.

(69) Dans l'arrêt n° 349, la Cour n'a pas estimé que le système de l'occupation illégitime du sol est en lui-même contraire à l'article 1 du Protocole n° 1 contrairement à la jurisprudence de la Cour européenne sur la question.

(70) A. DUFFY, *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni*, Paris, LGDJ, 2007 Fondation Varenne, 635 p. Préface de G. Scoffoni et avant-propos de J. Jowell.

(71) On renvoie ici aux débats qui se sont tenus à Nice à l'occasion du colloque organisé par J. Rideau et L. Balmond en Juin 2008 sur le thème « *Sécurité collective et droits fondamentaux* ».

(72) Cour EDH, Gde Ch., DR, 2 mai 2007, *Behrami c. France* ; Cour EDH, Gde Ch., DR, 2 mai 2007, *Saramati c. France, Norvège et Allemagne* ; Cour EDH, Gde Ch., DR, 16 octobre 2007, *Beric c. Bosnie-Herzégovine*. Dans ces trois affaires, la Cour a déclaré que les griefs des requérants étaient incompatibles *ratione personae* avec les dispositions de la Convention. Dans la première affaire, le requérant imputait aux troupes françaises de la Force d'intervention de l'ONU au Kosovo (KFOR), sur la base de l'article 2, la mort de son enfant tué par l'explosion d'une bombe pendant des opérations de déminage (violation de l'article 2). Dans la seconde espèce, le requérant se plaignait sur la base de l'article 5, des conditions de son arrestation par la MINUK (Mission d'administration intérimaire des Nations Unies pour le Kosovo) et de sa détention par la KFOR. Dans la troisième cause, M. Beric contestait, sur la base des articles 6, 11 et 13, les conditions de sa mise à pied décidée par le Haut représentant pour la Bosnie.

(73) Cour EDH, Gde Ch., DR, 2 mai 2007, *Behrami c. France*, § 149 : « *La Convention ne saurait s'interpréter de manière à faire relever du contrôle de la Cour des actions ou omissions des Parties contractantes couvertes par des résolutions du Conseil de sécurité et commises avant ou pendant de telles missions* ».

de la « raison d'État ». Elle fit jouer à « l'écran organisationnel » tous ses effets au point d'arriver à considérer que le contrôle de la Cour « *s'analyserait en une ingérence dans l'accomplissement d'une mission essentielle de l'ONU dans ce domaine, voire, comme l'ont dit certaines des parties, dans la conduite efficace des opérations.* » (§ 149, arrêt *Saramati*) ! Le cynisme de l'argument affleure, tandis que la géométrie variable de la théorie de l'écran organisationnel aussi, quand on rappelle que depuis de longue date, par des moyens détournés mais effectifs, la Cour de Strasbourg n'a pas hésité à contrôler les actes des États membres adoptés dans le cadre de l'Union européenne... C'est dans ce contexte que la *House of Lords*, dans son arrêt du 12 décembre 2007 (74) a considéré que le respect du droit à la liberté (article 5 de la Convention) se trouvait conditionné par l'obligation pesant sur le Royaume-Uni de mettre en avant les termes d'une résolution du Conseil de sécurité des Nations unies. Alors que le requérant est un ressortissant de nationalité britannique et iraquienne soupçonné d'appartenir à une cellule terroriste, il fut détenu pendant près de dix mois en Irak « *pour des raisons impératives de sécurité* ». Conscient de l'atteinte au droit à la liberté, le Gouvernement justifiait l'atteinte à l'article 5 de la Convention au nom de la transcendance des obligations internationales telles qu'elles découlent de la Résolution 1546 (2004) (75). Surtout, il invoqua les décisions d'irrecevabilité rendues dans les affaires *Behrami* et *Saramati* pour considérer que la question ne relevait pas du champ d'application de la Convention... Une telle interprétation compréhensive de ces affaires fut *in fine* réfutée par Lord Bingham qui souligna les différences juridiques entre les opérations de maintien de la paix au Kosovo d'un côté et en Irak de l'autre en reprenant les critères dégagés par la Cour pour ce faire (spéc. points 23 à 25) (76). Cela confirme d'ailleurs *a contrario* que la *House of Lords* a pris au sérieux ces critères pour mieux identifier le particularisme des faits de l'espèce. Écartant ce faisant l'analyse sous l'angle de l'immunité conventionnelle — les opérations du Royaume-Uni en Irak n'étant pas placée sous l'égide des Nations unies — c'est au nom de la supériorité des obligations découlant de la Charte des Nations unies (posée à l'article 103 de celle-ci) que Lord Bingham a avalisé l'attitude des forces britanniques en considérant que l'internement du requérant était rendu nécessaire eu égard à l'importance des objectifs de paix et de sécurité poursuivis.

(74) House of Lords, 12 décembre 2007, *Regina (on the application of Al-Jedda) v. Secretary of State for Defence* [2008] 2 WLR 31.

(75) Résolution du Conseil de sécurité des Nations unies, 1546 (2004) du 8 juin 2004 en vertu de laquelle les forces britanniques sont autorisées à prendre « toutes les mesures nécessaires pour contribuer au maintien de la sécurité et de la stabilité en Iraq [...], notamment en ce qui concerne la prévention du terrorisme et la dissuasion des terroristes ».

(76) La force multinationale en Irak, contrairement à celle du Kosovo, n'a été établie ni sur l'ordre des Nations Unies, ni autorisée à se placer sous les auspices des Nations unies, ni ne constitue un organe subsidiaire des Nations unies.

Et de mentionner *expressis verbis* les affaires *Loizidou*, *Bankovic*, *Fogarty*, *Behrami et Saramati* pour rappeler que la Convention européenne ne peut s'interpréter dans le « vide » et que la responsabilité des États doit être déterminée conformément aux principes de droit international général (point 36).

Inutile de dire que cette décision de la *House of Lords* est importante. Bien qu'elle s'arrime à la jurisprudence européenne — dont on pense qu'elle est assez critiquable — elle n'en démontre pas moins qu'il y a des opérations menées par les États membres dans le cadre général de l'ONU qui ne sont pas imputables à celle-ci et que, ce faisant, la protection octroyée par la Convention reprend ses droits avec protection *a minima in casu*...

II^e PARTIE. — LES INTERACTIONS MATÉRIELLES

Vie privée (I) et non discrimination (II) continuent de faire partie des garanties matérielles où les chassés-croisés jurisprudentiels sont particulièrement intéressants à sonder afin d'évaluer si l'*interprétation* des droits recouvre la même allure quels que soit les pays et les juges...

I. — LE DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE

Alors que la liberté d'expression a longtemps bénéficié d'un statut privilégié dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, on sait que depuis quelques années elle s'est engagée dans un processus de rééquilibrage au profit du droit à la vie privée. Valorisant la presse diffusant des informations d'intérêt général, elle sanctionne à l'inverse les excès de la presse dite « *people* » qui s'immisce par tous les moyens dans la vie privée de « célébrités » en tous genres. L'affaire *Von Hannover* — plus connue comme étant celle de la « Princesse Caroline de Monaco » — marque à cet égard un tournant certain consacrant un « droit à l'image » (77). Le Royaume-Uni, connu pour les outrances de cette presse d'un genre spécieux qui prospéra pendant des décennies outre-Manche, s'aligne toujours plus, grâce notamment à la diffusion de la Convention européenne via le *Human Rights Act*, sur la donne continentale en la matière. Toutefois, des différences existent, notamment sur *les fondements de la protection de la vie privée*, mais peu à peu, le droit britannique évolue (78). La décision de la *House of Lords* du 2 mai 2007 (79) — adoptée

(77) Cour EDH, 24 juin 2004, *Von Hannover c. Allemagne*.

(78) A. Duffy, *La protection des droits et libertés...*, *op. cit.*, pp. 206-210.

(79) House of Lords, 2 mai 2007, *Douglas and another v. Hello Ltd and others* [2007] 2 WLR 920.

par trois voix contre deux — s'inscrit manifestement dans cette refonte du paysage judiciaire britannique, même si la juridiction suprême n'entend pas encore, comme tel, consacrer un « droit à l'image ». Après la Princesse du fameux Rocher monégasque, ce sont deux stars du grand écran — mari et femme — qui sont à l'origine de l'affaire, le couple Michaël Douglas-Catherine Zeta-Jones pour ne pas le nommer. Dans le cadre de la préparation de leurs noces, ils avaient vendu au magazine *OK* les droits exclusifs pour filmer les festivités, prévenant l'intégralité des invités qu'aucune photographie ne serait autorisée. Or, c'est dans un magazine concurrent — *Hello* — que certaines photographies du mariage furent divulguées. La *House of Lords* considéra dans ce contexte — infirmant la décision de la cour inférieure — que le magazine *Hello* était lié par une obligation de confidentialité à l'égard de *OK*. Et de considérer que ce magazine — qui avait déboursé près de 1,5 million d'euros pour un droit exclusif, devait être en mesure de le protéger et de s'adresser à la justice si un tiers le détruisait intentionnellement. Le lecteur prendra la mesure de l'écart qu'il reste encore à parcourir en prenant connaissance des propos de Lord Bingham, même si les particularités des faits de l'espèce peuvent expliquer sa prise de position. Ce n'est pas la vie privée en tant que telle, encore moins le droit à l'image des célébrités qui fut *in fine* protégé, mais uniquement une information (en l'occurrence le mariage des deux stars) qui devait, conformément à l'exclusivité dont elle était l'objet, bénéficier de la loi du secret (*law of confidence*) (80).

II. — LES DISCRIMINATIONS ETHNIQUES (81)

Les discriminations en tout genre sont un fléau à combattre avec la plus grande vigueur quand on sait qu'elles sont le terreau de l'intolérance, ferment

(80) Lord Bingham, point 124 de la décision : « *Is there any reason of public policy why the law of confidence should not protect information of this form and subject matter ? There is, in my opinion no question of creating an "image right" or any other unorthodox form of intellectual property. The information in this case was capable of being protected, not because it concerned the Douglases' image any more than because it was information of commercial value over which the Douglases had sufficient control to enable them to impose an obligation of confidence. Some may view with distaste a world in which information about the events of a wedding, which Warren and Brandeis in their famous article on privacy in (1890) 4 Harvard LR 193, regarded as a paradigm private occasion, should be sold in the market in the same a better mousetrap. But being a celebrity or publishing a celebrity magazine are lawful trades and I see no reason why they should be outlawed from such protection as the law of confidence may offer.* »

(81) On accordera cette année à nouveau un intérêt de taille au « contentieux ethnique ». Le contentieux basé sur le sexe et l'orientation sexuelle n'ayant pas donné lieu à une jurisprudence particulièrement fournie, on n'y consacra point de développements conséquents. On mentionnera uniquement à titre informatif les arrêts *Runke et White c. Royaume-Uni* du 10 mai 2007 (confirmation de l'arrêt *Stec c. RU* du 12 avril 2006 selon lequel la recherche de l'égalité matérielle est à même de justifier des différences de traitement

des haines les plus dévastatrices pour les assises démocratiques des sociétés. Les minorités ethniques sont toujours en première ligne dans l'infliction, à des degrés divers, de traitements discriminatoires. La Cour sanctionne de telles pratiques, soit frontalement en mettant en exergue la violation de la dimension matérielle d'un droit, soit de façon plus indirecte, en sanctionnant l'atteinte au volet procédural d'un droit.

Désavouant l'arrêt de Chambre qui avait été rendu à six voix contre une, la Grande chambre par treize voix contre quatre (82) condamne la République tchèque pour violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 2 du Protocole n° 1 dans la très importante affaire *D.H. c. République tchèque*. La « vulnérabilité », qui émerge dès qu'il est question des conditions de détention des détenus ou encore de la situation des enfants, fait une entrée remarquée car elle est appliquée ici à l'égard de « groupes ». Certes, l'affaire *Chapman* l'avait déjà mis en avant (83), mais l'importance de l'affaire *D.H.* donne un relief assez particulier au *dictum* selon lequel « la vulnérabilité des Roms/Tsiganes implique d'accorder une attention spéciale à leurs besoins et à leur mode de vie propre tant dans le cadre réglementaire considéré que lors de la prise de décision dans des cas particuliers. » (§ 181). Cette « attention spéciale » devient une nécessité de « protection spéciale » au paragraphe suivant (§ 182). Celle-ci induirait-elle la conventionnalité de mesures communément appelées des mesures de « discriminations positives » ? Si le mot aura sans doute du mal à s'imposer dans l'univers conventionnel, la philosophie qui la sous-tend sera certainement en mesure de prospérer à travers la technique des obligations positives. Ce sera en quelque sorte une manière de donner un sens concret à l'affirmation solennelle de la Cour selon laquelle « la diversité [ne doit pas être vue] comme une menace mais comme une richesse. » (§ 176). En plus de rendre existentielle — se situant au fondement de la conception démocratique de la société — la lutte contre la discrimination ethnique « qui est une forme de discrimination raciale » en imposant aux États « de recourir à tous les moyens dont [ils] disposent pour combattre le

en faveur d'un groupe défavorisé) et l'arrêt *Baczowski c. Pologne* du 3 mai 2007 où le juge européen retient une violation de l'article 14 combiné avec l'article 11 considérant que l'interdiction par le maire d'une commune polonaise faite à une organisation de défense des droits des homosexuels de défiler, était certainement la conséquence des opinions de celui-ci, exprimées dans un journal local et qui mettaient en évidence son homophobie.

(82) Les juges Zupanic, Jungwiert, Borrego Borrego et Sikuta ont émis des opinions dissidentes particulièrement sévères pour ne pas dire virulentes. On citera le paragraphe final de l'opinion dissidente du juge espagnol : « 18. Si la Cour européenne s'écarte de son rôle judiciaire, elle entre dans la confusion, ce qui ne peut qu'avoir des effets négatifs pour l'Europe. Le dérapage que cet arrêt implique est de taille, et le fait qu'il estime tous les parents Roms inaptes à éduquer leurs enfants est, à mon avis, une insulte. Je me place donc du côté des insultés et dis : « *Jsem cesky Rom* » (Je suis un Rom tchèque).

(83) Cour EDH, 18 janvier 2001, *Chapman c. Royaume-Uni*, § 96.

racisme » (§ 176), l'affaire *D.H.* marque également les esprits sur des aspects plus techniques en matière probatoire. La Cour admet qu'en matière de discrimination indirecte, « *des règles de preuve moins strictes s'imposent* » (§ 186). Et d'accueillir la pertinence des statistiques comme moyen de preuve et d'admettre qu'en matière de charge de la preuve elle puisse peser sur l'État, revenant (même si elle ne le dit pas) sur l'arrêt *Natchova* qui avait fermé à la porte à cette possibilité dès qu'il était question d'actes motivés par des préjugés raciaux... (§ 189). Le droit français de l'égalité, encore marqué par les stigmates de l'égalité abstraite, se reformera-t-il sous les coups de butoir de la Cour de Strasbourg (84) ? La question est majeure pour l'Hexagone qui semble tiraillé, à intervalles réguliers, par des tensions « communautaires ». Si le droit français arrivait un jour à appréhender de façon réaliste la diversité ethnique de la population, arrivera-t-il à le faire sans tomber dans le piège d'un « communautarisme » radical ?

Aux côtés de cet arrêt majeur, le reste du contentieux ethnique est marqué par une propension certaine à jouer avec le phénomène de « procéduralisation » des droits substantiels, plus particulièrement les articles 2 et 3 de la Convention (85). Ainsi dans plusieurs affaires affectant à nouveau la minorité *Rom* en Bulgarie (86), Roumanie (87) et Croatie (88), la Cour de Strasbourg a plus pointé du doigt l'absence d'enquête effective dans le cadre de crimes ou d'agressions racistes qu'elle n'a condamné, en tant que tel, l'acte discriminatoire.

Laurence BURGORGUE-LARSEN

Professeur à l'Université Paris I

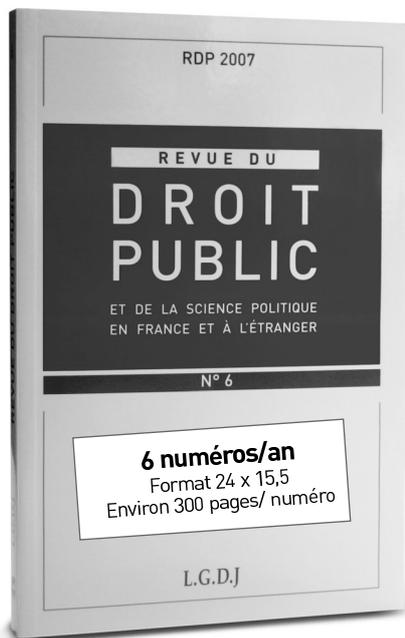
(84) On pense notamment ici à la décision du 15 novembre 2007 du Conseil constitutionnel sur les « statistiques ethniques », n° 2007-557 DC, *JO* du 21 novembre 2007, p. 19001, v. D. Rousseau, *cette Revue*, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », 2008-1, p. 320.

(85) On sait que c'est l'affaire *Natchova* qui avait propulsé l'article 2 dans le club des garanties matérielles disposant d'une facette procédurale, Cour EDH, 6 juillet 2005, *Natchova c. Bulgarie*, voir *cette Revue*, « Chronique de jurisprudence européenne comparée », 2006-4, p. 1135-1137

(86) Cour EDH, 26 juillet 2007, *Angelova et Iliev c. Bulgarie*, § 117. Absence d'enquête effective des autorités sur un meurtre raciste et de poursuite de ses auteurs pour infraction motivée par la haine raciale. Violation de l'article 2 sous l'angle procédural combiné avec l'article 14.

(87) Cour EDH, 26 juillet 2007, *Cobzaru c. Roumanie*, § 101. Manquement des agents de police à enquêter sur l'existence éventuelle d'un mobile racial à l'origine des mauvais traitements infligés à un Rom dans un poste de police combiné à l'attitude des agents durant l'enquête. Violation de l'article 3 sous son volet procédural et 13 combiné avec l'article 14.

(88) Cour EDH, 31 mai 2007, *Secic c. Croatie*, §§ 68-70. Il s'agissait d'une attaque d'un Rom par un groupe de skinhead. Violation de l'article 3 sous l'angle procédural combiné à l'article 14.



La RÉFÉRENCE

en droit constitutionnel,
administratif, politique
et international

Au sommaire : Point de vue ■ Doctrine
■ Chroniques jurisprudentielles ■ Dossiers
thématiques ■ Notes de jurisprudence

Retrouvez l'intégralité des numéros de la Revue depuis 2005, sur Lextenso.fr...

BULLETIN D'ABONNEMENT 2008

OUI, je souscris un abonnement annuel

- à la REVUE DU DROIT PUBLIC.** Je recevrai les 6 prochains numéros de la *Revue*.
 TARIF FRANCE 120 € TTC (117,53 € HT) ÉTRANGER 130 €
- à la base en ligne Lextenso.fr** formule Focus REVUE DU DROIT PUBLIC.
Je bénéficie, pendant un an, d'un accès illimité à l'intégralité de la REVUE DU DROIT PUBLIC
publiée depuis 2005
■ Tarif abonné à la revue 44,25 € TTC (37 € HT) ■ Tarif non-abonné 148,30 € TTC (124 € HT)
- Je joins mon règlement par chèque à l'ordre de Lextenso éditions. Je réglerai à réception de facture.

RAISON SOCIALE _____

NOM _____ PRÉNOM _____

Fonction _____

ADRESSE _____

CODE POSTAL _____ VILLE _____

TÉL. _____ FAX _____

E-MAIL _____

À RETOURNER à Lextenso éditions 33, rue du Mail 75081 PARIS CEDEX 02
ou par Fax au 01 56 54 17 81

Pour toute information complémentaire, contactez le 01 42 61 93 03.

L.G.D.J

lextenso éditions

Le directeur de la publication : EMMANUELLE FILIBERTI

DÉPÔT LÉGAL : 2008, N° 4293 — 4^e trimestre 2008 — AUT. DE 4-4-1945
LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE - Lextenso éditions PARIS
CPI. IMPRIMERIE FRANCE QUERCY. ZA Des Grands Camps. 46090 MERCUÈS, N° 81858 — 5-2008
Commission paritaire : n° 0712T81972

Imprimé en France

