

L'article 53 de la Charte des droits fondamentaux confronté à la primauté : la faveur pour la clause la plus protectrice est-elle compatible avec un ordre juridique d'intégration ?

Marc BLANQUET
Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole
Chaire Jean Monnet
IRDEIC¹ – CEEC²

Le questionnement qui m'a été soumis doit être précisé.

Il est vrai que l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est souvent présenté comme étant la traduction particulière dans cette Charte d'un principe plus général de faveur pour la clause la plus protectrice qui jouerait en matière de protection des droits de l'homme. L'exploration du droit international permet d'observer qu'il s'agit bien d'une règle de détermination du droit applicable pour la protection des droits fondamentaux, dans une hypothèse où plusieurs règles, d'origines distinctes, sont simultanément applicables et forment une situation de concours plus que de conflit normatif. En effet, il ne s'agit pas d'un conflit au sens où s'opposeraient des règles posant des droits ayant des titulaires différents³, ou consistant en des droits fondamentaux différents, mais des règles donnant à un seul titulaire une même garantie d'un même droit fondamental, dans un même objectif, mais à deux niveaux distincts d'équilibre avec les contraintes collectives, de sorte que selon la règle qui sera applicable, la protection jouera ou non⁴. Il est indiscutable

1. Institut de recherche en droit européen international et comparé.

2. Centre d'Excellence Europe Capitole

3. De sorte que le parallèle avec la clause de la nation la plus favorisée n'est pas pertinent. En revanche, les règles d'application dans le temps des lois pénales et spécialement le principe de la *lex mitior* est assez comparable dans son inspiration. Cela peut conduire à privilégier une interprétation de « non régression » pour les clauses de faveur.

4. Cela permet de donner une solution à une situation qui reste complexe, à la fois en droit international et en droit interne, celle des conflits entre conventions internationales : la Convention de Vienne ne règle que quelques hypothèses et pas les plus

que de très nombreuses conventions internationales de protection des droits de l'homme contiennent ce type de clause interdisant que leurs dispositions soient interprétées dans un sens qui aurait pour effet de restreindre la protection dont les individus bénéficient en vertu d'autres accords internationaux ou du droit national⁵, les particuliers bénéficiant alors toujours de la clause la plus favorable, la portée juridique de ces stipulations étant alors *a priori* indiscutable dans le champ de ces instruments⁶. Au-delà, certains considèrent que cette fréquence pourrait générer une forme de coutume internationale régissant les relations entre les conventions internationales dans ce domaine. Dans son cours à l'Académie de La Haye, en 1987, Emmanuel Roucouas affirme ainsi qu'il existe (en droit international des droits de l'homme) « un principe général d'applicabilité, en cas de coexistence, des normes les plus favorables en vigueur⁷ ». Il semble que l'on puisse dès lors admettre que la faveur pour la clause la plus protectrice caractérise les systèmes internationaux *spécialisés*, relevant de la branche particulière du droit international ou de la nouvelle discipline qu'est le droit international des droits de l'homme. Elle participe de ce que Frédéric Sudre a appelé la « logique des droits de l'homme » inhérente à la fonction des juridictions spécialisées dans la protection des droits de l'homme mais qui ne joue pas pour les cours ordinaires, quand bien même elles exerceraient une fonction touchant aux droits de

complexes, notamment avec le principe de la *lex posterior* ; certains ont cru distinguer un principe souvent retenu en jurisprudence de primeur de la *lex specialis* (Nguyen Quoc Dinh, « Évolutions de la jurisprudence de la Cour internationale de La Haye relative au problème de la hiérarchie des normes conventionnelles », in *Mélanges offerts à Marcel Waline, le juge et le droit public*, t. 1, Paris LGDJ, 1974, p. 220). Quant à la doctrine du *jus cogens*, si elle couvre les conventions de protection des droits fondamentaux, elle n'aide en rien face à un conflit d'application de telles conventions. Dans le cadre interne, pour l'impossibilité de hiérarchiser les conventions internationales entre elles, cf. l'arrêt du Conseil d'État du 23 décembre 2011, *Kandyrine de Brito Paiva*, req. 303678.

5. Article 5.2 du Pacte international sur les droits civils et politiques ; article 5.2 du Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels ; article 5 de la Convention sur le statut des réfugiés ; article 53 de la Convention européenne des droits de l'homme ; article 32 de la Charte sociale européenne ; article 29.b. de la Convention américaine relative aux droits de l'homme...

6. Cf. cependant l'expression de doutes sur leur valeur impérative : S. Platon, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, Collection des thèses n° 22, fondation Varenne, Paris, LGDJ, 2008, p. 259, note 2.

7. On peut arriver à ce même résultat toujours limité cependant au domaine des relations entre conventions de protection des droits de l'homme en appliquant la théorie d'interprétation plus générale voulant qu'en cas d'applicabilité concurrente de deux conventions internationales à une même situation juridique, on donne la faveur à l'application de celle des conventions permettant de donner le plus d'efficacité aux objectifs de l'ensemble des conventions concernées, de sorte que si ces dernières ont toutes pour objet de protéger les droits fondamentaux, devra être appliquée la plus protectrice.

l'homme⁸. Bref, c'est la singularité des cadres conventionnels et des fonctions juridictionnelles spécialisés dans la protection des droits de l'homme qui conduit à cette clause de faveur pour les dispositions les plus protectrices. Difficile en tous cas d'y voir un principe juridiquement contraignant qui s'imposerait dans un cadre plus général et à des juges non spécialisés comme la Cour de justice⁹.

Par ailleurs, il faut relever très simplement que la clause de faveur, en tant que méthode, ou technique, n'est pas en soi incompatible avec un ordre d'intégration et on en donnera deux aperçus.

D'abord dans certains États fédéraux, c'est-à-dire là où peut *a priori* se poser cet autre épineux problème qu'est le conflit interconstitutionnel¹⁰, on trouve en tant que solution de gestion le recours au principe de la clause la plus favorable¹¹. L'exemple suisse montre un principe peu en vue mais réel. En 1991, Jean-François Aubert observe la coexistence de normes protégeant les droits fondamentaux respectivement dans la Constitution fédérale et la constitution d'un canton et observe que le seul cas délicat concerne l'hypothèse d'une garantie fédérée plus protectrice que la garantie fédérale. Pour J.-F. Aubert, rien n'empêche le cadre constitutionnel fédéré de positionner l'équilibre entre un droit fondamental et l'intérêt public permettant de le limiter de façon plus libérale qu'au niveau fédéral. Mais pour lui, le système juridique suisse ne peut admettre que ceci se traduise par une atteinte à une liberté fédérale ou à une autre règle impérative du droit fédéral¹². Michel Hottelier admet par ailleurs que cela ne se traduit qu'exceptionnellement par une prévalence du niveau local le plus favorable¹³. L'exemple des États-Unis montre aussi que la garantie fédérée plus protectrice des droits fondamentaux peut l'emporter sur le niveau fédéral. Certains tentent de relativiser ces exemples, à l'image d'Edouard Dubout, soit en y voyant la

8. Conclusions générales de F. Sudre, (J. Andriantsimbazovina, L. Burgorgue-Larsen, S. Touzé dir.), *La protection des droits de l'homme par les cours supranationales*, Paris, Pédone, 2016, p. 251.

9. Sous réserve de l'interprétation à retenir pour l'article 53 de la Charte.

10. Le problème envisagé dans cette étude consiste à trancher un conflit interconstitutionnel à trois protagonistes, les constitutions nationales, la « charte constitutionnelle » de l'Union et l'« instrument constitutionnel de l'ordre public européen » (Cour EDH, Gd. Ch., 23 mars 1995, *Loizidou c/ Turquie*, série A n° 310, §75). Si l'on y ajoute les problèmes de conflits entre conventions internationales (cf. *supra*), on doit admettre qu'il s'agit là de « gérer » des situations parmi les plus complexes qui soient.

11. *Günstigkeitsprinzip* en Suisse par exemple.

12. J.-F. Aubert : « La constitution, son contenu, son usage », in (K. Eichenberger dir.) *Sinn und Bedeutung einer Verfassung*, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, Basel, Frankfurt am Main, 1991, pp. 124s.

13. « Rapport suisse », in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 29-2013, 2014. Pluralisme des garanties et des juges et droits fondamentaux - Les droits culturels. p. 451. Sur le même thème, du même auteur : « Le principe de faveur, arbitre des droits fondamentaux et des droits de l'homme », in *Droits de l'homme et la constitution : études en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni*, Genève, Schulthess, 2007 p. 175.

preuve d'une « maturité » que n'aurait pas encore atteint l'Union, de sorte que l'unité du système juridique fédéral pourrait se permettre une telle « faveur », alors que celle de l'ordre juridique de l'Union en serait affectée¹⁴, soit en voyant dans les cas suisse et américain deux exceptions¹⁵. Mais ces exemples empêchent cependant de conclure à la question posée que ce principe de faveur appliqué à la protection des droits fondamentaux serait totalement incompatible avec un système d'intégration.

En second lieu il faut observer le droit de l'Union européenne, et on se rend compte que la technique de la clause de faveur y est omniprésente dès lors que sont en cause des normes de protection, ce qui prouve encore qu'en soi, cette faveur pour un standard national supérieur au standard de l'Union ne heurte pas forcément les fondamentaux de l'ordre européen. Ce sont des cas où l'action de l'Union permet¹⁶ aux États membres de prendre des mesures nationales plus protectrices que le niveau de protection assuré par l'Union¹⁷. On peut ici distinguer deux logiques, conduisant toutes deux, selon des voies différentes, à admettre des règles nationales plus protectrices que les règles de l'Union poursuivant le même objectif : en premier lieu, la *logique de la protection minimale* qui serait assurée au niveau commun, de sorte qu'il faudrait admettre des protections unilatérales nationales plus élevées, compte tenu de ce caractère minimal, et en second lieu la *logique de la protection élevée* assurée au niveau commun, cette logique en tant qu'objectif conduisant aussi à accepter une protection plus stricte au niveau national. En somme, une logique de la faiblesse des moyens et une logique de l'ambition des buts.

Pour le premier cas, l'Union choisit parfois de déterminer un certain niveau d'harmonisation, qui n'est pas forcément une harmonisation complète¹⁸, ce qui se

14. « Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : pluralisme constitutif *versus* pluralisme constitutionnel », *CDE* 2013, p. 296.

15. « Droits fondamentaux et pluralisme constitutionnel dans l'Union européenne », in (R. Tinière et C. Vial dir.), *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Entre évolution et permanences*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 126.

16. Au sens d'une validation de ces actes nationaux vis-à-vis du droit de l'Union.

17. Ce sont des situations dans lesquelles les normes en cause, celles de l'Union comme les règles nationales plus protectrices, poursuivent le même objectif de protection (pour une précision, cf. notamment l'arrêt du 21 juillet 2011, *Azienda Agro-Zootecnica Franchini Sarl*, aff. C-2/10, EU:C:2011:502, pt 52) ce qui diffère donc des hypothèses classiques liées au marché intérieur dans lesquelles les États membres peuvent faire prévaloir tel ou tel objectif spécifique légitime (ordre public, sécurité publique, santé publique...) vis-à-vis de règles européennes pouvant avoir cette dimension mais poursuivant un autre objectif principal. Les hypothèses retenues ici visent donc le cas de deux standards de protection d'un même droit, ou d'une même valeur, l'adoption d'un standard commun étant compatible avec un standard national supérieur s'appliquant sur une partie limitée du territoire commun.

18. On peut aussi trouver l'exemple de l'harmonisation « totale » excluant les mesures nationales plus protectrices, cf. la première directive revendiquant expressément cette

traduira de deux manières, réunies dans un intitulé souvent rencontré : « dispositions plus favorables et non régression¹⁹ ». Principalement, de très nombreuses normes de l'Union seront considérées comme fixant des « prescriptions minimales », « normes minimales », ou autres « exigences minimales²⁰ », permettant donc expressément aux États membres d'adopter des « dispositions plus favorables » aux travailleurs²¹, à l'égalité de traitement²², aux ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier²³, ou déplacés²⁴, ou demandeurs d'asile²⁵, à l'accès à l'aide judiciaire²⁶, ou aux droits des réfugiés²⁷. Comme c'est parfois précisé, « la nature même des normes minimales veut que les États membres aient la faculté d'introduire ou de maintenir des conditions plus favorables²⁸ ». En matière de protection sociale, c'est le droit primaire qui affirme cette logique, l'article 153 TFUE prévoyant des directives arrêtant des « prescriptions minimales », les États membres pouvant « maintenir ou établir des mesures de protection plus strictes compatibles avec les traités²⁹ ». On retrouve le même schéma en matière de coopération judiciaire pénale, l'article 82, § 2 TFUE prévoyant la possibilité pour l'Union d'adopter « des règles minimales », celle-ci n'empêchant pas « les États membres de maintenir ou d'instituer un niveau de protection plus élevé pour les personnes ». La logique est la même pour l'action d'Euratom en matière de protection sanitaire de la population et des travailleurs³⁰, la Cour de justice ayant pu préciser que cela n'interdisait pas une protection nationale plus stricte³¹,

technique : directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, *JOUE* n° L 149, du 11 juin 2005, p. 22.

19. On rencontre souvent cet intitulé (global ou avec ses deux composantes distinguées) pour des articles spécifiques des actes évoqués.

20. Parfois cet aspect minimal apparaît dans l'intitulé même de l'acte (cf. notamment les directives 80/836, 2001/55, 2002/8, 2002/44, 2003/10, 2004/40, 2005/85, 2009/52, ou 2013/35). Pour des raisons de gabarit du texte, seuls les numéros de ces actes seront indiqués ici.

21. Directives 2019/1158, 2019/1152, 2017/159, 2014/54, 2014/112, 2013/35, 2009/13, 2005/47, 2004/40, 2003/10, 2003/88, 2002/14, 2002/44, 2000/79, 1999/63, 96/34. On trouve parfois la même clause de faveur vis-à-vis des partenaires sociaux dans ce domaine.

22. Directives 2006/54, 2010/41, 2004/113, 2000/43, 2000/78.

23. Directive 2009/52.

24. Directive 2001/55.

25. Directive 2003/9.

26. Directive 2002/8.

27. Directive 2005/85.

28. Directive 2001/55. Cf. aussi les directives 2003/9, 2005/85, ou 2004/83.

29. Art. 153, § 4 TFUE. Ceci peut consister en des règles internes ou des engagements internationaux (cf. *avis 2/91* du 19 mars 1993, EU:C:1991:490, point 18).

30. Art. 2, b) CEEA.

31. Arrêt du 25 novembre 1992, *Commission c/ Belgique*, aff. C-376/90, EU:C:1992:457, pts 18, 19.

et que, dans le contexte particulier d'une directive sur la protection sanitaire contre les dangers des rayonnements ionisants³², celle-ci posait des « normes de base », correspondant à « un minimum de protection³³ ». Sans que ce soit systématiquement prévu, la précision est souvent ajoutée que ces éventuelles mesures des États membres doivent être « compatibles » avec la directive en question, ou « sans préjudice de leurs obligations au titre du traité », la compatibilité étant prévue, on l'a vu, par le droit primaire en matière de protection sociale. À cet égard, la Cour de justice a eu l'occasion de préciser que cela signifiait « que les États membres demeurent libres, dans l'exercice de leur compétence retenue, d'adopter de telles normes, plus rigoureuses que celles qui font l'objet de l'intervention du législateur de l'Union, pour autant qu'elles ne remettent pas en cause la cohérence de ladite intervention.³⁴ » La Cour vérifie donc qu'une mesure nationale plus favorable « n'est... susceptible ni d'affecter ou de limiter la protection minimale ainsi garantie à ces travailleurs en vertu de [la disposition de l'Union]... ni de porter atteinte à d'autres dispositions de ladite directive, à sa cohérence ou aux objectifs qu'elle poursuit³⁵. »

Dans quasiment tous les exemples signalés ci-dessus, la fixation d'un certain niveau de protection fait aussi l'objet d'une *clause de non régression*, l'adoption d'une norme de l'Union ne pouvant se traduire par une « régression », une « réduction », ou « un abaissement » du « niveau de protection » ou du « niveau général de protection » des travailleurs, des lanceurs d'alerte, contre la discrimination, ou de l'égalité de traitement homme/femme tel que « déjà offert par les États membres », « actuellement existant », ou « existant dans les États membres » ou « dans chaque État membre », ce qui révèle une relation entre le niveau de protection, notamment dans les États membres, avant et après l'adoption de la norme de protection minimale commune.

La seconde logique est celle du niveau élevé de protection : dans trois domaines, la mission de l'Union va être définie comme ayant pour objectif³⁶

32. Directive 80/836.

33. Arrêt précité du 25 novembre 1992, pts 27-29.

34. Arrêt du 17 décembre 1998, *IP*, aff. C-2/97, EU:C:1998:613, pts 35, 37 et 40 ; arrêt du 19 novembre 2019, *TSN ry*, aff. C-609/17 et C-610/17, EU:C:2019:981, pt 48.

35. Arrêt précité, aff. C-609/17, pt 51.

36. On ne pourra, dans le format de cette communication, explorer un deuxième cas de figure, pourtant intéressant, où le niveau élevé est plus une présomption qu'un objectif. C'est le cas du large champ des mesures de rapprochement des législations correspondant à ce qu'on peut appeler la base juridique marché intérieur (art. 114 TFUE). L'objet principal des normes de l'Union est ici d'assurer les libertés de circulation, autrement dit, d'emblée, on voit que ce qui est recherché n'est pas tel ou tel niveau de protection de tel ou tel intérêt ou telle ou telle valeur mais le fait que soit fixée une norme commune et unique. Il y a juste une obligation connexe, pour rendre la démarche acceptable, de respecter un niveau élevé de protection correspondant sensiblement aux domaines identifiés ci-dessus, mais au moyen d'une sorte de présomption réduisant fortement l'obligation, la Commission, dans ses propositions, prenant « pour base » « un niveau

un niveau de protection élevé. C'est le cas en matière de protection de la santé humaine³⁷, avec une déclinaison s'agissant de la compétence de l'Union pour adopter « des mesures fixant des normes élevées de qualité et de sécurité des organes et substances d'origine humaine, du sang et des dérivés du sang³⁸ », ces normes « élevées » ne pouvant « empêcher un États membre de maintenir ou d'établir des mesures de protection plus strictes ». De même, l'Union vise « un niveau élevé de protection des consommateurs³⁹ » mais quand elle adopte des mesures d'appui spécifiques⁴⁰, cela n'empêche pas les États membres de « maintenir ou d'établir des mesures de protection plus strictes », ces mesures devant « être compatibles avec les traités⁴¹ ». Enfin la politique de l'Union dans le domaine de l'environnement « vise un niveau de protection élevé⁴² », mais l'adoption de mesures de protection par l'Union ne fait pas obstacle « au maintien ou à l'établissement, par chaque État membre, de mesures de protection renforcées. Ces mesures doivent être compatibles avec les traités⁴³ ».

La logique n'est pas ici que l'action de l'Union étant « minimale », ce qui pourrait être traduit par « insuffisante », il faut accepter des mesures nationales plus performantes (mais sous réserve de compatibilité), mais que le but assigné à l'Union étant de garantir une protection « élevée », ce serait aller à l'encontre de cet objectif que de refuser des mesures nationales « plus élevées » encore que le niveau élevé commun (mais là encore moyennant la compatibilité⁴⁴). La Cour

de protection élevé » en matière de santé, de sécurité, de protection de l'environnement et de protection des consommateurs. Quant aux normes elles-mêmes, la présomption se fait très légère, voire volatile car le législateur européen doit simplement s'efforcer d'atteindre cet objectif. Quoi qu'il en soit, dans un tel cadre, la clause de faveur est quasiment introuvable.

37. Art. 168, § 1 TFUE.

38. Art. 168, § 4a) TFUE. Si de manière générale la protection de la santé humaine ne correspond qu'à une compétence d'appui de l'Union, l'adoption de ces mesures s'inscrit dans les « enjeux communs de sécurité » et, à ce titre, forme une compétence partagée (cf. art. 4, § 2 k) TFUE ; cf. M. Blanquet, « Compétence et ambivalence de l'Union européenne en matière de santé publique », *Revue de l'Union européenne*, n° 624, Janvier 2019, p. 16.

39. Art. 169, § 1 TFUE.

40. Non liées à la réalisation du marché intérieur. Cf. notamment l'arrêt du 25 avril 2002, *María Victoria González Sánchez*, aff. C-183/00, EU:C:2002:255 soulignant que ne sont pas concernées les mesures pouvant entrer dans la politique de protection des consommateurs mais prises au titre des compétences d'harmonisation en lien avec le marché intérieur (pt 24).

41. Art. 169, § 4 TFUE.

42. Art. 191, § 2 TFUE.

43. Art. 193 TFUE.

44. L'examen de la législation associée à ces différents domaines permet d'affiner le trait. Ainsi, s'agissant de la possibilité pour les États membres d'adopter des mesures de protection plus strictes en matière d'organes et substances d'origine humaine, du sang et des dérivés du sang, les directives pertinentes précisent, ce que ne fait pas le

a eu l'occasion de préciser cette exigence de « niveau élevé ». Il ne s'agit pas du niveau « le plus élevé », ni dans l'absolu ou « techniquement », ni parmi tous les standards que l'on puisse trouver au plan national⁴⁵, ce qui, on le conçoit, implique mathématiquement la possibilité qu'un tel niveau supérieur existe dans tel ou tel État membre, les dispositifs présentés ici permettant aux États membres d'en maintenir, dans le champ national, les avantages. Il est intéressant de relever que le Tribunal précise que lorsque des autorités publiques, dans une certaine société, déterminent un certain niveau de protection dans ces domaines, il s'agit d'un « choix politique » et de « la fixation d'un niveau de protection approprié pour ladite société⁴⁶ », ce qui rejoint la question du niveau de protection et de restrictions pour un droit fondamental⁴⁷.

traité, que ces mesures nationales plus strictes doivent être « conformes aux dispositions du traité » (directive 2004/23), prises « dans le respect des dispositions du traité » (directive 2002/98 ; cf. aussi la directive 2005/61). De même, alors qu'en matière d'environnement, le traité n'impose que la compatibilité des règles nationales de protection renforcée, la directive 98/83 précise que ces mesures doivent « respecter les principes et les règles du traité tels qu'ils sont interprétés par la Cour de justice ». En matière d'environnement, la Cour a aussi précisé que les mesures nationales de protection renforcées, qui, certes, doivent être compatibles avec les dispositions de l'Union poursuivant les mêmes objectifs, n'en doivent pas moins « respecter les autres dispositions du traité FUE » (arrêt précité dans l'aff. C-2/10, pt 54).

45. Pour la protection des consommateurs, arrêt du 13 mai 1997, *Royaume-Uni c/ Parlement européen et Conseil*, aff. C-233/94, EU:C:1997:231, pt 48 ; pour l'environnement, arrêt du 14 juillet 1998, *Safety Hi-Tech Srl c/ S. & T. Srl.*, aff. C-284/95, EU:C:1998:352 point 49 ; pour la santé, la sécurité et l'environnement, arrêt du 9 septembre 2011, *France c/ Commission*, aff. T-257/07, EU:T:2011:444 Point 79. L'arrêt du Tribunal a été confirmé sur pourvoi par la Cour de justice le 11 juillet 2013, *France c/ Commission*, aff. C-601/11P, EU:C:2013:465.

46. Arrêt précité dans l'aff. T-257/07, point 78.

47. En revanche, les deux problématiques s'écartent en ce que si la fixation du niveau de protection en matière de sécurité, santé, ou environnement repose sur la détermination d'un niveau de risque jugé acceptable pour la société, cette gestion du risque est cependant tributaire d'appréciations scientifiques ou techniques, ces deux aspects n'intervenant pas ou pas de la même manière, pour la fixation d'un niveau de protection des droits fondamentaux, qui reste une évaluation politique. Une autre remarque concerne la dimension de clause de non-régression. Dans l'affaire ayant donné lieu aux arrêts du Tribunal le 9 septembre 2011 et de la Cour le 11 juillet 2013, en effet, tant le Tribunal que la Cour ont réfléchi, notamment en allant consulter les travaux préparatoires, à l'article 24 bis du règlement n°999/2001 (règlement ayant un but de protection de la santé puisque visant à fixer des règles contre certaines EST), introduit en 2006 dans ce règlement et disposant que les mesures prises sur sa base « maintiennent, ou si cela est justifié du point de vue scientifique, augmentent le niveau de protection de la santé humaine et animale assuré dans la Communauté ». On pourrait voir là une clause de non-régression comme on en a signalées précédemment, sauf qu'il ne s'agit pas de comparer le niveau de protection résultant de la réglementation européenne par rapport à un niveau national mais de comparer deux niveaux de protection établis successivement par l'Union et qui plus est, comme le souligne la Cour de justice, de vérifier la régression

Il est donc entendu que le principe ou la méthode de la prévalence de la règle la plus protectrice n'est pas en soi incompatible, par la faveur pour la règle de l'entité intégrée à laquelle elle peut conduire, avec un système d'intégration, à condition que la compatibilité de principe s'accompagne d'une compatibilité réelle, adaptée aux différents cadres d'intégration par une sorte de conciliation entre les deux logiques, celle de la protection la plus large et celle de l'intégration en cause. On retrouve là la « question de... conciliation nécessaire des exigences de la protection des droits fondamentaux dans la Communauté avec celles découlant d'une liberté fondamentale consacrée par le traité » évoquée par l'arrêt *Schmidberger* dans le cas d'un risque d'atteinte à ce noyau dur de l'intégration que sont les libertés fondamentales de circulation⁴⁸. On restera sur ce registre de la conciliation⁴⁹ même si, sur tel ou tel aspect, on peut privilégier une approche de nécessaire « coordination » ou d'« articulation⁵⁰ ». Une simple remarque conduit à l'optimisme : la primauté, on le sait désormais, n'est pas absolue et admet que les États membres, dans certaines situations particulièrement exigeantes en termes de sécurité juridique⁵¹ ou d'identité nationale⁵², n'écartent pas le droit national contraire au droit de l'Union ; symétriquement, la protection des droits fondamentaux n'a rien d'absolue non plus, puisqu'elle peut céder face

non pas quant à la rigueur des mesures de protection mais, de manière générale, quant au niveau de protection « assuré dans l'Union » (Si le risque diminue, des mesures moins protectrices peuvent garantir un même niveau de protection).

48. Arrêt du 12 juin 2003, aff. C-112/00, EU:C:2003:333, pt 77 (pour cette qualification en tant que « liberté fondamentale », cf. notamment l'arrêt du 7 février 1979, *Knoors*, aff. 115/78, EU:C:1979:31, pt 20. Ces libertés de circulation ont aussi été qualifiées de « principe fondamental » (arrêt du 14 décembre 1962, *Commission c/ Luxembourg et Belgique*, aff. 2 et 3/62, EU:C:1962:45, Rec., p. 828, ou d'« objectif fondamental » des traités (arrêt du 13 juillet 1966, *Hagenbeek*, aff. 4/66, EU:C:1966:43, Rec., p. 625.

49. En considérant avec le Littré que concilier consiste à « accorder des choses qui semblent contraires » et que la conciliation est l'« action de faire concorder ensemble des textes qui semblent en opposition ».

50. Pour ces deux démarches, cf. notamment l'*avis 2/13* du 18 décembre 2014, EU:C:2014:2454, notamment pts 190, 199, ou 258. Dans l'hypothèse d'une adhésion de l'Union à la CEDH, il aurait été nécessaire, selon la Cour de justice, d'assurer une « coordination » entre les articles 53 respectifs de la Charte et de la Convention. Dans la situation de non-adhésion, on peut considérer qu'il revient à la Cour de justice d'assurer la conciliation entre les deux.

51. M. Blanquet, *Droit général de l'Union européenne*, coll. Université, Sirey, 11^e éd. 2018, n° 816 : « L'exception des considérations impérieuses de sécurité juridique » (cf. notamment l'arrêt du 28 juillet 2016, *Association France Nature Environnement*, aff. C-379/15, ECLI:EU:C:2016:603, point 33).

52. *Ibid.*, n° 817 : « La protection proportionnée de l'identité nationale », et cf. notamment, pour le respect des structures constitutionnelles nationales, l'arrêt du 6 septembre 2006, *Portugal c/Commission (Açores)*, aff. C-88/03, EU:C:2006:511, et pour le respect des valeurs constitutionnelles nationales, l'arrêt du 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, aff. C-208/09, EU:C:2010:806.

à des intérêts généraux légitimes⁵³. À partir de là, nous avons une confrontation entre deux référentiels dont aucun n'est intransigeant, aucun n'est absolu. C'est donc un domaine pleinement ouvert à la conciliation.

S'agissant plus spécialement désormais de l'application de cette logique du niveau de protection le plus élevé en matière de droits fondamentaux et au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne, il faut donc préciser ce que sont le cadre dans lequel, puis les méthodes par lesquelles est assurée cette nécessaire conciliation.

I. Le cadre de la conciliation

Que s'agit-il de concilier ? La revendication de la clause de faveur sera portée par l'invocation de l'article 53 de la Charte qui en serait l'expression dans le système de l'Union, mais dont l'interprétation est loin d'être évidente. Quant aux invariants du système d'intégration, la Cour de justice s'est employée par diverses approches à les identifier.

A. Les ambiguïtés⁵⁴ de l'article 53 de la Charte en tant que clause de faveur spécifique aux droits fondamentaux

On ne reviendra pas sur les différentes interprétations de l'article 53 notamment listées par le Tribunal constitutionnel espagnol dans son ordonnance de renvoi à la Cour de justice dans l'affaire *Melloni*, si ce n'est pour rappeler que la première consistait « à assimiler l'art. 53 CFREU à une clause de norme minimale de protection caractéristique des instruments internationaux de protection des droits de l'homme, telle que celle contenue à l'art. 53 CEDH⁵⁵ », ce que la Cour de justice rejette sans ambages mais en l'interprétant à son tour comme signifiant qu'elle obligerait « *de manière générale*⁵⁶ un État membre à appliquer le standard de protection des droits fondamentaux garanti par sa Constitution lorsqu'il est

53. Cf. notamment l'article 52.1 de la Charte.

54. Ambiguïtés sans doute moindres que celles affectant ce qui est parfois présenté comme son équivalent dans la Déclaration des droits américaine, le IX^e amendement (« L'énumération de certains droits dans la Constitution ne doit pas être interprétée comme une négation ou une dépréciation d'autres droits conservés par le peuple ») qualifié d'opiacée, de mystère, de « tâche d'encre » ou de « vieux bouffon constitutionnel » : cf. Jonas Bering Liisberg, « Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law? Article 53 of the Charter: a fountain of law or just an inkblot? », *Jean Monnet Working Paper 4/01*, p. 32.

55. La comparaison entre « les articles 53 » doit être relativisée. L'article 53 CEDH ne joue somme toute qu'un faible rôle du fait que la Cour EDH intervient de manière subsidiaire et différée. L'intégration du système juridictionnel de l'Union donne d'emblée une autre portée à l'article 53 de la Charte.

56. C'est nous qui soulignons.

plus élevé que celui qui découle de la Charte et à l'opposer, le cas échéant, à l'application de dispositions du droit de l'Union ». La conciliation⁵⁷ tient à ce que le jeu de la clause de faveur n'aura pas ce résultat « de manière générale ».

Si l'article 53 de la Charte peut être considéré comme une telle clause de faveur, il faut rappeler que celle-ci ne joue qu'entre deux ou plusieurs systèmes de protection⁵⁸, et non entre un dispositif de protection particulier et un ordre juridique plus global, moins « unidimensionnel » comme l'est assurément l'ordre juridique de l'Union européenne devant certes respecter les droits fondamentaux sans que ce soit là sa « raison d'être⁵⁹ ». À cet égard on peut lire l'article 53 de la Charte comme concernant bien les rapports entre le système de protection des droits fondamentaux dans lequel il s'inscrit (la Charte) et quatre autres types de dispositifs de protection des droits fondamentaux que la Charte peut « croiser » : les conventions internationales auxquelles est partie l'Union, les conventions internationales liant tous les États membres⁶⁰, les constitutions des États membres, et le droit de l'Union. Il faut, de plus, lire l'article 53 en lien avec les articles 51 et 52. Le fait que ces articles 51 et 52 donnent lieu à plus de 3 pages d'« explications » alors que celles relatives à l'article 53 se limitent à 3 lignes prouve que les explications de l'article 53 sont largement celles dédiées *a priori* aux articles 51 et 52.

Il faut donc comprendre l'article 53 de la Charte comme évoquant le croisement de l'application de celle-ci avec la CEDH, censée être à la fois un traité liant l'Union (potentiellement) et l'ensemble des États membres⁶¹, les systèmes de protection des droits fondamentaux portés par les constitutions des États

57. Un rappel : l'article 53, dans une vie antérieure, fut un jour l'article II-113 du traité établissant une constitution pour l'Europe, dans lequel il voisinait avec un article I-6 consacrant la primauté du droit de l'Union... La compatibilité doit donc être possible.

58. Des droits fondamentaux ou d'autres objets de protection, l'important étant que le même objectif soit poursuivi selon des modalités diversement strictes.

59. Pour cette interprétation de l'article 53, cf. Koen Lenaerts : « l'article 53 de la Charte vise à coordonner les trois différents standards de protection qui coexistent dans les États membres de l'UE, à savoir celles prévues par les constitutions nationales, celles prévues par le droit de l'UE et celles prévues par le droit international, notamment par la Convention », Discours pour la Rentrée solennelle de la Cour EDH, 26 janvier 2018, p. 6.

60. La seule référence aux traités liant tous les États membres montre que n'est pas vraiment en cause le niveau de protection assuré dans tel ou tel État, qui pourrait reposer sur des engagements internationaux particuliers mais sans doute plus les sources qui ont permis d'identifier une vision commune des droits fondamentaux entre les États membres ayant permis de dégager le standard de l'Union.

61. S'agissant du lien avec la CEDH, très clairement ici, le « croisement » avec des droits protégés par la CEDH doit être résolu par l'interprétation à l'identique dans les 12 cas de coïncidence parfaite identifiés initialement (même sens et même portée), et les 7 cas où le sens doit être le même mais où la portée est plus large avec la Charte. Les « niveaux de protection » respectifs sont donc bien régis plus par l'article 52 que 53, les explications de l'article 52 étant que le niveau de protection de la Charte ne peut jamais être inférieur à celui qu'assure la Convention.

membres, et le « droit de l'Union » à comprendre ici comme le dispositif de protection des droits fondamentaux reposant sur les principes généraux du droit de l'Union, et les autres dispositions de droit primaire ou dérivé conférant des droits analogues⁶².

La référence aux « constitutions des États membres » est à la source d'une importante ambiguïté. Dans une première rédaction de l'article 53 il était plutôt fait référence aux « droits des États membres ». Un amendement belge non retenu proposait une référence aux « traditions constitutionnelles communes⁶³ ». La formule retenue est un compromis, sans doute maladroit, entre les deux. S'agissant de ces « traditions constitutionnelles commune », la Charte prévoit simplement que son interprétation doit se faire « en harmonie » avec lesdites traditions. Les « explications » sont logiquement plus détaillées et rejettent la démarche mécanique selon lesquelles la Cour serait tenue d'établir une comparaison des niveaux de protection assurés par ces « traditions constitutionnelles » et de fixer au niveau commun le plus bas (plus petit commun dénominateur) le niveau de protection en droit de l'Union, ce qui aurait eu pour conséquence que le niveau de protection constitutionnelle aurait été mathématiquement plus avantageux que le niveau de l'Union pour de nombreux États membres. La logique d'interprétation générale⁶⁴ est ici la suivante : le niveau de protection dans l'Union est « un niveau élevé de protection, adapté au droit de l'Union et en harmonie avec les traditions constitutionnelles communes⁶⁵ », ce qui offre, signalons-le d'emblée, un triple potentiel de conciliation.

Au total, l'article 53 apparaît plus comme une clause de non-régression qu'une clause de faveur ; à cet égard, il n'est pas anodin que finalement, la seule « explication » fournie à l'article 53 soit exactement celle-là, c'est-à-dire que son objet consiste à préserver le niveau de protection offert « actuellement » par les autres sources de protection des droits fondamentaux « dans leur champ d'application respectif⁶⁶ » (évoqués dans un « temps » où ne s'appliquerait pas encore la

62. On pense notamment aux droits individuels à la non-discrimination, au regroupement familial, ou à l'égalité de traitement qui ont pu être consacrés sur la base de dispositions des traités, par exemple l'article 19 TFUE mais aussi des dispositions liées au marché intérieur et aux libertés de circulation.

63. Ce qui aurait orienté la disposition sur la relation entre ancien et nouveau système de protection des droits de l'homme de l'Union et avait l'avantage de se référer à la manière dont la Cour de justice avait jusque-là pris en considération le niveau de protection des droits fondamentaux par les constitutions des États membres.

64. Générale car si elle vise formellement les cas où la Charte reconnaît des droits résultant des traditions constitutionnelles communes, on sait que celles-ci sont aussi à l'origine de principes généraux du droit de l'Union.

65. Explications *ad* Article 52§4.

66. Cette mention du « champ d'application respectif » rajouté dans la rédaction de l'article 53 a pu perturber : il s'agit sans doute de définir la situation de conflit qu'il faut résoudre et non d'un mode de règlement de ce conflit qui n'en serait pas un d'ailleurs car cela signifierait que les champs d'application respectifs sont séparés, ce qui n'est

Charte), que ce soit au niveau de l'Union (dispositif reposant sur les principes généraux), au niveau des États membres (donc au-delà même des seules constitutions), ou en droit international (conventions liant l'Union ou l'ensemble des États membres, et notamment la CEDH qui, en principe, selon les dispositions du traité de Lisbonne, devait correspondre à ces deux hypothèses).

B. L'identité de l'ordre d'intégration de l'Union européenne

Il faut ensuite se demander ce qui est visé par la compatibilité avec un « ordre juridique d'intégration⁶⁷ ».

On peut identifier trois démarches ayant pu conduire à caractériser les fondamentaux de l'ordre d'intégration.

La première, analytique, a consisté pour la Cour de justice, au hasard des contentieux et de manière quelque peu hétéroclite, à cibler des caractéristiques identitaires et intangibles de l'intégration, que j'ai appelé naguère « l'acquis constitutionnel⁶⁸ » pour lesquelles toute atteinte mettrait en cause la « notion de Communauté⁶⁹ », les « bases même de la Communauté⁷⁰ », les « principes de structure qui sont à la base de la Communauté⁷¹ », les « bases essentielles⁷² », ou « caractéristiques essentielles⁷³ » de l'ordre juridique communautaire ou du droit de l'Union, la « base juridique de la Communauté⁷⁴ », ou les « exigences

à l'évidence pas le cas. L'article 51 montre bien que le champ d'application des deux systèmes de protection des droits fondamentaux de l'Union (la Charte et les principes généraux) comprend les États membres dès lors qu'ils agissent dans le champ de la mise en œuvre de l'Union. Cette formule (« champ d'application respectif ») présente simplement le cas à résoudre, c'est à dire une situation de base dans laquelle, sans qu'il soit ici question d'évoquer d'autres sources, telle ou telle source de protection des droits fondamentaux établit un certain niveau de protection.

67. On n'envisagera pas, même si c'est peut-être la plus pertinente façon d'aborder le concept, la définition de l'intégration proposée par Loïc Azoulay : une « croyance qui produit des effets de droit » (« Intégration et légitimité », in L. Fontaine (dir.), *Droit et légitimité*, Bruylant, 2011, p. 340).

68. M. Blanquet, « L'acquis communautaire constitutionnel » ; in (F. Picod dir.) « L'acquis de l'Union européenne », *Revue des Affaires Européennes*, n° 8, 2001/2002, p. 933.

69. Arrêts du 15 juill. 1964, *Costa*, aff. 6/64, EU:C:1964:66 ; du 13 mai 1982, *Alaimo*, aff. 16/81, EU:C:1982:154 ; du 14 mars 1973, *Westzucker*, aff. 57/72, EU:C:1973:30.

70. Arrêt du 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, EU:C:1978:49.

71. Arrêt du 5 mai 1981, *Commission c/ Royaume-Uni*, aff. 804/79, EU:C:1981:93.

72. Arrêts du 7 févr. 1973, *Commission c/ Italie*, aff. 39/72, EU:C:1973:13 ; du 7 févr. 1979, *Commission c/ Royaume-Uni*, aff. 128/78, EU:C:1979:32 ; du 19 janv. 1993, *Commission c/ Italie*, aff. C-101/91, EU:C:1993:16.

73. *Avis 1/91*, 14 déc. 1991, EU:C:1991:490.

74. Arrêt *Costa*, préc. ; arrêts du 17 déc. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, EU:C:1970:114 ; du 21 mai 1987, *Albako Magorinfabrik*, aff. 249/85, EU:C:1987:245.

inhérentes à la nature même du droit de l'Union⁷⁵ », ou constituerait un risque de « désintégrer... l'œuvre communautaire... de manière irréversible⁷⁶ ». En substance, il ressort de ces décisions dispersées que les principes concernés couvriraient le système régissant les compétences des institutions et des États membres, et par ailleurs la primauté, l'effet direct, l'autonomie, l'efficacité, l'uniformité d'interprétation du droit de l'Union, et les prérogatives de la Cour de justice.

La deuxième a vu la Cour de justice, parfois de manière maladroite, tenter une synthèse⁷⁷ pour dégager les caractéristiques essentielles de l'ordre juridique de l'Union : « Les caractéristiques essentielles de l'ordre juridique communautaire (...) sont, *en particulier*, sa primauté par rapport aux droits des États membres ainsi que l'effet direct de *toute une série de* dispositions applicables à leurs ressortissants et à eux-mêmes⁷⁸ ». La Cour, dans l'*avis 2/13*, ajoute l'autonomie à ces caractères essentiels. Dans l'arrêt *Achmea* sera établi sous un autre angle ce lien entre la recherche des caractéristiques essentielles et le principe d'autonomie, en ce que celle-ci « se justifie en raison des caractéristiques essentielles de l'Union et de son droit⁷⁹ ». De fait, il faut admettre que la revendication ou le constat de l'autonomie d'un ordre ou d'un système juridique porte en elle l'exigence de respect ou de prise en compte de ses caractères identitaires⁸⁰.

La troisième démarche a conduit à définir le « cadre constitutionnel » de l'Union et à cet égard l'*avis 2/13* est important, ne serait-ce que parce qu'il s'agissait alors de bien marquer cette spécificité par rapport à la logique d'un système classique et univoque de protection des droits fondamentaux, et d'apprécier « la compatibilité⁸¹ » avec ce système externe des « caractéristiques spécifiques de l'Union et de son droit ». Comme le raisonnement de la Cour repose notamment sur l'affirmation que le « processus d'intégration... est la raison d'être de l'Union elle-même », on peut sans doute en déduire que ces spécificités de l'ordre juridique de l'Union caractérisent bien un « ordre juridique d'intégration ».

75. Arrêts du 22 juin 2010, *Abdeli*, aff. C-188/10 et C-189/10, EU:C:2010:206 ; du 8 sept. 2010, *Winner Wetten GmbH*, aff. C-409/06, EU:C:2010:503 ; du 26 févr. 2013, *Åklagaren c/ Hans Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10, EU:C:2013:105 ; du 11 sept. 2014, *A contre B e.a.*, aff. C-112/13, EU:C:2014:2195 ; du 4 juin 2015, *Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH*, aff. C-5/14, EU:C:2015:354 ; du 5 avr. 2016, *Puligienica Facility Esco SpA (PFE) c/ Airgest SpA*, aff. C-689/13, EU:C:2016:199 ; ou du 20 déc. 2017, *Protect Natur*, aff. C-664/15, EU:C:2017:987.

76. *Avis 1/76* du 26 avr. 1977, EU:C:1977:63.

77. Partielle cependant.

78. *Avis 1/91* du 14 déc. 1991, *précité*.

79. Arrêt du 6 mars 2018, aff. C-284/16, EU:C:2018:158.

80. Le Tribunal est parfois allé jusqu'à évoquer un ordre juridique « purement autonome » (arrêt du 30 septembre 2010, *Kadi*, aff. T-85/09, EU:T:2010:418, point 119).

81. La Cour vérifie « la compatibilité de l'accord envisagé avec le droit primaire de l'Union ».

Il faut cependant d'emblée noter que ce que va réellement vérifier la Cour de justice dépasse le mandat initialement affiché dans ses « considérations liminaires » (vérifier l'absence d'affectation des « caractéristiques spécifiques de l'Union et de son droit⁸² ») puisque tant pour l'évocation de la mission du système juridictionnel que dans son examen de compatibilité de l'adhésion envisagée vis-à-vis du droit primaire de l'Union, elle vérifie cette « compatibilité » vis-à-vis des « caractéristiques spécifiques et l'autonomie du droit de l'Union », l'autonomie étant donc spécialement mise en avant⁸³. On peut donc considérer que ce qui caractérise un ordre juridique d'intégration consiste en certains éléments de spécificité et une exigence d'autonomie⁸⁴, cette dernière étant sans doute au moins autant liée à la dimension d'ordre juridique qu'à celle d'intégration, le lien entre les deux pouvant être rendu par le constat qu'il y a là un « ordre juridique d'un genre nouveau ». Le discours de la « singularité » pourrait apparaître comme l'approche regroupant spécificité et autonomie.

La Cour présente un « cadre constitutionnel » d'ensemble que doit respecter ce que l'on pourrait appeler le système de protection des droits fondamentaux de l'Union, puisque la Cour précise que ce respect s'impose à l'interprétation et l'application des droits fondamentaux « tels que reconnus en particulier par la Charte⁸⁵ », ou « tels que reconnus par le droit de l'Union et, notamment, par la Charte⁸⁶ », ce qui dépasse donc la seule Charte. On insistera sur deux aspects.

1) S'agissant des « caractéristiques spécifiques » à respecter, si on retrouve sans surprise celles tenant à la nature même du droit de l'Union (autonomie, primauté, et effet direct « naturel⁸⁷ » du droit de l'Union), il faut sans doute ne pas négliger celles relatives à la « structure constitutionnelle de l'Union » dont sont simplement indiqués des « reflets » : le principe d'attribution des compétences et le cadre institutionnel globalement visé. On peut penser qu'au-delà de ces « reflets », la « structure constitutionnelle de l'Union » repose en premier lieu sur la détermination de ses relations avec les États membres (et au-delà du principe des compétences d'attribution). À cet égard, c'est sans doute l'intégralité de l'article 4 TUE qui non seulement exprime ce que l'article I-5 du traité constitutionnel⁸⁸ désignait comme les « relations entre l'Union et les États

82. Pt 164.

83. Il en va de même dans ses conclusions finales.

84. Robert Kovar l'avait vu très tôt : « L'acte fondateur de l'ordre juridique de la Communauté a été l'affirmation de sa spécificité et de son autonomie », *Collected courses of the Academy of European Law*, vol. IV, Book 1, 1993, p. 25.

85. Pt 177.

86. Pt 178.

87. Cette approche étant sans doute plus précise que la référence maladroite à l'effet direct de « toute une série de dispositions ».

88. Identique à l'article 4 TUE sauf qu'il ne comprenait pas le principe des compétences d'attribution.

membres » (respect par l'Union de l'égalité entre les États membres, respect de l'identité nationale des États membres et de leurs fonctions essentielles, principe de coopération loyale⁸⁹), avec cet ajout bienvenu du principe des compétences d'attribution, mais qui, au-delà, propose la véritable « définition de l'Union » puisque cet article I-5 s'inscrivait dans un Titre 1 : « Définition et objectifs de l'Union ». Il s'agit de poser les principes de base régissant les relations entre l'Union et ses membres, dictés par le statut constitutionnel respectif de chacun d'entre eux : l'Union n'est pas un État⁹⁰ et les États membres sont et restent des États. S'il est assurément un ordre d'intégration, l'ordre juridique de l'Union est aussi un ordre d'intégration d'États, ce paramètre pouvant avoir un rôle à jouer dans notre problématique⁹¹. En effet, ce qui caractérise le système est que les composantes restent des États, ce qui implique que la diversité n'est pas opposée, contrairement à ce que l'on pourrait croire, à l'intégration mais qu'elle la caractérise. Si un ordre juridique, quel qu'il soit, présuppose cohérence et unité, un ordre d'intégration suppose aussi la diversité. Donc dans un système intégré, ce n'est pas unité *versus* diversité mais unité *et* diversité. Cette diversité prend plusieurs formes, qui sont autant de situations dans lesquelles la primauté du droit de l'Union n'est pas affectée par le fait que des États dérogent au droit commun. Être dans un système d'intégration d'États⁹² conduit ainsi à admettre que les États membres fassent prévaloir sur le droit de l'Union, de manière proportionnée, les dispositions de leur droit national exprimant leur identité nationale. C'est aussi un système dans lequel le niveau de protection sociale, de l'environnement, de la santé, ou des consommateurs peut être plus élevé dans les États membres et s'imposer alors sur le niveau communautaire. Un système dans lequel le droit des libertés de circulation peut être écarté pour que s'appliquent dans un État membre des dispositions nationales exprimant une raison impérieuse d'intérêt général, ou, de façon encore plus nette car explicite dans le traité, traduisant les missions des États en tant que tels au regard de leurs missions régaliennes typiques (ordre public, sécurité publique, santé publique.) Un système dans lequel il est admis que chaque État peut légitimement avoir sa propre échelle de valeurs *etc.* Donc ce qui caractérise vraiment un ordre juridique d'intégration lorsque sont intégrés des États qui gardent ce statut, c'est la prévalence de ce qui est nécessaire pour qu'ils conservent ce statut sur l'application du droit commun.

89. Lequel est considéré depuis longtemps comme *le* principe directeur de ces relations (ord. 13 juillet 1990, *Zwartveld*, aff. C-2/88 IMM, EU:C:1990:315).

90. La Cour le souligne.

91. Pour ce dépassement d'une perspective relationnelle pour cette dimension constitutionnelle, cf. M. Blanquet, commentaire article I-5, in *Commentaire article par article « Traité établissant une Constitution pour l'Europe »* (L. Burgorgue-Larsen, A. Levade, F. Picod dir.), volume 1 ; Bruylant, 2007, p. 96.

92. Pourquoi pas un « ordre constitutionnel d'États », pour reprendre la formule d'Alan Dashwood, « The limits of European Community powers », *ELR* 1996, p. 113 ?

2) Les droits fondamentaux figurent « au cœur »⁹³ de ce système juridique, la formule pouvant conduire à des malentendus. Cela ne doit pas être compris comme si les droits fondamentaux « formaient » le cœur du système mais comme le fait qu'ils se situent à l'intérieur d'un système plus large, ce qui est traduit par la formule traditionnelle selon laquelle l'interprétation de ces droits fondamentaux doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de l'Union⁹⁴. Le respect des droits de l'homme est une valeur fondatrice de l'Union européenne⁹⁵ mais la « raison d'être » de l'Union est l'intégration et non la seule protection des droits fondamentaux. On retrouve là simplement l'exigence de conciliation entre le système d'intégration et le sous-système de protection des droits fondamentaux. Ainsi qu'on l'a déjà précisé, selon les explications de l'article 52 de la Charte, le niveau de protection dans l'Union est « un niveau élevé de protection, adapté au droit de l'Union... » ; comme l'a souligné l'Avocat général Y. Bot, « Il n'est donc pas possible de raisonner uniquement en termes de niveau plus ou moins élevé de protection des droits fondamentaux sans prendre en compte les impératifs liés à l'action de l'Union et la spécificité du droit de l'Union⁹⁶ ».

Donc pour reprendre l'examen de la question, il y aura incompatibilité si la manière de comprendre la clause de faveur pour les dispositions les plus protectrices est telle qu'elle ne se fait pas dans ce cadre et cette logique.

II. Les méthodes de conciliation

La clause de faveur repose sur une comparaison des niveaux de protection⁹⁷. On peut considérer que la conciliation entre cette logique, qui est celle de la protection des droits fondamentaux, et les exigences du cadre d'intégration a

93. *Avis 2/13*, pt 169. Dans d'autres versions linguistiques, c'est simplement « au centre ».

94. Outre le point 170 de l'*Avis 2/13*, cf. déjà le pt 4 de l'arrêt du 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, EU:C:1970:114, ou les pts 281 à 285 de l'arrêt du 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c/Conseil et Commission*, aff. C-402 et 415/P, EU:C:2008:461.

95. Art. 2 TUE. Cela signifie surtout que c'est une valeur commune aux États membres.

96. Conclusions pour l'arrêt du 5 décembre 2017, *MAS et MB*, aff. C-42/17, EU:C:2017:564, Point 150.

97. On ne développera pas l'idée qu'une telle comparaison peut être complexe, le « niveau de protection », outre qu'il soit parfois délicat à mesurer, pouvant recouvrir plusieurs réalités : soit on l'envisage individuellement (protection approfondie, protection plus efficace), soit est mesuré le champ de la protection (gamme de droits fondamentaux ou champ géographique). On se limitera à l'hypothèse dans laquelle, selon que l'on applique le standard de l'Union ou le standard constitutionnel d'un État membre, l'équilibre entre la protection d'un droit fondamental et ses limitations collectives est inversé.

emprunté deux voies, consistant à éviter cette comparaison, ce qui revient à neutraliser la clause de faveur, ou à encadrer les résultats de cette comparaison, ce qui revient à moduler la clause de faveur.

A. La compatibilité par la neutralisation de la clause de faveur

Cela concerne à la fois les techniques de l'interprétation conforme et de la présomption d'équivalence, les deux pouvant être perçues comme une forme de dialogue⁹⁸ et un facteur ou une conséquence d'une forme d'homogénéité⁹⁹.

– L'interprétation conforme, en premier lieu, mérite assurément d'être mentionnée mais doit cependant être praticable, ce qui revient à considérer qu'on se situe dans un espace ouvert à une telle interprétation, aboutissant à gommer toute différence éventuelle de niveau non entre des standards différents mais entre des interprétations différentes des standards de protection. La Cour explique donc depuis longtemps que « dès lors qu'une réglementation nationale entre dans le champ d'application du droit communautaire, la Cour, saisie à titre préjudiciel, doit fournir tous les éléments d'interprétation nécessaires à l'appréciation, par la juridiction nationale, de la conformité de cette réglementation avec les droits fondamentaux dont la Cour assure le respect¹⁰⁰ », sachant que le juge national est tenu, dans toute la mesure du possible (c'est-à-dire dans la mesure où il n'y a pas vraiment de contrariété¹⁰¹), de choisir une interprétation et une application du droit national conformes aux exigences du droit de l'Union, ceci étant inhérent au « système du traité¹⁰² ». La Cour de justice a toujours présenté l'interprétation conforme comme permettant d'éviter les conflits de normes¹⁰³, et spécialement comme

98. Dialogue implicite mais pouvant aussi emprunter les voies du dialogue préjudiciel, « clef de voute » d'un système juridictionnel ayant pour objectif d'assurer la cohérence et l'unité dans l'interprétation du droit de l'Union.

99. On n'envisagera pas une autre neutralisation, plus originale, rendant quasiment incongrue la clause de faveur : celle-ci n'aurait, en effet, aucun sens dans une certaine conception du pluralisme juridique aboutissant à ne pas chercher de solution d'arbitrage ou de dernier mot à un éventuel conflit constitutionnel, car de tels conflits seraient considérés comme inhérents au système et devraient donc être acceptés et assumés. Sur la présentation, la critique et le dépassement de cette approche, cf. E. Dubout, « Droits fondamentaux et pluralisme constitutionnel dans l'Union européenne », in (R. Tinière et C. Vial dir.), *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Entre évolution et permanence*, Bruylant 2015, p. 107.

100. 18 juin 1991, *ERT*, aff. C-260/89, EU:C:1991:254, pt 42.

101. On le sait, le principe d'interprétation conforme ne peut servir de fondement à une interprétation *contra legem* du droit national.

102. arrêt du 5 oct. 2004, *Pfeiffer e.a.*, aff. C-397/01 à C-403/01, EU:C:2004:584, pt 114.

103. Arrêt *Pfeiffer* précité, pt 116.

permettant d'éviter un conflit avec les droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire¹⁰⁴.

On retrouve l'interprétation conforme à l'article 52, § 3 de la Charte s'agissant de l'interprétation de celle-ci vis-à-vis de la Convention¹⁰⁵. On sait aussi que tant la Cour de cassation que le Conseil d'État font de même¹⁰⁶ avec ici une pratique plus qu'une obligation d'interprétation conforme¹⁰⁷.

– La deuxième technique, celle de la présomption d'équivalence, concerne à la fois l'équivalence présumée entre le standard de l'Union et le standard des États membres, l'équivalence présumée entre les standards des États membres, et l'équivalence entre les standards européens¹⁰⁸. Ces dispositifs aboutissent à éviter des conflits juridictionnels plus que des conflits normatifs, ces derniers étant occultés par la volonté des juges¹⁰⁹ qui vont considérer que le contenu de la norme permet de ne pas tenir compte de sa nature ou de son origine. Il s'agit d'une équivalence admise et non imposée.

Pour le premier cas, il faut remonter à la construction même d'un système de protection communautaire de protection des droits fondamentaux. Celui-ci prend la forme de l'identification par le juge de principes généraux inspirés par les traditions constitutionnelles communes et les instruments internationaux de protection des droits de l'homme, et spécialement la CEDH. On a donc une sorte de transfusion des standards nationaux de protection et d'un standard international commun aux États membres pour former le standard communautaire¹¹⁰, ce

104. Arrêt du 26 juin 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophones ea*, aff. C-305/05, EU:C:2007:383, pt 28.

105. On peut ajouter que le droit de l'Union, notamment mettant en œuvre les libertés fondamentales, doit être interprété en conformité avec les droits fondamentaux (par ex., arrêt du 17 septembre 2002, *Baumbast et R*, aff. C-413/99, EU:C:2002:493, pt 72.

106. Cf. D. Simon, « Repenser le raisonnement interprétatif : autonomie ou circulation des principes, des méthodes et des techniques dans les rapports de système », in (B. Bonnet dir.) *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, p. 615.

107. Comment ne pas penser que l'interprétation du droit de l'Union conformément au droit international qu'admet la Cour de justice sert aussi à désamorcer d'éventuels conflits ?

108. Ces trois configurations pouvant jouer s'agissant d'un conflit apparemment entre le standard de l'Union et celui d'un État membre.

109. On n'envisagera pas la question des rapports entre la protection des droits fondamentaux dans l'Union et en droit international, l'arrêt *Kadi*, précité, ne faisait qu'effleurer la question en termes de protection insuffisante des droits fondamentaux par le système de l'ONU, l'affirmation de l'autonomie du système de l'Union semblant ne pas découler de ce constat somme toute périphérique dans l'argumentation.

110. Cf. notamment les conclusions de l'avocat général Poiras Maduro dans l'affaire *Arcelor* (CJCE 16 déc. 2008, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, aff. C-127/07, EU:C:2008:292, pt 15) voyant dans le fait que les ordres juridiques nationaux et communautaire reposent sur des valeurs constitutionnelles communes une garantie de compatibilité réciproque des systèmes.

qui assure une forme d'homogénéité rendant improbable¹¹¹ un écart significatif entre les deux standards, d'où une présomption d'équivalence valant renoncement à faire primer le standard constitutionnel, que l'on trouve spécialement dans la jurisprudence *So lange 2* du Tribunal constitutionnel fédéral allemand¹¹², la décision *So lange 3*¹¹³ rappelant que la reconnaissance d'équivalence ne vaut pas exigence de standards rigoureusement identiques¹¹⁴ mais « substantiellement comparables¹¹⁵ » et c'est sans doute là que se révèle l'évitement de la comparaison qui peut aboutir à la faveur pour le standard national, le Tribunal constitutionnel fédéral expliquant que la protection sera considérée comme substantiellement comparable dès lors qu'existe un accord sur les grandes lignes fondamentales et minimales de garantie¹¹⁶. Des approches telles que celle du Conseil d'État dans l'affaire *Arcelor, a priori* plus individualisées¹¹⁷, aboutissent cependant au même désarmement du contrôle national, l'équivalence signifiant ici que le respect du droit protégé par le droit constitutionnel est effectivement garanti par l'application d'une règle ou d'un principe général du droit communautaire, eu égard à sa nature et à sa portée, tel qu'il est interprété en l'état actuel de la jurisprudence du juge communautaire, ce qui n'est qu'une exigence de protection effective, une protection éventuellement « plus élevée » par le dispositif national ne semblant pas être envisagée pour « retranslater » le contrôle vers l'ordre interne.

111. C'est ce que les cours constitutionnelles soulignent souvent : ainsi l'arrêt de la Cour constitutionnelle italienne du 13 avril 1989 *Société Fragd* (arrêt n° 232 ; RUDH 1989, p. 258) expliquant que même si l'essentiel est mis en commun au niveau de l'ordre juridique communautaire, il n'est *pas totalement exclu* que ce ne soit pas le cas : « En définitive, ce qui est *extrêmement improbable* n'en reste pas moins possible ».

112. Décision du 22 octobre 1986, BVerfGE 73, 339.

113. Décision du 7 juin 2000, BVerfGE 102, 147.

114. En droit de l'Union, le principe dit « d'équivalence » qui encadre l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres n'est pas non plus un principe de stricte identité : « les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union ne doivent pas être *moins favorables* que celles concernant des recours similaires de nature interne » (pour une déclinaison récente de cette formule classique, cf. l'arrêt du 11 avril 2019, *Syndicat des cadres de la sécurité intérieure*, aff. C-254/18, EU:C:2019:318, pt. 46).

115. C'est ce que prescrit l'article 23 de la Loi fondamentale.

116. Cf. W. Zimmer : « De nouvelles bases pour la coopération entre la Cour constitutionnelle fédérale et la Cour de justice de Luxembourg ? », *Europe*, mars 2001, Chronique 2, p. 6. Dans cette problématique, il faut sans doute distinguer la présupposition de l'équivalence du fait de la méthode de construction du standard communautaire, et le constat de l'équivalence que peuvent faire les juges, globalement ou de manière plus individualisée (Démarche du Conseil d'État dans l'arrêt *Arcelor* du 8 février 2007).

117. La démarche Arcelor est même plus une *condition* de protection équivalente qu'une *présomption* de protection équivalente. Cf. l'arrêt d'Assemblée du 8 février 2007, n° 287110.

S'agissant de la comparaison entre les standards des États membres, le raisonnement est quelque peu faussé puisque si la présomption de niveau équivalent est réelle, son fondement est sans doute le fait que parmi les valeurs présumées communes aux États membres, il y a le respect des droits de l'homme, ce qui n'interdit pourtant pas d'envisager l'hypothèse qu'un État membre s'écarte de ces valeurs (art. 7 TUE), la présomption prenant souvent la voie de l'équivalente soumission au droit de l'Union censée générer une confiance mutuelle dans l'équivalence des systèmes nationaux de protection des droits fondamentaux. Ainsi, la Cour a pu explorer les systèmes de reconnaissance et d'exécution des décisions de justice et conclure qu'ils étaient « fondés sur le principe de confiance réciproque entre les États membres quant au fait que leurs ordres juridiques nationaux respectifs sont en mesure de fournir une protection équivalente et effective des droits fondamentaux, reconnus au niveau de l'Union, en particulier, dans la charte des droits fondamentaux¹¹⁸ ». La présomption repose donc, entre les États membres, sur leur commune soumission au droit de l'Union. On retrouve, s'agissant du Mandat d'arrêt européen (MAE), le constat que « le principe de confiance mutuelle impose, notamment en ce qui concerne l'espace de liberté, de sécurité et de justice, à chacun de ces États de considérer, sauf dans des circonstances exceptionnelles, que tous les autres États membres respectent le droit de l'Union et, tout particulièrement, les droits fondamentaux reconnus par ce droit¹¹⁹ ». On observe cependant que la présomption reste réfragable à titre exceptionnel.

L'équivalence entre les standards européens n'intervient que de façon parallèle, intermédiaire ou périphérique vis-à-vis de notre problématique mais on sait que de manière comparable, l'absence d'identité et de hiérarchie normative, associées à la pluralité de système de contrôle juridictionnel, ont conduit à une présomption d'équivalence entre le niveau de protection des droits fondamentaux assuré dans la Communauté européenne et celui assuré par la Convention EDH, présomption admise par la Commission européenne des droits de l'homme¹²⁰, puis par la Cour : « la Cour estime pouvoir considérer que la protection des droits fondamentaux offerte par le droit communautaire est... "équivalente"... à celle assurée par le mécanisme de la Convention¹²¹ ». Là encore, la présomption, d'une part, n'exige pas une stricte identité des niveaux de protection (« Par "équivalente", la Cour entend "comparable" : toute exigence de protection "identique" de la part de l'organisation concernée pourrait aller à l'encontre de l'intérêt de

118. Arrêt du 22 décembre 2010, *Aguirre Zarraga*, aff. C-491/10 PPU, EU:C:2010:828, pt 70.

119. Arrêt du 5 avril 2016, *Aranyosi et Căldăraru*, aff. C-404/15 et C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, pt 78.

120. Décision du 9 janvier 1980, *M & Co. c. République fédérale d'Allemagne* (requête n° 13258/87).

121. Arrêt (Grande Chambre) du 30 juin 2005, « *Bosphorus Airways* » c. *Irlande* (n° 45036/98), § 165.

la coopération internationale poursuivi¹²² »), et est réfragable : « Toutefois, un constat de “protection équivalente” de ce type ne saurait être définitif : il doit pouvoir être réexaminé à la lumière de tout changement pertinent dans la protection des droits fondamentaux¹²³ ». Pour autant, il semble que la vigueur de la présomption conduite à limiter aux cas « d’insuffisance manifeste¹²⁴ » son renversement.

Pour terminer sur ces techniques de « neutralisation » de la clause de faveur, on peut évoquer celle qu’utilise la Cour constitutionnelle belge et qui, à certains égards, relève à la fois des deux techniques précédemment évoquées. Il s’agit de la méthode du « tout indissociable » consistant pour la Cour à tenir compte « dans son examen, des dispositions de droit international qui garantissent des droits ou libertés analogues¹²⁵ », les garanties offertes par cette disposition, qui peut être conventionnelle¹²⁶ ou communautaire¹²⁷, constituant « un ensemble indissociable » avec les garanties constitutionnelles en cause, donnant lieu à une interprétation globale.

B. La compatibilité par la modulation de la clause de faveur

Les dispositifs évoqués ci-dessus, qui conduisent à renoncer finalement à faire une comparaison entre les niveaux de protection respectifs, sont des présomptions réfragables, de sorte qu’elles n’excluent pas que l’opération de comparaison soit faite et qu’une faveur, notamment, pour le standard constitutionnel d’un État membre, se traduise par une mise à l’écart du standard européen. La Cour de justice l’admet lorsque, dès l’arrêt *Melloni*, elle juge que « l’article 53 de la Charte confirme que, lorsqu’un acte du droit de l’Union appelle des mesures nationales de mise en œuvre, il reste loisible aux autorités et aux juridictions nationales d’appliquer des standards nationaux de protection des droits fondamentaux¹²⁸ », mais la compatibilité entre le jeu de cette clause et le cadre général d’intégration

122. *Ibid.*, § 155. À noter que le label d’équivalence est décerné à la fois compte tenu de l’équivalence substantielle (droits protégés) et de l’effectivité de la protection procédurale et spécialement juridictionnelle, la Cour EDH pouvant dès lors retirer ce label, par exemple lorsqu’un juge national, par son manquement à poser une question préjudicielle à la Cour de justice n’aura pas permis à celle-ci d’assurer pleinement la protection que garantit le système de l’Union (cf. l’arrêt *Michaud c. France* de la Cour EDH du 6 décembre 2012, n° 12323/11).

123. *Ibid.*

124. Par exemple, l’arrêt du 20 janvier 2009, *Cooperatieve producentenorganisatie Van de Nederlandse Kokkelvisserij*, req. n° 13645/05, § 156 et svts.

125. Arrêt n° 136/2004 du 22 juillet 2004.

126. Pour la Cour EDH, par ex. arrêt n° 48/2005 du 1^{er} mars 2005.

127. Par ex. arrêt n° 121/2008 du 1^{er} septembre 2008.

128. Arrêts du 26 février 2013, *Melloni*, aff. C-399/11, EU:C:2013:107, pt 60, et *Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10, EU:C:2013:105, pt 29.

va se traduire par plusieurs formes de modulation consistant toujours, d'une manière ou d'une autre, à chercher un « juste équilibre ».

a. La modulation en fonction du risque pour l'intégration

Une sorte d'échelle du risque admissible va jouer, la faveur pour le standard constitutionnel national étant, de manière relative, d'autant moins admissible que les règles européennes *déterminent de plus en plus étroitement l'action des États membres*. Ce critère du degré de détermination de la règle commune est essentiel. Il ne figure pas dans l'arrêt *Melloni* mais est présent dans l'arrêt *Åkerberg Franson* et dans toute la jurisprudence ultérieure¹²⁹. On peut voir là un critère fondamental, peut-être plus que le triptyque *Melloni* de la primauté, unité et effectivité du droit de l'Union¹³⁰. En effet, ces principes, on l'a vu, ne s'opposent pas forcément à ce que le droit de l'Union admette qu'une faveur pour un standard national de protection écarte les règles européennes, mais il importe de voir les paramètres qui conduiront à identifier un risque dirimant. On en distinguera deux.

Il y a d'abord la « densité normative » de la règle européenne qui fera qu'éventuellement, cette faveur, en soi non problématique donc, sera considérée comme incompatible avec les traités. On peut voir là un « effet préemptif » du droit de l'Union suspendu à l'existence d'« une règle ou un ensemble de règles claires en droit de l'Union visant à régir de manière exhaustive un aspect spécifique d'un domaine donné, privant ainsi effectivement les États membres de la possibilité d'adopter des règles autonomes¹³¹ ». Cela pourra se traduire par des évolutions dans le temps, la clause de faveur pouvant jouer puis être interdite par une précision renforcée en droit de l'Union. Si l'on prend, par exemple, les affaires

129. Arrêt du 29 juillet 2019, *Pelham e.a.*, aff. C-476/17, EU:C:2019:624, pt 80 ; cf. aussi les arrêts du 29 juillet 2019, *Funke Medien NRW*, aff. C-469/17, EU:C:2019:623, pt 32, ou du 29 juillet 2019, *Spiegel Online*, aff. C-516/17, EU:C:2019:625, pt 21 ; cf. aussi la présentation sous l'angle de la marge d'appréciation accordée aux États membres par le droit de l'Union (arrêt du 11 septembre 2014, *A*, aff. C-112/13, EU:C:2014:2195, pt 44 ; pour un rapprochement entre les deux approches, cf. la prise de position de l'avocat général P. Cruz Villalon dans l'affaire C-237/15 PPU, EU:C:2015:509, pt 150.

130. Ce sont là les trois dimensions essentielles ou existentielles de l'ordre d'intégration en termes de relation entre l'ordre juridique de l'Union et celui des États membres (primauté), de caractère nécessairement « commun » pour le droit de l'Union (unité), et d'effectivité de celui-ci. Si l'on regarde l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*, précité, il se réfère déjà à la primauté, l'unité et – à l'époque – « l'efficacité » du droit communautaire.

131. Cf. conclusions M. Bobeck pour l'arrêt du 17 janvier 2019, *Dzivev e.a.*, aff. C-310/16, EU:C:2019:30 (concl. : EU:C:2018:623 pts 71 et svts). On voit que cette densité recouvre deux aspects : clarté et volonté de la norme.

Melloni et *MAS*, on peut penser que, pour le cas *Melloni*, la Cour aurait admis la primauté du standard national plus protecteur si elle avait eu à se prononcer avant la réforme de 2009 de la décision-cadre sur le MAE. Symétriquement, l'arrêt *MAS*, qui a parfois été considéré comme une capitulation de la Cour de justice¹³², aurait sans doute été différent s'il avait été rendu après la réforme¹³³ ayant harmonisé les délais de prescription des infractions pénales portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union¹³⁴. Cela peut aussi jouer différemment selon les domaines, la diversité étant certainement moins problématique dans le cadre de l'ELSJ pour lequel le respect des traditions et systèmes juridiques différents des États membres est imposé à l'Union par le traité¹³⁵. On peut aussi envisager de découpler les impératifs liés au système de l'Union, en distinguant ceux qui découlent de la nature du droit de l'Union et ceux (notamment la confiance mutuelle) plus spécifiquement liés à la construction d'un espace de liberté, de sécurité et de justice.

Il y a ensuite le « degré de connexité¹³⁶ » ou de « proximité »¹³⁷ entre l'application éventuelle du standard national et la mise en œuvre du droit de l'Union : la menace sur l'ordre de l'Union sera particulièrement forte si l'État veut imposer son standard dans l'application même d'un mécanisme de l'Union tel que le MAE. On sait à cet égard que la Cour de justice considère que pour déterminer « si une mesure nationale relève de la mise en œuvre du droit de l'Union au sens de l'article 51, paragraphe 1, de la charte, il y a lieu de vérifier, parmi d'autres éléments, si la réglementation nationale en cause a pour but de mettre en œuvre une disposition du droit de l'Union¹³⁸ ».

L'échelle du risque pour l'ordre juridique de l'Union dépend donc à la fois de la densité juridique de la règle de l'Union en cause et de la distance entre celle-ci et la règle nationale concernée. Comme l'a indiqué l'Avocat général Bobeck, « les exigences de primauté, d'unité et d'effectivité et, en particulier, celle de l'“unité”, ne devraient peut être pas être prises au pied de la lettre dans les domaines où les États membres conservent une marge d'appréciation¹³⁹ ». Et selon que les États gardent ou non une telle marge, la Charte jouera un rôle soit de standard minimum, soit de standard maximum. On retiendra en tous cas que « plus la

132. H. Labayle, « Du dialogue des juges à la diplomatie judiciaire entre juridictions constitutionnelles : la *saga Taricco* devant la Cour de justice », *RFDA* 2018, p. 521.

133. Directive 2017/1371 du 5 juillet 2017

134. Cf. par exemple les conclusions précitées de M. Bobeck dans l'aff. C-310/16 soulignant ce point.

135. Art. 67 TFUE.

136. Concl. P. Cruz Villalon pour l'arrêt précité *Åkerberg Fransson*, notamment pt 57.

137. Concl. dans l'aff. C-310/16 précitées, pt 80.

138. Arrêt du 10 juillet 2014, *Julian Hernández e.a.*, aff. C-198/13, EU:C:2014:2055, pts 36, 37.

139. Concl. précitées, point 91.

marge d'appréciation des États membres est large, moins est élevé le risque pour la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union¹⁴⁰ ».

b. La modulation en fonction du risque pour la protection des droits fondamentaux

La modulation va signifier ici que ce n'est que dans des hypothèses extrêmes et donc peu fréquentes que pourra s'imposer le standard national plus protecteur : un risque exceptionnel pour l'effectivité de la protection des droits fondamentaux, ou un risque identitaire pour le système constitutionnel de protection des droits fondamentaux.

1. Le risque exceptionnel pour l'effectivité de la protection des droits fondamentaux

Les diverses logiques d'équivalence de protection, on l'a vu, se traduisent par des présomptions dont bénéficie le système de l'Union européenne, vis-à-vis des constitutions nationales, et vis-à-vis de la CEDH, et dont bénéficient aussi les systèmes des États membres entre eux. Ces présomptions, on l'a souligné, sont cependant réfragables, ce qui signifie que le droit de l'Union et le standard de protection des droits fondamentaux qui l'accompagne, pourra, dans certains cas, être écarté au profit d'un niveau de protection assuré par un système national, mais domine ici le caractère exceptionnel de ces hypothèses admises par la Cour de justice.

On peut illustrer cela à la fois en matière d'asile et pour le MAE. Dans le domaine des réfugiés et du Mécanisme « Dublin », se sont développées des démarches différentes de la Cour européenne des droits de l'homme qui, au titre de sa mission exclusive, est sensible au critère de la violation concrète et particulière des droits fondamentaux¹⁴¹, et de la Cour de justice n'admettant, conformément à son propre mandat, d'écarter le jeu normal de ce Mécanisme « Dublin » et la confiance mutuelle entre les États membres qu'en cas de défaillance systémique d'un État¹⁴², la Cour, dans l'*avis 2/13*, limitant explicitement cette hypothèse à des « cas exceptionnels » ou des « circonstances exceptionnelles » où, dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l'Union européenne, pourrait être écartée la présomption de respect des droits fondamentaux par tous les États membres.

Le cas du Mandat d'arrêt européen est représentatif de l'enchevêtrement des compétences en matière de protection des droits fondamentaux. À la base, la confiance mutuelle entre les États membres et celle de l'Union vis-à-vis des États

140. Concl. précitées, point 95.

141. Arrêts *MSS* du 21 janv. 2011, req. n° 30696/09, ou *Tarakhel* du 4 nov. 2014, req. n° 29217/12

142. Arrêt du 21 déc. 2011, *NS*, aff. C-411/10 et C-493/10, EU:C:2011:865.

membres a conduit à exclure le non-respect des droits fondamentaux des motifs légitimes de refus d'exécution du mandat d'arrêt européen¹⁴³. Cette considération horizontale s'est transformée en potentiel conflit normatif vertical dès lors qu'une Cour constitutionnelle a revendiqué l'application de la clause de faveur, celle-ci devant, selon elle, conduire à l'application de son standard de protection des droits fondamentaux, plutôt que le standard de l'Union, consistant en l'occurrence à imposer le standard d'un autre État membre. Dans l'arrêt *Aranyosi et Căldăraru*¹⁴⁴, la Cour va pourtant admettre que ne soit pas exécuté un MAE, sans que l'on soit dans l'une des hypothèses permettant, selon la décision-cadre sur le MAE, d'agir ainsi¹⁴⁵, dès lors que l'autorité nationale concernée estime être en présence à la fois d'une défaillance systémique ou ayant une certaine généralité, et d'un risque concret et précis pour les droits fondamentaux de l'individu en cause¹⁴⁶. On retrouve donc, pour la définition de cette « situation exceptionnelle », le cumul des deux démarches qui étaient alternatives (Cour EDH ou CJUE) en matière de réfugiés.

Le caractère exceptionnel découle ici, outre la rupture de la présomption de confiance en chaque État membre, de ce que le standard de l'Union est considéré comme « élevé¹⁴⁷ », ce qui sera souvent traduit par « suffisant¹⁴⁸ », essentiellement par le moyen d'une présomption plus ou moins approximative d'équivalence avec le standard conventionnel¹⁴⁹, et qu'il bénéficie aussi d'un avantage sur tout stan-

143. Cette confiance résulte de ce que les États membres « partagent les mêmes valeurs et [...] qu'ils sont tenus, pour l'essentiel, au respect des mêmes instruments internationaux de protection des droits de l'homme » : O. De Schutter et F. Tulkens, « Confiance mutuelle et droits de l'homme, la Convention européenne des droits de l'homme et la transformation de l'intégration européenne », in *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme : liber amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthémis, 2010, p. 948.

144. Arrêt précité du 5 avril 2016, aff. C-404/15 et C-659/15 PPU, EU:C:2016:198.

145. La décision-cadre de 2002 prévoyait cependant en tant que motif légitime de non-exécution du MAE, la « violation grave et persistante par un des États membres des principes énoncés à l'article 6, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, constatée par le Conseil en application de l'article 7, paragraphe 1, dudit traité avec les conséquences prévues au paragraphe 2 du même article ».

146. La Cour de justice reste exigeante sur le double niveau de contrôle et le caractère convaincant et crédible des appréciations.

147. Le niveau de protection dans l'Union est « un niveau élevé de protection, adapté au droit de l'Union et en harmonie avec les traditions constitutionnelles communes » (explications *ad art. 52§4* de la Charte). Pour un rejet de la solution éventuelle consistant à afficher un objectif de protection « maximale », ce qui consisterait à retenir une vision purement individualiste des droits fondamentaux, cf. F.-X. Millet, « Réflexions sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux », *RFDA* 2012, p. 307.

148. Cf. les conclusions de l'avocat général Y. Bot dans l'affaire *Melloni*, EU:C:2012:600, pt. 83.

149. À quoi s'ajoute sans doute l'exigence que les restrictions aux droits fondamentaux soient clairement limitées et n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour satisfaire les objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union (art. 52§1 de la Charte).

dard national : il est commun à 27 États, ce qui lui donne une portée forcément avantageuse pour la protection des droits fondamentaux. La clause de faveur peut se traduire finalement comme une balance délicate à établir entre le niveau et le champ de la protection.

2. *Le risque identitaire pour le système constitutionnel de protection des droits fondamentaux*

Les paramètres de l'ordre d'intégration qui est celui de l'Union européenne comprennent, à notre sens, les caractéristiques liées à ce qu'il s'agit d'une intégration d'États, l'Union n'étant pas un État. C'est ce qui explique certains éléments de l'article 4 TUE, comme le principe des compétences d'attribution, le principe de coopération loyale¹⁵⁰, ou le respect par l'Union de l'identité nationale et des fonctions essentielles de ceux-ci, ce qui signifie que les obligations liées à l'appartenance à l'Union ne doivent pas aller jusqu'à priver ces derniers de leur « étaticité », au sens où un certain nombre de choix politiques, sociétaux, doivent continuer à se faire au niveau national sous peine pour celui-ci de ne plus apparaître comme une véritable communauté politique¹⁵¹. Rappelons que le Préambule de la Charte admet que l'Union ne contribue à la préservation et au développement des valeurs mises en commun que, notamment, dans le respect de l'identité nationale des États membres.

La jurisprudence est trop connue pour qu'on la développe mais la Cour de justice admet que les juridictions nationales écartent le droit de l'Union lorsque son application porterait atteinte à cette identité nationale, qui comprend l'identité constitutionnelle de ceux-ci, tant il est normal que les constitutions expriment et protègent des éléments identitaires nationaux. Ceci n'est pas incompatible avec la primauté, l'unité ou l'effectivité du droit de l'Union dès lors que celui-ci a l'obligation de respecter l'identité des États membres, et que la Cour de justice peut vérifier cette compatibilité, notamment par un contrôle de proportionnalité. On peut donc imaginer que le caractère plus protecteur d'un standard de protection d'un droit fondamental soit considéré comme identitaire, ce qui suscite deux remarques. D'abord, notre conception de l'identité constitutionnelle des États membres consiste à voir en elle ce qui la distingue du patrimoine juridique mis en commun au niveau de l'Union¹⁵².

150. Permettant à l'Union, qui n'en dispose pas, de mettre au service de ses objectifs les prérogatives dont disposent les États membres en tant qu'États.

151. Comme l'a bien exprimé l'avocat général dans les conclusions *Michaniki* (arrêt du 16 décembre 2008, aff. C-213/07, EU:C:2008:731) « le respect de l'identité constitutionnelle des États membres constitue pour l'Union européenne un devoir. Ce devoir s'impose à elle depuis l'origine. Il participe, en effet, de l'essence même du projet européen initié au début des années 1950, qui consiste à avancer sur la voie de l'intégration tout en préservant l'existence politique des États » (EU:C:2008:544, pt. 31).

152. Cf. spécialement M. Blanquet, « Mêmété et ipséité constitutionnelles dans l'Union européenne », in (N. De Grove-Valdeyron et M. Blanquet dir.) *Mélanges en l'honneur*

Ce seront les principes ou les droits « distinctifs » plus que « cruciaux », de sorte que l'identité nationale sera plus facilement en cause dans l'hypothèse d'un droit fondamental spécifique à l'État, l'hypothèse étant forcément marginale¹⁵³. On peut cependant admettre que puisse être considéré comme identitaire le degré de protection d'un droit et là, le principe de faveur devra jouer. Ceci d'autant plus que doit être en second lieu souligné que la problématique possède une dimension substantielle plus que formelle, à moins que ce ne soit sa dimension politique qu'il faille se garder d'occulter par une démarche purement juridique. Il ne s'agit pas uniquement de mesurer et comparer des niveaux N1 et N2, ni non plus uniquement de mettre en exergue tel ou tel principe architectonique intangible de l'Union. Les droits fondamentaux ne sont pas des absolus¹⁵⁴ et leur niveau de protection n'est pas une donnée mais un construit, déterminé par un équilibre identitaire d'une société politique entre le respect des droits individuels et les limitations acceptables au nom de l'intérêt collectif social¹⁵⁵ : « le niveau de protection qui doit... être accordé [aux droits fondamentaux] reflète... les choix d'une société donnée quant au juste équilibre à atteindre entre les intérêts des individus et ceux de la collectivité à laquelle ils appartiennent¹⁵⁶ ». Là, il apparaît que le « degré » de protection peut en effet être identitaire ; écarter en l'espèce la clause de faveur pourrait donc porter atteinte à l'identité même du système constitutionnel étatique. Sous réserve de proportionnalité la Cour de justice devrait alors considérer comme compatible avec le système d'intégration le jeu de la clause de faveur.

du Professeur Joël Molinier, LGDJ, 2012, p. 53 ; ou « La protection de l'identité constitutionnelle de la France », in (H. Gaudin dir.) *La constitution européenne de la France*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2017, pp. 73.

153. L'homogénéité entre les États membres est importante. Pour autant, la protection des droits fondamentaux est souvent considérée par les cours constitutionnelles comme identitaire (souvent du fait d'une confusion entre le « crucial » et le « distinctif » il est vrai).

154. Sauf exception.

155. Le droit de l'Union peut apporter aux droits fondamentaux des restrictions « à condition que ces restrictions répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par l'Union et ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même des droits ainsi garantis » (cf. par exemple l'arrêt du 29 novembre 2018, *National Iranian Tanker Company c/ Conseil*, aff. C-600/16 P, EU:C:2018:966, pt 83 ; ou l'ordonnance du 12 mars 2020, *EMB Consulting e.a c/ BCE*, aff. C-571/19 P, EU:C:2020:208, pt 42 ; cf. aussi l'article 52, § 1 de la Charte). On est souvent confronté à l'hypothèse où un État membre invoque un objectif d'intérêt général pour ne pas écarter son droit national contraire au droit de l'Union. La problématique de la clause de faveur est originale en ce qu'elle concerne en réalité l'hypothèse où les restrictions d'intérêt général nationales apportées à un droit fondamental sont moindres que les restrictions d'intérêt général de l'Union apportées à ce même droit.

156. Conclusions précitées de l'Avocat général Y. Bot dans l'affaire *MAS et MB*, EU:C:2017:564, pt 151.

En somme, le dispositif permettant d'assurer et de « piloter » le jeu de la clause de faveur dans le cadre préservé de l'intégration est là, et il permet la compatibilité. C'est cependant toujours une question d'équilibre à apprécier de sorte que la pratique de ce dispositif pourra être plus ou moins indiscutable, la logique des exigences de bonnes relations avec les juges nationaux pouvant jouer.

*
* *

En conclusion, on peut s'interroger, justement, sur le caractère politique et substantiel de la question et se demander si dans son état actuel, l'autorité politique de l'Union européenne est à même de construire un tel modèle politique s'imposant du fait de sa légitimité, plus que par des considérations formelles et en brandissant le spectre de la désunion et de la destruction de l'œuvre commune. Si ce n'était pas le cas, la conciliation imposée aux standards constitutionnels nationaux courrait un risque de détricotage sans véritable compensation. Ce n'est sans doute plus le cas, à trois niveaux.

D'abord au niveau constitutionnel, la Charte des droits fondamentaux par exemple, pouvant être considérée comme étant l'œuvre d'un processus constituant plus que diplomatique. Il ne s'agit pas de se payer de mots, mais la composition et les débats de la Convention prouvent que la démarche est de niveau constitutionnel.

Ensuite au niveau législatif : de plus en plus d'actes législatifs de l'Union, par le respect de la « conciliation nécessaire des exigences liées à la protection de différents droits fondamentaux » et d'un « juste équilibre entre eux¹⁵⁷ » déterminent un standard de l'Union par la discussion législative, revêtue de la double légitimité de l'attelage législatif, légitimité tirée des États membres et légitimité démocratique du Parlement européen¹⁵⁸.

Enfin au niveau de la Cour de justice qui se comporte vraiment en Cour constitutionnelle, contrôlant de manière approfondie le « juste équilibre » entre les droits et les libertés fixé par le législateur¹⁵⁹ et n'hésitant pas, à cette occasion, à trancher des questions particulièrement sensibles telles que la définition de l'embryon¹⁶⁰.

Sous un tout autre angle, on pourrait aussi, dans une pure logique de pluralisme constitutionnel, considérer que finalement, peu importe quel standard l'emporte dans tel ou tel cas particulier, l'important étant que l'accent soit mis

157. Arrêt du 29 janvier 2008, *Promusicae*, aff. C-275/06, EU:C:2008:54, pts 65 et 66.

158. Sur cette dimension législative, cf. E. Dubout, contribution précitée in (R. Tinière et C. Vial dir.) *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Entre évolution et permanence*, spéc. pp. 153s.

159. Cf. notamment l'arrêt du 22 janvier 2013, *Sky Österreich*, aff. C-283/11, EU:C:2013:28.

160. Arrêt du 18 octobre 2011, *Brüstle*, aff. C-34/10, EU:C:2011:669.

sur l'action de protection concrète des juges face aux pouvoirs politiques, et les éventuelles différences de standard, quel que soit celui qui s'applique dans l'espèce mettant en exergue cette différence, ne pouvant que conduire à une dynamique de convergence jouant forcément, à terme, dans le sens de la faveur pour plus de protection.