



Article scientifique

Article

2007

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Les droits de l'homme et les libertés de circulation en droit communautaire

Kaddous, Christine

How to cite

KADDOUS, Christine. Les droits de l'homme et les libertés de circulation en droit communautaire. In: Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäisches Recht, 2007, vol. 17, n° 3, p. 397–414.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:44206>

Les droits de l'homme et les libertés de circulation en droit communautaire

par **Christine Kaddous***

Sommaire

Introduction

- I. Les droits de l'homme progressivement intégrés dans le système de l'Union européenne
- II. Les droits de l'homme concourant à l'interdiction des entraves aux libertés de circulation
 - A. En matière de libre circulation des marchandises
 - B. En matière de libre circulation des personnes
 - C. En matière de libre prestation de services
- III. Les droits de l'homme justifiant les entraves aux libertés de circulation
 - A. En matière de libre circulation des marchandises
 - B. En matière de libre prestation de services

Conclusion

Introduction

La relation entre les droits de l'homme et les libertés de circulation est le plus souvent harmonieuse en droit communautaire. Les libertés de circulation, souvent qualifiées de libertés fondamentales, auxquelles on se réfère, sont celles qui servent la réalisation du marché intérieur au sens de l'article 14 CE : libre circulation des marchandises, des personnes, libre prestation des services et libre circulation des capitaux. Par « droits de l'homme », on vise les droits tels qu'ils sont garantis par la CEDH et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire.¹ On a préféré, pour les besoins de la présente contribution, retenir le terme « droits de l'homme » plutôt que « droits fondamentaux », même si cela ne correspond pas à la terminologie retenue par la Cour de justice, en vue de mieux les distinguer des libertés fondamentales du traité CE.

Le respect des droits de l'homme s'impose tant au législateur communautaire qu'aux Etats membres lorsqu'ils agissent dans le champ du droit communautaire. La plupart du temps, les droits de l'homme apparaissent comme une

* Christine Kaddous, Professeur à l'Université de Genève. Chaire Jean Monnet. Directeur du Centre d'études juridiques européennes (www.unige.ch/ceje).

¹ Voir article 6, paragraphe 2, UE.

limite à la faculté pour les Etats membres d'invoquer des dérogations aux libertés fondamentales. En 2003 et 2004, deux affaires, *Schmidberger*² et *Omega*,³ ont mis en évidence un nouvel aspect de la relation entre les droits de l'homme et les libertés de circulation. Les droits de l'homme n'étaient plus invoqués pour concourir à la réalisation du marché intérieur, mais en vue de justifier des entraves à la réalisation de celui-ci. Il s'agissait des premiers cas de confrontation directe entre les droits de l'homme et les libertés économiques consacrées par le traité CE.

La présente étude fait le point sur la protection actuelle des droits de l'homme dans l'Union européenne avant d'examiner la problématique particulière des rapports entre les droits de l'homme et les libertés fondamentales du marché intérieur. Après avoir examiné l'incorporation graduelle des droits de l'homme dans le système de l'Union européenne (I), on traitera de la relation qui peut être qualifiée de « classique » entre les droits de l'homme et les libertés de circulation, à savoir les cas où les premiers sont invoqués pour limiter des entraves aux secondes (II). On abordera ensuite les cas où les droits de l'homme sont invoqués par les Etats membres afin de justifier des entraves aux libertés fondamentales (III). Cette dernière situation, par essence « conflictuelle », permet d'examiner, sous un angle nouveau, l'interaction entre ces deux catégories de droits et libertés, et de dégager quelques remarques conclusives sur la conciliation des intérêts en présence.

I. Les droits de l'homme progressivement intégrés dans le système de l'Union européenne

La prise en compte de la protection des droits de l'homme par l'Union et les Communautés européennes s'est faite graduellement. Les trois traités qui ont donné naissance aux Communautés européennes (CECA, CEE et Euratom) ont essentiellement été inspirés par les exigences minimales de l'Etat de droit qui prévalait dans les six Etats membres originaires, notamment le principe du respect du droit ou le contrôle juridictionnel de la légalité. La dimension de la protection des droits de l'homme faisait largement défaut. A la différence des constitutions nationales des Etats membres fondateurs, les traités ne comportaient et ne comportent toujours pas de catalogue explicite des droits de l'homme, malgré l'existence aujourd'hui de la Charte des droits fondamentaux, proclamée à Nice en décembre 2000, qui se voit attribuer la même valeur juridique que les traités dans le projet de traité modifiant le traité sur l'Union euro-

² CJCE, arrêt *Schmidberger* du 12 juin 2003, aff. C-112/00, Rec. 2003, p. I-5659.

³ CJCE, arrêt *Omega*, du 14 octobre 2004, aff. C-36/02, Rec. 2004, p. I-9609.

péenne et le traité instituant la Communauté européenne sur lequel les Etats membres se sont mis d'accord lors du Conseil européen des 18 et 19 octobre 2007 à Lisbonne.⁴ Si ce traité modificatif est ratifié par tous les Etats membres, la Charte obtiendrait donc un statut « constitutionnel », avec une dérogation pour le Royaume-Uni quant à son caractère contraignant.⁵

Aujourd'hui, on trouve toutefois dans les traités institutifs des dispositions, proches d'une garantie des droits de l'homme, tels que l'article 12 CE relatif à l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité, qui a été reprise dans d'autres dispositions du traité CE en matière de libre circulation des travailleurs (article 39), en matière de liberté d'établissement (article 43), en matière de libre prestation des services (article 49). Les droits liés à l'exercice de ces libertés ont conféré aux ressortissants des Etats membres de l'Union européenne le droit d'entrer et de séjourner sur le territoire des Etats membres sous réserve de l'exercice d'une activité économique. On peut également mentionner l'article 141 CE qui interdit la discrimination entre les hommes et les femmes (égalité de traitement entre les travailleurs masculins et féminins en matière de rémunération) ou encore l'article 34, paragraphe 2, alinéa 2, CE qui interdit la discrimination entre producteurs et consommateurs de la Communauté. Le caractère économique de la construction communautaire avait conduit à ne reconnaître que des libertés de nature économique comme les libertés de circulation des marchandises, des capitaux, des personnes et la libre prestation des services. Les droits reconnus étaient liés aux objectifs généraux et aux compétences communautaires plus qu'à un souci de protection de droits individuels. Cela signifie que le système ne prévoyait pas de garanties aux ressortissants des Etats membres de l'Union européenne pour le cas où l'action des institutions porterait atteinte à l'un ou l'autre de leurs droits fondamentaux.

La réflexion sur les perspectives d'une évolution dans le domaine de la protection des droits de l'homme a été lancée par le Parlement européen qui s'est préoccupé de cette question dès les années soixante, en poursuivant par la suite cette réflexion de façon toujours plus intense. Elle a fait l'objet de plusieurs débats et donné lieu à de nombreux rapports suivis de résolutions.⁶

Parallèlement, une protection jurisprudentielle s'est développée. La Cour de justice, en l'absence d'un catalogue communautaire de protection des droits de l'homme et d'une adhésion de la Communauté européenne à la CEDH, a pro-

⁴ Voir la formulation du nouvel article 6 du projet de traité modificatif, CIG 4/1/07, REV 1, du 5 octobre 2007.

⁵ La Pologne a obtenu la même exception que le Royaume-Uni en ce qui concerne le statut de la Charte. Toutefois, il semble que suite au résultat des élections polonaises d'octobre 2007, cet Etat renoncerait à ladite exception. Cela n'a pas été confirmé à la date du 23 octobre 2007.

⁶ Voir par exemple la résolution relative à la sauvegarde des droits fondamentaux des citoyens des Etats membres dans l'élaboration du droit communautaire de 1972, JO C 26 du 30 avril 1973.

gressivement bâti une jurisprudence protectrice des droits de l'homme. Elle a élaboré une jurisprudence toujours plus ample et systématisée visant à assurer une protection effective des droits de l'homme. Le premier arrêt rendu dans le cadre du traité CEE, dans lequel la Cour de justice a développé son approche est l'arrêt *Stauder* de 1969.⁷ Elle a précisé que la disposition communautaire litigieuse qu'elle devait interpréter ne révélait « aucun élément susceptible de mettre en cause les droits fondamentaux de la personne compris dans les principes généraux du droit, dont la Cour assure le respect ».⁸ La jurisprudence ultérieure a confirmé cette orientation, en la développant. Dans l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* de 1970,⁹ la Cour s'est inspirée des traditions constitutionnelles nationales, en poursuivant la mise en place d'une protection équivalente aux protections nationales, comme elle s'appuyait déjà sur les principes généraux communs aux droits des Etats membres. Elle a refusé, au nom de la primauté du droit communautaire, toute remise en cause de ce droit au regard du droit constitutionnel d'un Etat membre, tout en affirmant qu'« il convient toutefois d'examiner si aucune garantie analogue, inhérente au droit communautaire, n'a été méconnue ; qu'en effet, le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect ; que la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté ».¹⁰

Après avoir reconnu que les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont elle assure le respect et après avoir admis la possibilité de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, la Cour de justice a élargi le champ de ses sources d'inspiration et pris en considération les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré. Elle a souligné, dans l'arrêt *Nold* de 1974, que « les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire ».¹¹ La Cour s'est en quelque sorte référée à la CEDH de façon implicite. La CEDH ne sera explicitement visée par la Cour qu'à partir de 1975, dans l'arrêt *Rutili*,¹² après la ratification française de la CEDH, intervenue en 1974. Cette ratification a

⁷ CJCE, arrêt *Stauder* du 12 novembre 1969, aff. 29/69, Rec. 1969, p. 419.

⁸ Même arrêt, point 7.

⁹ CJCE, arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* du 17 décembre 1970, aff. 11/70, Rec. 1970, p. 1125.

¹⁰ Même arrêt, point 4.

¹¹ CJCE, arrêt *Nold* du 14 mai 1974, aff. 4/73, Rec. 1974, p. 491, point 13.

¹² CJCE, arrêt *Rutili* du 28 octobre 1975, aff. 36/75, Rec. 1975, p. 1219, point 32.

permis à la Cour de justice de se référer à la convention ratifiée par tous les Etats membres.

La Cour a occasionnellement fait référence à d'autres textes internationaux : au pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966,¹³ à la charte sociale européenne de 1961 élaborée par le Conseil de l'Europe,¹⁴ aux conventions de l'OIT,¹⁵ à la convention relative aux droits de l'enfant.¹⁶ Les arrêts procédant à de tels renvois restent cependant exceptionnels, alors que les juridictions communautaires mentionnent régulièrement la CEDH et lui attestent une signification particulière.¹⁷

Le traité de Maastricht n'a rien changé au statut de la CEDH au sein de l'ordre juridique communautaire. L'article F, paragraphe 2, devenu 6, paragraphe 2, UE a certes ancré pour la première fois dans le droit primaire de l'Union européenne l'obligation de l'Union de respecter les droits fondamentaux tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire. La référence à la CEDH dans cette disposition implique son respect dans tous les domaines d'activités de l'Union, et notamment dans les domaines de la politique étrangère et de sécurité commune et de la coopération policière et judiciaire en matière pénale.¹⁸ Elle codifie en quelque sorte l'acquis communautaire développé par la Cour de justice en matière de droits de l'homme et constitue sans aucun doute un renforcement de la protection de ceux-ci dans l'Union par rapport à la situation originelle des traités. L'autorité de la CEDH y gagne par cette inscription dans le traité, mais elle demeure, selon les termes de la Cour, une simple source d'inspiration, prise en considération au titre des principes généraux du droit. La Cour de justice a rappelé dans l'*avis 2/94* de 1996 sur l'adhésion de la Communauté européenne à la CEDH que « les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont le juge communautaire assure le respect. A cet égard, le juge communautaire s'inspire des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres ainsi que des indications fournies par les instruments

¹³ CJCE, arrêt *Orkem c. Commission* du 18 octobre 1989, aff. 374/87, Rec. 1989, p. 3283, point 31. Plus récemment, voir CJCE, arrêt *Grant*, du 17 février 1998, aff. C-249/96, Rec. 1998, p. I-621, point 44 ; CJCE, arrêt *Parlement c. Conseil* du 27 juin 2006, aff. C-540/03, Rec. 2006, p. I-5769, point 37.

¹⁴ CJCE, arrêt *Defrenne* du 15 juin 1978, aff. 149/77, Rec. 1978, p. 1365, point 28.

¹⁵ Même arrêt, point 28.

¹⁶ CJCE, arrêt *Parlement c. Conseil* du 27 juin 2006, aff. C-540/03, Rec. 2006, p. I-5769, point 37.

¹⁷ Voir par exemple CJCE arrêt *Hoechst c. Commission* du 21 septembre 1989, aff. jtes 46/87 et 227/88, Rec. 1989, p. 1859, point 13 ; TPI, arrêt *Van der Wal c. Commission* du 19 mars 1998, aff. T-83/96, Rec. 1998, p. II-545, point 46 ; CJCE, arrêt *Connolly c. Commission* du 6 mars 2001, aff. C-244/99 P, Rec. 2001, p. I-1611, point 37 ; CJCE, arrêt *Parlement c. Conseil* du 27 juin 2006, aff. C-540/03, Rec. 2006, p. I-5769, point 35.

¹⁸ Voir article 11 UE.

internationaux concernant la protection européenne des droits de l'homme auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré. Dans ce cadre, la CEDH, à laquelle il est, notamment, fait référence dans l'article F, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne, revêt une signification particulière ».¹⁹

Malgré son caractère non contraignant, la Charte des droits fondamentaux de 2000 occupe une place unique dans la jurisprudence. Les particuliers ont tenté d'invoquer ses dispositions dans les litiges qui les opposaient aux institutions et le Tribunal de première instance a fait référence à ce texte en 2001 déjà,²⁰ puis a précisé que celui-ci lui servait de source d'inspiration.²¹ La Cour de justice a été plus prudente et s'y est référée pour la première fois en 2006 dans l'arrêt *Parlement c. Conseil*.²² Elle a souligné que même si la Charte ne constitue pas un instrument juridique contraignant, le législateur communautaire avait cependant entendu en reconnaître l'importance en affirmant dans les premiers considérants de la directive relative au droit au regroupement familial, en cause dans l'affaire, que celle-ci respectait les droits garantis par l'article 8 CEDH, mais également par la charte.²³

L'incorporation de la Charte des droits fondamentaux dans la partie II du traité établissant une Constitution pour l'Europe d'octobre 2004 lui aurait reconnu un statut constitutionnel au sein de l'ordre juridique de l'Union et lui aurait attribué une force contraignante. Le projet de traité modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne sur lequel les Etats membres, tel qu'issu de la réunion du Conseil européen des 18 et 19 octobre 2007, lui attribue la même valeur juridique que les traités, même si elle n'y est pas formellement intégrée. Elle aurait donc une portée contraignante, sauf à l'égard du Royaume-Uni, lequel obtient une dérogation.²⁴ En tous les cas, l'essentiel serait sauvegardé puisque la Charte aurait la même valeur que les traités, même si son texte n'est pas incorporé dans le nouveau traité. On regrettera toutefois la complexité de la solution juridique ainsi trouvée.

Le nouvel article 6 du projet de traité modificatif prévoit également l'adhésion de l'Union à la CEDH, mais précise que cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont modifiées dans les traités (article 6, paragraphe 2 nouveau). La perspective d'une adhésion de l'Union à la CEDH a déjà été prise en compte par le Conseil de l'Europe, puisqu'elle a fait l'objet du

¹⁹ CJCE, avis 2/94 du 28 mars 1996, Rec. 1996, p. I-1759, point 33.

²⁰ TPI, arrêt *Mannesmannröhren-Werke c. Commission* du 20 février 2001, aff. T-112/98, Rec. 2001, p. II-729, point 76.

²¹ TPI, arrêt *Pyres c. Commission* du 15 février 2005, aff. T-256/01, Rec. 2005 (FP), p. II-99, point 66.

²² CJCE, arrêt *Parlement c. Conseil* du 27 juin 2006, aff. C-540/03, Rec. 2006, p. I-5769.

²³ Même arrêt, point 38.

²⁴ Voir nos commentaires sous note 5.

protocole 14 à la CEDH,²⁵ lequel ajoute un paragraphe 2 à l'article 59 CEDH, aux termes duquel l'Union européenne peut adhérer à la CEDH. Ce protocole n'est toutefois pas encore en vigueur.

En l'état actuel, le respect des droits de l'homme consacré par les juridictions communautaires s'impose aux institutions communautaires. La Cour de justice a souligné que le respect de tels droits constitue une condition de la légalité des actes communautaires.²⁶ Ce respect s'impose aussi aux autorités nationales lorsqu'elles mettent en œuvre une réglementation communautaire,²⁷ lorsqu'elles sont appelées à collaborer ou à coopérer avec des institutions communautaires, suite notamment à une demande d'assistance formulée par la Commission européenne²⁸ ou encore lorsqu'elles agissent plus généralement dans le champ d'application du droit communautaire.²⁹

II. Les droits de l'homme concourant à l'interdiction des entraves aux libertés de circulation

Dans le cadre de la protection jurisprudentielle garantie par la Cour de justice, de nombreux arrêts ont permis de mettre en évidence la fonction des droits de l'homme concourant à la réalisation des libertés fondamentales du marché intérieur. Au sein de cette jurisprudence abondante, on a choisi trois arrêts, rendus à plusieurs années d'intervalles, pour illustrer cette relation : l'arrêt *Cinéthèque* de 1985 en matière de libre circulation des marchandises,³⁰ l'arrêt *ERT* de 1991

²⁵ Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention, <conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Word/194.doc>.

²⁶ CJCE, *avis 2/94* du 28 mars 1996, Rec. 1996, p. I-1759, point 34 ; CJCE, arrêt *Grant* du 17 février 1998, aff. C-249/96, Rec. 1998, p. I-621, point 45 ; CJCE, arrêt *Rinke* du 9 septembre 2003, aff. C-25/02, Rec. 2003, p. I-8349, point 26.

²⁷ CJCE, arrêt *Wachauf* du 13 juillet 1989, aff. 5/88, Rec. 1989, p. 2609, point 19 ; CJCE, arrêt *Bostock* du 24 mars 1994, aff. C-2/92, Rec. 1994, p. I-955, point 16 ; CJCE arrêt *Duff* e.a. du 15 février 1996, Rec. 1996, p. I-569, point 29 ; CJCE, arrêt *EARL de Kerlast* du 17 avril 1997, aff. C-15/95, Rec. 1997, p. I-1961, point 36 ; TPI, arrêt *Esso Española c. Commission* du 14 mai 1998, aff. T-348/94, Rec. 1998, p. II-1875, point 55 ; CJCE, arrêt *Parlement c. Conseil* du 27 juin 2006, aff. C-540/03, Rec. 2006, p. I-5769, point 105.

²⁸ CJCE, arrêt *Roquette Frères* du 22 octobre 2002, aff. C-94/00, Rec. 2002, p. I-9011, point 28.

²⁹ CJCE, arrêt *ERT* du 18 juin 1991, aff. C-260/89, Rec. 1991, p. I-2925, point 42 ; CJCE, arrêt *Familiapress*, du 26 juin 1997, aff. C-368/95, Rec. 1997 p. I-3689, point 24 ; CJCE, arrêt *Rodriguez Caballero* du 12 décembre 2002, aff. C-442/00, Rec. 2002, p. I-11915, point 31. Pour une analyse récente et détaillée de la protection des droits de l'homme dans l'Union européenne, voir FABRICE PICOD, *Droit de l'Union européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Jurisclasseur Libertés, fascicule n° 120, Lexisnexus 2007.

³⁰ CJCE, arrêt *Cinéthèque* du 11 juillet 1985, aff. jtes 60 et 61/84, Rec. 1985, p. 2605.

en matière de libre prestation de services³¹ et l'arrêt *Carpenter* de 2002 en matière de libre circulation des personnes.³²

A. En matière de libre circulation des marchandises

Dans l'arrêt *Cinéthèque* de 1985,³³ la législation française sur la communication audiovisuelle prévoyait qu'aucune œuvre cinématographique exploitée dans les salles de cinéma ne pouvait faire l'objet d'une exploitation simultanée sous forme de vidéocassettes avant l'expiration d'un certain délai qui devait être fixé par un décret. C'est à la suite d'une saisie de supports vidéos de deux films qu'une question préjudicielle a été posée à la Cour de justice en vue de déterminer si les dispositions du traité CE en matière de libre circulation des marchandises étaient pertinentes pour apprécier la compatibilité de la législation française avec le droit communautaire.

Après avoir observé que la réglementation française s'appliquait indistinctement aux vidéocassettes fabriquées sur le territoire national et aux vidéocassettes importées des autres Etats membres, la Cour de justice a jugé que les entraves éventuelles aux échanges intracommunautaires que l'application de cette législation pouvait provoquer n'allaient pas au-delà de ce qui était nécessaire pour assurer, pendant une période initiale, la priorité à l'exploitation en salles des œuvres cinématographiques.³⁴ Les sociétés requérantes avaient soulevé la question de savoir si la législation française en cause ne violait pas la liberté d'expression telle que reconnue par l'article 10 CEDH et si elle n'était pas, de ce fait, incompatible avec le droit communautaire.³⁵ Même si la Cour de justice ne s'est pas prononcée sur ce point, puisqu'il ne lui appartient pas d'examiner la compatibilité avec la CEDH, d'une législation nationale qui se situerait dans un domaine qui relève de l'appréciation du seul législateur national,³⁶ la liberté d'expression consacrée par l'article 10 CEDH était invoquée en vue de concourir à la réalisation de la libre circulation des vidéocassettes. Cet arrêt constitue une illustration de la relation classique entre les droits de l'homme et, en l'occurrence, la libre circulation des marchandises et met en évidence la complémentarité entre ces droits et libertés, qui font cause commune en vue de la réalisation du marché intérieur.

³¹ CJCE, arrêt *ERT* du 18 juin 1991, aff. C-260/89, Rec. 1991, p. I-2925.

³² CJCE, arrêt *Carpenter* du 11 juillet 2002, aff. C-60/00, Rec. 2002, p. I-6279.

³³ CJCE, arrêt *Cinéthèque* du 11 juillet 1985, aff. jtes 60 et 61/84, Rec. 1985, p. 2605, point 26.

³⁴ CJCE, arrêt *Cinéthèque* du 11 juillet 1985, aff. jtes 60 et 61/84, Rec. 1985, p. 2605, point 24.

³⁵ Même arrêt, point 25.

³⁶ Même arrêt, point 26.

B. En matière de libre prestation de services

L'arrêt *ERT* de 1991 concernait l'octroi par les autorités grecques de droits exclusifs en matière de télévision à une entreprise spécifique, lesquels constituaient clairement un monopole, entrant en conflit avec la libre prestation de services consacrée par l'article 49 CE et, que le gouvernement grec justifiait sur la base des exceptions d'ordre public, sécurité publique et santé publique, telles qu'elles résultent de la lecture combinée des articles 46 et 55 CE. La question du respect de l'article 10 CEDH avait été également posée.

La Cour de justice a considéré que l'article 49 CE s'opposait à la réglementation nationale, qui, de surcroît, ne pouvait être justifiée sur la base des exceptions inscrites dans le traité.³⁷ S'agissant de l'application de l'article 10 CEDH, la Cour a mentionné son arrêt *Wachauf* de 1989, selon lequel ne sauraient être admises dans la Communauté européenne des mesures incompatibles avec le respect des droits de l'homme.³⁸ Elle s'est également référée à sa propre jurisprudence pour souligner qu'elle ne pouvait apprécier, au regard de la CEDH, une réglementation nationale qui ne se situait pas dans le cadre du droit communautaire, mais qu'en revanche, dès qu'une réglementation entrait dans le champ d'application du droit communautaire, elle devait fournir tous les éléments d'interprétation nécessaires à l'appréciation de la conformité de ladite réglementation avec les droits fondamentaux dont la Cour assure le respect, tels qu'ils résultent en particulier de la CEDH.³⁹ Ainsi, lorsqu'un Etat membre invoque les dispositions combinées des articles 46 et 55 pour justifier une réglementation qui est de nature à entraver l'exercice de la libre prestation des services, cette justification, prévue par le droit communautaire, doit être interprétée à la lumière des principes généraux du droit et notamment des droits de l'homme. Cela signifie que la réglementation nationale ne peut bénéficier des exceptions prévues par lesdites dispositions que si elle est conforme aux droits fondamentaux dont la Cour assure le respect.⁴⁰

³⁷ CJCE, arrêt *ERT* du 18 juin 1991, aff. C-260/89, Rec. 1991, p. I-2925, points 19 à 26.

³⁸ CJCE, arrêt *Wachauf* du 13 juillet 1989, aff. 5/88, Rec. 1989, p. 2609, point 19 ; CJCE arrêt *ERT* du 18 juin 1991, aff. C-260/89, Rec. 1991, p. I-2925, point 41.

³⁹ CJCE, arrêt *ERT* du 18 juin 1991, aff. C-260/89, Rec. 1991, p. I-2925, point 42 ; CJCE, arrêt *Cinéthèque* du 11 juillet 1985, aff. jtes 60 et 61/84, Rec. 1985, p. 2605, point 26 ; CJCE, arrêt *Demirel* du 30 septembre 1987, aff. 12/86, Rec. 1987, p. 3719, point 28.

⁴⁰ CJCE, arrêt *ERT* du 18 juin 1991, aff. C-260/89, Rec. 1991, point 43. Voir aussi, dans le même sens, CJCE arrêt *Familiapress* du 26 juin 1997, aff. C-368/95, Rec. 1997, p. I-3689, point 24 ; CJCE, arrêt *Carpenter* du 11 juillet 2002, aff. C-60/00, Rec. 2002, p. I-6279, point 40 ; CJCE, *Orfanopoulos et Oliveri* du 29 avril 2004, aff. jtes C-482/01 et C-493/01, Rec. 2004, p. I-5257, point 97 ; CJCE, arrêt *Commission c/Allemagne* du 27 avril 2006, aff. C-441/02, Rec. 2006, p. I-3449, point 108.

C. En matière de libre circulation des personnes

Dans l'arrêt *Carpenter* de 2002,⁴¹ une Philippine, épouse d'un ressortissant britannique, demandait une autorisation de séjour au Royaume-Uni en tant que conjoint d'un ressortissant de cet Etat membre. Sa demande a été rejetée et une décision d'expulsion a été prise à son égard. La personne concernée, Mme Carpenter, faisait valoir que les autorités britanniques n'avaient pas le pouvoir de l'expulser parce qu'elle bénéficiait d'un droit de séjour au Royaume-Uni en vertu du droit communautaire. Elle a soutenu que son mari devait, pour les besoins de son entreprise, se déplacer sur le territoire d'autres Etats membres pour fournir et recevoir des services, et qu'il pouvait le faire plus facilement depuis qu'elle s'occupait des enfants de celui-ci, nés d'une première union, de sorte que son expulsion restreindrait le droit de son mari à effectuer et à recevoir des prestations de services.

La Cour de justice a admis que la séparation des époux Carpenter nuirait à la vie familiale, telle que protégée par l'article 8 CEDH et, partant, aux conditions de l'exercice d'une liberté fondamentale par M. Carpenter. Cette liberté ne pourrait pas produire son plein effet si M. Carpenter était empêché de l'exercer par les obstacles mis, dans son pays d'origine, à l'entrée et au séjour de son conjoint.⁴² La Cour a ajouté qu'un Etat membre ne peut invoquer des motifs d'intérêt général pour justifier une mesure nationale qui serait de nature à entraver l'exercice de la libre prestation des services que lorsque cette mesure est conforme aux droits fondamentaux dont elle assure le respect.⁴³ La décision d'expulsion de Mme Carpenter constituait donc une ingérence dans l'exercice par M. Carpenter de son droit au respect de sa vie familiale au sens de l'article 8 CEDH, lequel fait partie des droits fondamentaux qui, selon une jurisprudence bien établie de la Cour, sont protégés dans l'ordre juridique communautaire.⁴⁴

Même si la CEDH ne garantit pas un droit pour un étranger d'entrer ou de résider sur le territoire d'un Etat déterminé, exclure une personne d'un Etat où vivent ses parents proches peut constituer une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale. Pareille ingérence enfreint la CEDH si elle ne remplit pas les exigences du paragraphe 2 de l'article 8, à savoir si elle n'est pas « prévue par la loi », inspirée par un ou plusieurs buts légitimes au regard dudit paragraphe

⁴¹ CJCE, arrêt *Carpenter* du 11 juillet 2002, aff. C-60/00, Rec. 2002, p. I-6279.

⁴² Même arrêt, point 39.

⁴³ CJCE, arrêt *Carpenter* du 11 juillet 2002, aff. C-60/00, Rec. 2002, p. I-6279, point 40 ; CJCE, arrêt *ERT* du 18 juin 1991, aff. C-260/89, Rec. 1991, p. I-2925, point 43 ; CJCE, arrêt *Familiapress* du 26 juin 1997, aff. C-368/95, Rec. 1997, p. I-3689, point 24 ; CJCE, arrêt *Carpenter*, du 11 juillet 2002, aff. C-60/00, Rec. 2002, p. I-6279, point 40 ; CJCE, arrêt *Orfanopoulos et Oliveri* du 29 avril 2004, aff. jtes C-482/01 et C-493/01, Rec. 2004, p. I-5257, point 97 ; CJCE, arrêt *Commission c. Allemagne*, du 27 avril 2006, aff. C-441/02, Rec. 2006, p. I-3449, point 108.

⁴⁴ CJCE, arrêt *Carpenter* du 11 juillet 2002, aff. C-60/00, Rec. 2002, p. I-6279, point 41.

et « nécessaire, dans une société démocratique », c'est-à-dire justifiée par un besoin social impérieux et, notamment, proportionnée au but légitime poursuivi.⁴⁵ La décision d'expulsion à l'égard de Mme Carpenter, dans ces circonstances, ne respectait pas un juste équilibre entre les intérêts en présence, à savoir, le droit de M. Carpenter au respect de sa vie familiale, d'une part, et la défense de l'ordre public et de la sécurité publique, d'autre part.⁴⁶ En d'autres termes, la restriction à la libre prestation de services que l'Etat membre entendait justifier sur la base de motifs d'intérêt général a été considérée comme disproportionnée par rapport à l'interférence avec le droit de respect de la vie familiale de l'article 8 CEDH.⁴⁷ Cette disposition de la CEDH est venue renforcer le droit de M. Carpenter de prester des services dans d'autres Etats membres de l'Union européenne.

III. Les droits de l'homme justifiant les entraves à la libre circulation

Outre les arrêts qui concourent à la réalisation des libertés de circulation du marché intérieur, dans lesquels les droits de l'homme font cause commune avec les libertés fondamentales en vue d'interdire les entraves à l'une ou l'autre de ces libertés, deux arrêts relativement récents, *Schmidberger* et *Omega*, ont soulevé la question de la faculté des Etats membres d'invoquer les droits de l'homme en vue de justifier une entrave à la réalisation d'une liberté de circulation.

A. En matière de libre circulation des marchandises

Dans l'arrêt *Schmidberger* de 2003, l'entreprise de transport allemande avait introduit un recours devant une juridiction autrichienne pour obtenir des dommages et intérêts de la part du gouvernement autrichien, car certains de ses camions avaient été mis dans l'impossibilité de transiter sur l'autoroute du Brenner pendant quatre jours consécutifs en raison d'une manifestation organisée par une association de protection de l'environnement, et autorisée par les autorités autrichiennes en vue de sensibiliser le public aux problèmes de pollution dans la région montagneuse en cause.

⁴⁵ Même arrêt, point 42. Voir notamment, Cour EDH, arrêt *Boutif c. Suisse* du 2 août 2001, Recueil des arrêts et décisions 2001-IX, points 39, 41 et 46. Pour des observations sur cet arrêt, voir notamment HANSPETER MOCK, « Selon que vous serez marié ou misérable ... », *Eloignement des étrangers délinquants : Le mariage, une meilleure garantie que l'intégration contre la « double peine » ?*, Revue trimestrielle des droits de l'homme 2002, p. 483-495.

⁴⁶ CJCE, arrêt *Carpenter* du 11 juillet 2002, aff. C-60/00, Rec. 2002, p. I-6279, point 43.

⁴⁷ Même arrêt, point 45.

Cette affaire soulevait deux problèmes distincts : il fallait, d'une part, déterminer si la fermeture complète de l'autoroute du Brenner pouvait être considérée comme constitutive d'une entrave à la libre circulation des marchandises et donc comme une violation du droit communautaire imputable au gouvernement autrichien, et il convenait, d'autre part, d'établir si cette éventuelle violation pouvait être considérée comme « suffisamment caractérisée » pour engager la responsabilité de l'Etat au sens de l'arrêt *Brasserie du pêcheur* de 1996.⁴⁸

La Cour de justice a consacré de longs développements à l'importance du principe de libre circulation dans la Communauté européenne et à sa mise en œuvre. Elle a mentionné les dispositions pertinentes du traité CE et rappelé la notion d'entrave au sens de l'arrêt *Dassonville* de 1974, selon laquelle sont des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative toutes les entraves directes ou indirectes, actuelles ou potentielles qui ont un effet sur les échanges intracommunautaires.⁴⁹ Elle a souligné qu'une entrave n'est pas seulement constituée par une mesure d'origine étatique qui crée une restriction au commerce entre les Etats membres mais aussi par le fait qu'un Etat membre s'abstient de prendre les mesures requises pour empêcher que ne se créent des entraves à la libre circulation des marchandises dues à des causes qui ne sont pas d'origine étatique. Elle fait référence à l'arrêt *Commission c. France* de 1997 relatif aux fraises dans lequel il était aussi question d'une manifestation d'individus.⁵⁰ Aussi, conformément au principe de libre circulation, les Etats membres doivent non seulement ne pas adopter des actes et des comportements susceptibles de constituer un obstacle aux échanges mais aussi prendre toutes les mesures nécessaires et appropriées pour assurer sur leur territoire le respect de la liberté fondamentale.⁵¹

La Cour a observé qu'une entrave peut aussi bien porter sur le flux d'importation, d'exportation, que de transit des marchandises. Le fait pour l'Autriche de ne pas avoir interdit le rassemblement qui provoquait le blocage total pendant près de 30 heures d'un axe routier important pour le transit était de nature à restreindre le commerce intracommunautaire des marchandises et devait être considéré comme constituant une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative incompatible avec les articles 28 et 29 CE, lus en combinaison avec l'article 10 CE.

Il restait toutefois à savoir si cette entrave pouvait être justifiée par une des raisons visées à l'article 30 CE ou par une exigence impérative d'intérêt général au sens de la jurisprudence *Cassis de Dijon*.⁵² Il y avait lieu de tenir compte de

⁴⁸ CJCE, arrêt *Brasserie du pêcheur*, du 5 mars 1996, aff. jtes C-46/93 et 48/93, Rec. 1996, p. 1029.

⁴⁹ CJCE, arrêt *Dassonville* du 11 juillet 1974, aff. 8/74, Rec. 1974, p. 837.

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

⁵¹ CJCE, arrêt *Schmidberger* du 12 juin 2003, aff. C-112/00, Rec. 2003, p. I-5659, points 57 à 59.

⁵² CJCE, arrêt *Rewe-Zentral (Cassis de Dijon)* du 20 février 1979, aff. 120/78, Rec. 1979, p. 649.

l'objectif poursuivi par les autorités nationales et non de celui, spécifique, de la manifestation, pour déterminer si le respect des droits fondamentaux, comme la liberté d'expression et de réunion, pouvait justifier une exception à la libre circulation des marchandises. C'est dans ces circonstances qu'un Etat membre a, pour la première fois, invoqué directement une « exigence impérative » de protection des droits de l'homme⁵³ en vue de justifier les limitations apportées à l'exercice d'une liberté fondamentale garantie par le traité.

La Cour a rappelé les principes applicables en matière de protection des droits de l'homme dans l'ordre juridique communautaire et la signification particulière réservée à la CEDH. Elle a souligné que la protection du respect des droits fondamentaux constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le traité CE telle que la libre circulation des marchandises.

Cet arrêt a soulevé la question délicate de la conciliation nécessaire des exigences de la protection des droits de l'homme dans la Communauté avec celles découlant d'une liberté fondamentale consacrée par le traité CE, et plus particulièrement la question de la portée respective des libertés d'expression et de réunion, consacrées par les articles 10 et 11 CEDH, et de la libre circulation des marchandises, lorsque les premières sont invoquées en tant que justification d'une entrave à la seconde.⁵⁴ Afin d'aborder cette question, la Cour a considéré que les divers droits en présence (aussi bien ceux de la CEDH que ceux du traité CE) étaient des droits auxquels on pouvait déroger et donc susceptibles de faire l'objet de certaines limitations justifiées par des objectifs d'intérêt général pour autant qu'elles ne constituent pas, compte tenu du but poursuivi par de telles restrictions, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même des droits protégés.⁵⁵ Dans ces conditions, la Cour a admis qu'elle pouvait recourir à la technique de la balance des intérêts pour contrôler le respect d'un juste équilibre entre les libertés de circulation et la protection des droits de l'homme.⁵⁶ Elle a jugé que les autorités nationales disposaient d'un large pouvoir d'appréciation dans l'évaluation des restrictions à la liberté d'expression et de réunion, mais encore faut-il que les limitations apportées au principe de la libre circulation des marchandises soient proportionnées au regard du but légitime constitué par la protection des droits de l'homme. Après un

⁵³ L'expression est utilisée par ANNE RIGAUX et DENYS SIMON, *Entraves résultant d'actes de particuliers*, Europe 2003, août-septembre n° 272, p. 15-16, p. 15.

⁵⁴ CJCE, arrêt *Schmidberger* du 12 juin 2003, aff. C-112/00, Rec. 2003, p. I-5659, point 77.

⁵⁵ Même arrêt, points 79 et 80. Voir aussi dans le même sens, CJCE, arrêt *Commission c. Allemagne* du 8 avril 1992, aff. C-62/90, Rec. 1992, p. I-2575, point 23 et CJCE, arrêt *X. c. Commission* du 5 octobre 1994, aff. C-404/92 P, Rec. 1994, p. I-4737, point 18.

⁵⁶ CJCE, arrêt *Schmidberger* du 12 juin 2003, aff. C-112/00, Rec. 2003, p. I-5659, point 81.

examen détaillé des faits, elle a constaté que les autorités nationales n'avaient pas excédé le large pouvoir d'appréciation qu'elles détenaient et qu'il leur était difficile de prévoir une mesure de nature à protéger davantage la libre circulation sans porter atteinte à l'exercice des droits de l'homme concernés. Il n'y avait donc pas d'infraction à l'article 28 CE.

Il apparaît clairement que la Cour de justice n'a opéré aucune hiérarchisation des normes. Les droits de l'homme et les libertés de circulation sont sur un pied d'égalité. Elle a commencé son raisonnement par constater l'existence d'une entrave à la libre circulation des marchandises, puis analysé la justification avancée par le gouvernement autrichien : la liberté d'expression et de réunion des articles 10 et 11 CEDH. La Cour n'a pas entendu classer les droits de l'homme dans les catégories connues des justifications aux restrictions à la libre circulation des marchandises de l'article 30 CE ou des exigences impératives au sens de l'arrêt *Cassis de Dijon*. Considérant que les articles 10 et 11 CEDH n'étaient pas des droits intangibles, qu'il en était de même des dispositions en cause du traité CE, elle a procédé à une mise en balance de normes de même valeur. Cette approche est conçue comme la voie d'une conciliation possible entre deux catégories de droits qui se trouvaient face à face.⁵⁷ Le principe de proportionnalité y a joué un rôle fondamental puisque la Cour ne sanctionne l'Etat que si les restrictions à une liberté fondamentale du traité CE dépassent ce qui est nécessaire pour assurer la protection d'un droit fondamental.⁵⁸

⁵⁷ Voir dans le même sens, JEAN-PAUL JACQUÉ, *Protection nationale des droits fondamentaux et libertés fondamentales communautaires : conflit ou conciliation*, L'Europe des libertés, juin 2005, n° 16.

⁵⁸ VASSILIOS SKOURIS, *L'interaction entre les libertés fondamentales et les libertés publiques en droit communautaire*, in *Mélanges en l'honneur de Ph. Léger, Le droit à la mesure de l'homme*, Paris 2006, p. 498-506, p. 503. De nombreuses études ont été écrites sur l'arrêt *Schmidberger*, voir notamment CLAIRE VIAL, *Libre circulation des marchandises et protection des droits fondamentaux : à la recherche d'un équilibre*, Revue trimestrielle des droits de l'homme 2004, p. 439-459 ; ANDREA BIONDI, *Free Trade, a Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedoms and Fundamental Rights*, European Human Rights Review 2004, p. 51-61 ; CHRISTOPHER BROWN, *Case-note : Schmidberger*, Common Market Law Review 2003, p. 1499-1510 ; IMOLA STREHO, *Commentaire de l'arrêt Schmidberger*, Revue des Affaires européennes 2003-2004/1, p. 133-137 ; STEFAN KADELBACH et NIELS PETERSEN, *Europäische Grundrechte als Schranken der Grundfreiheiten*, Europäische Grundrechte-Zeitschrift 2003, p. 693-698. D'autres études portent aussi bien sur cet arrêt que sur l'arrêt *Omega*, voir notamment VASSILIOS SKOURIS, *Fundamental Rights and Fundamental Freedoms: The Challenge of Striking a Delicate Balance*, European Business Law Review 2006, p. 225-239 ; ALBERTO ALEMANNI, *A la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur. Quelques réflexions à propos des arrêts Schmidberger et Omega*, Revue du droit de l'Union européenne 4/2004, p. 711-751 ; CONSTANTINOS KOMBOS, *Fundamental Rights and Fundamental Freedoms: A symbiosis on the Basis of Subsidiarity*, European Public Law, 2006, p. 433-460 ; JOHN MORIIN, *Balancing Fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law: Schmidberger and Omega in the Light of the European Constitution*, European Law Journal 2006, p. 15-40.

B. En matière de libre prestation de services

L'arrêt *Omega* de 2004⁵⁹ s'inscrit dans la ligne jurisprudentielle de *Schmidberger*. Il concerne les entraves à la libre prestation des services et à la libre circulation des marchandises et la question de savoir si elles peuvent être justifiées sur le fondement de la protection de la dignité humaine, telle qu'énoncée par la constitution nationale allemande.

La mesure nationale en cause était un arrêté interdisant l'organisation de jeux qui ont pour objet de tirer sur des cibles humaines car une telle activité constitue un danger pour l'ordre public. La société *Omega* qui exploitait une telle installation de jeux à Bonn a contesté cette interdiction car elle l'estimait contraire à la libre prestation de services. La société se fournissait en matériel auprès d'une société britannique dans le cadre d'un contrat de franchisage. La Cour de justice a considéré que l'aspect de la libre prestation des services prévalait sur celui de la libre circulation des marchandises et s'est limitée à examiner la compatibilité de la mesure nationale au regard uniquement des dispositions des articles 49 et suivants du traité CE.⁶⁰

La Cour de justice a rappelé que la possibilité pour un Etat membre de se prévaloir de la menace à l'ordre public, dérogation prévue par le traité CE à l'article 46, applicable en la matière en vertu de l'article 55 CE, n'empêchait pas le contrôle juridictionnel des mesures d'application de cette dérogation. Toutefois, la notion d'ordre public dans le contexte communautaire et, notamment en tant que justification d'une dérogation à la liberté fondamentale de prestation de services devait être entendue strictement, de sorte que sa portée ne saurait être déterminée unilatéralement par chacun des Etats membres sans contrôle des institutions de la Communauté.⁶¹ L'ordre public ne pouvait être invoqué qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société.⁶² Toutefois, les circonstances spécifiques qui pourraient justifier d'avoir recours à la notion d'ordre public pouvaient varier d'un pays à l'autre et d'une époque à l'autre. Il a été admis que les autorités nationales disposaient d'une marge d'appréciation dans les limites imposées par le traité.⁶³

⁵⁹ CJCE, arrêt *Omega* du 14 octobre 2004, aff. C-36/02, Rec. 2004, p. I-9609. Pour des études portant uniquement sur l'arrêt *Omega*, voir notamment IMOLA STREHO, *Commentaire de l'arrêt Omega*, Revue des Affaires européennes 2003–2004/4, p. 681–685 ; THOMAS ACKERMANN, *Case-note: Omega*, Common Market Law Review 2005, p. 1107–1120. Pour des études portant aussi bien sur cet arrêt que sur l'arrêt *Schmidberger*, voir les références mentionnées *supra* (note 58).

⁶⁰ CJCE, arrêt *Omega* du 14 octobre 2004, aff. C-36/02, Rec. 2004, p. I-9609, points 26 et 27.

⁶¹ Voir, par analogie avec la libre circulation des travailleurs, CJCE, arrêt *Van Duyn* du 4 décembre 1974, aff. 41/74, Rec. 1974, p. 1337, point 18 et CJCE, arrêt *Bouchereau* du 22 octobre 1977, aff. 30/77, Rec. 1977, p. 1999, point 33.

⁶² CJCE, arrêt *Eglise de scientologie* du 14 mars 2000, aff. C-54/99, Rec. 2000, p. 1335, point 17.

⁶³ CJCE, arrêt *Omega* du 14 octobre 2004, aff. C-36/02, Rec. 2004, p. I-9609, point 31.

L'activité concernée par l'arrêt d'interdiction menaçait l'ordre public en raison du fait que, selon la conception prévalant dans l'opinion publique, l'exploitation commerciale de jeux de divertissement simulant des actes homicides portait atteinte à une valeur fondamentale consacrée par la Constitution allemande, la dignité humaine. Après un rappel de sa jurisprudence constante en ce qui concerne les droits de l'homme, la Cour de justice a souligné que l'ordre juridique communautaire tendait indéniablement à assurer le respect de la dignité humaine en tant que principe général du droit. L'objectif de protéger la dignité humaine était dès lors compatible avec le droit communautaire, sans qu'il importe qu'en Allemagne, le principe du respect de la dignité humaine bénéficie d'un statut particulier en tant que droit fondamental autonome.⁶⁴

Le respect des droits de l'homme s'imposant tant à la Communauté qu'à ses Etats membres, la protection desdits droits constituait un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le traité telle que la libre prestation des services.⁶⁵ Toutefois, les mesures restrictives à cette liberté ne pouvaient être justifiées par des motifs liés à l'ordre public que si elles étaient nécessaires pour la protection des intérêts qu'elles visent à garantir et seulement dans la mesure où ces objectifs ne pouvaient être atteints par des mesures moins restrictives.⁶⁶ Il n'était donc pas indispensable que la mesure restrictive édictée par les autorités d'un Etat membre corresponde à une conception partagée par l'ensemble des Etats membres en ce qui concerne les modalités de protection du droit de l'homme ou de l'intérêt légitime en cause. Au contraire, la nécessité et la proportionnalité des dispositions prises en la matière n'étaient pas exclues au seul motif qu'un Etat membre a choisi un système de protection différent de celui adopté par un autre Etat membre.⁶⁷ A cet égard, la Cour s'est référée à la position de la juridiction de renvoi, selon laquelle l'interdiction de l'exploitation commerciale du jeu qui impliquait la simulation d'actes de violence contre les personnes ainsi que des actes de mise à mort d'êtres humains, correspondait au niveau de protection de la dignité humaine que la constitution nationale entendait assurer sur le territoire allemand. Dans ces circonstances, la Cour a jugé que l'arrêt litigieux, en interdisant uniquement la variante du jeu laser qui avait pour objet de tirer sur des cibles humaines et donc de « jouer à tuer » des personnes, n'était pas allé au-delà de ce

⁶⁴ Même arrêt, points 33 et 34.

⁶⁵ Voir CJCE, arrêt *Schmidberger* du 12 juin 2003, aff. C-112/00, Rec. 2003, p. I-5659, point 74.

⁶⁶ Pour la libre circulation des capitaux, voir CJCE, arrêt *Eglise de scientologie* du 14 mars 2000, aff. C-54/99, Rec. 2000, p. I-1335, point 18.

⁶⁷ CJCE, arrêt *Läämä* du 21 septembre 1999, aff. C-124/97, REc. 1999, p. I-6067, point 36 ; CJCE, arrêt *Zenatti* du 21 octobre 1999, aff. C-67/98, Rec. 1999, p. I-7289, point 34 ; CJCE, arrêt *Anomar e.a.* du 11 septembre 2003, aff. C-6/01, Rec. 2003, p. I-8621, point 80.

qui était nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi par les autorités nationales compétentes.

Le droit communautaire ne s'opposait donc pas à ce qu'une activité économique consistant en l'exploitation commerciale de jeux de simulation d'actes homicides fasse l'objet d'une mesure nationale d'interdiction adoptée pour des motifs de protection de l'ordre public en raison du fait que cette activité portait atteinte à la dignité humaine, protégée en tant que principe général de droit, tel que reconnu dans l'arrêt *Pays-Bas c. Conseil* de 2001.⁶⁸

Il ressort de l'arrêt *Omega* que les libertés fondamentales du marché intérieur tolèrent des limitations, lesquelles peuvent être justifiées sur la base de l'exception d'ordre public, dont la menace résultait, en l'occurrence, d'une atteinte à la dignité humaine due à l'exploitation de jeux de divertissement simulant des tirs sur des cibles humaines. Le respect de la dignité humaine a été garanti en tant que principe général de droit communautaire. Il s'agissait donc bien d'un droit de l'homme communautaire et non pas uniquement national ayant son origine dans la Constitution allemande.⁶⁹ La Cour a suivi une démarche similaire à celle développée dans l'arrêt *Schmidberger* en faisant référence aux exceptions pouvant justifier des restrictions aux libertés fondamentales. Toutefois, la notion d'ordre public ne saurait être déterminée unilatéralement par un Etat membre. Elle est en tous les cas interprétée de manière stricte par la Cour de justice. Elle est en outre soumise aux tests de la nécessité et de la proportionnalité, et peut varier d'un Etat membre à l'autre et d'une époque à l'autre. La mise en balance des droits a permis de considérer que l'interdiction allemande était compatible avec les exigences liées à la libre prestation des services.

Conclusion

La protection des droits de l'homme a été développée dans le système de l'Union européenne en tant que principes généraux de droit dont la Cour de justice assure le respect. La prise en compte par la jurisprudence des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres et des indications contenues dans des instruments internationaux de protection des droits de l'homme, et en particulier la CEDH, est significative. L'inscription de la formule jurisprudentielle dans l'article 6 UE a permis un ancrage dans les traités institutifs. Le caractère contraignant de la Charte des droits fondamentaux dans le projet de traité modificatif, malgré la dérogation obtenue par le Royaume-Uni, contri-

⁶⁸ CJCE, arrêt *Pays-Bas c. Conseil* du 9 octobre 2001, aff. C-377/98, Rec. 2001, p. I-7079, point 70.

⁶⁹ SKOURIS, *L'interaction entre les libertés fondamentales et les libertés publiques*, cité note 58, p. 504.

buera à une meilleure protection de ces droits dans l'Union européenne. Enfin, l'adhésion à la CEDH rendra possible, après l'épuisement des voies de recours internes, le contrôle des actions des institutions par la Cour européenne des droits de l'homme.

La classification de telle ou telle affaire, impliquant l'invocation des droits de l'homme, dans l'une des deux catégories définies dans la présente contribution n'est pas toujours aisée. Certaines peuvent en effet constituer des illustrations des deux cas de figure. L'arrêt *Grogan* de 1991 en est un exemple.⁷⁰ Il mettait en conflit la liberté d'expression des étudiants qui faisaient de la publicité en faveur des cliniques pratiquant l'avortement au Royaume-Uni et le droit à la vie de l'enfant à naître. La liberté d'expression était invoquée pour concourir à l'interdiction de l'entrave à la libre prestation des services et le droit à la vie de l'enfant à naître en vue de justifier l'entrave à cette même liberté. Dans une même affaire, deux droits de l'homme sont invoqués face à face : l'un pour interdire l'entrave à la liberté de circulation, l'autre pour la justifier.

Dans les cas où les droits de l'homme sont invoqués en tant que justification aux entraves aux libertés de circulation, la Cour de justice n'a opéré aucune hiérarchie entre les droits de l'homme et les libertés de circulation. La protection des droits de l'homme est considérée comme « un intérêt public légitime » susceptible de justifier, en principe, une restriction des obligations imposées par le droit communautaire. Il convient donc de rechercher le juste équilibre en mettant en balance, de manière neutre, les droits en présence. Dans les arrêts *Schmidberger* et *Omega*, la pondération des intérêts a fait prévaloir la protection des droits de l'homme sur la réalisation des libertés de circulation des marchandises et des services, mais cette solution est liée aux circonstances des affaires en cause. L'examen de la proportionnalité joue un rôle central dans cette appréciation et permet de décider, au cas par cas, sur la base des circonstances de fait de chaque affaire, du respect ou non des règles de droit communautaire et, au final, de la prééminence d'une catégorie de droits sur l'autre.

⁷⁰ CJCE, arrêt *Grogan* du 4 octobre 1991, aff. C-1991, Rec. 1991, p. I-4685.