

II.2. Le législateur, les droits et les libertés

62. La Constitution, la Convention EDH et le TFUE accordent des droits et libertés aux bénéficiaires qu'ils désignent.

La réalisation, la limitation et l'exercice de ces droits et libertés sont intrinsèquement associés à l'existence et au (bon) fonctionnement d'assemblées législatives, issues d'élections démocratiques.

Il résulte de plusieurs dispositions de la Constitution que la mise en œuvre des droits et libertés dépend d'une initiative législative. Il en est ainsi dans le cadre de l'interdiction de discrimination (article 11), de l'égalité des hommes et des femmes (article 11 bis), des droits de l'enfant (article 22bis), du droit à la dignité humaine (article 23), du droit à l'enseignement (article 24), du secret des lettres (article 29).

De façon similaire, la Convention EDH et le TFUE confient aux législateurs des Etats-membres la réalisation des droits et libertés qu'ils accordent. La Cour EDH a par ailleurs vu le jour "afin d'assurer le respect des engagements par les Hautes Parties contractantes de la (...) Convention".^{2/33}

La Convention EDH désigne le législateur comme l'autorité publique qui est habilitée à restreindre l'exercice des droits et libertés, comme il résulte de ses articles 10, 12, 15, 16, 19, 21, 22, 24, 26, 29, 30 et 32.

L'octroi des droits et libertés est un bon début, mais ils restent lettre morte et leur exercice restera une dangereuse entreprise pour la majorité des titulaires aussi longtemps que le législateur n'a pas organisé leur réalisation et leur restriction.

Dans l'attente de cette intervention, chaque titulaire (h/f/x) exercera ses droits et libertés à ses risques et périls. Il estimera sans doute que ses actes et comportements s'appuient sur ses droits et libertés, mais d'autres risquent d'invoquer qu'il méconnaît de ce fait leurs droits et libertés.

Ces titulaires auront beaucoup de difficultés à se sortir de ces contestations malgré leurs droits et libertés théoriques. Il est, dans ces conditions, à craindre que les titulaires les plus forts feront vite la loi et la morale aux moins forts.

Une autorité publique, qui représente le vivre ensemble, et un cadre précis qui guide ses interventions sont dès lors indispensables à la réalisation et à la restriction de l'exercice des droits et libertés.

^{2/33} Article 19 Convention EDH ; dans le même sens les articles 5, 6, 7, 8.1, 9.1, 10.1, 11.1, 12 et 13, ainsi que les articles 1 et 2 du PPA.

Désignée par la Constitution, l'identité de cette autorité publique ne fait aucun doute : il s'agit du législateur. La Constitution détermine par ailleurs le cadre de fonctionnement du législateur : il s'agit des principes, finalité et règles de fonctionnement démocratiques.

63. Les interactions entre les personnes qui se trouvent sous l'autorité du législateur démocratique, font que la réalisation et la restriction de l'exercice de leurs droits et libertés est une entreprise d'une complexité exceptionnelle.

Les électeurs attendent du législateur qu'il leur permet d'exercer leurs droits et libertés comme ils le souhaitent, que leurs conditions de vie s'améliorent et sont les meilleures possible, comparables dès lors à celles des autres.

Ce tour de force ne peut être réussi qu'en entourant la réalisation et l'exercice des droits et libertés de nombreuses restrictions.

Il n'existe dès lors, en règle, aucun droit ou liberté illimité ou absolu. Les restrictions sont inhérentes à la nature même des droits et libertés, même s'ils sont la cause, l'objet et les instruments du vivre ensemble démocratique.

Il ne faut pas chercher midi à quatorze heures : le titulaire et (l'exercice de) ses droits et libertés sont manifestement subordonnés au vivre ensemble démocratique, qui détermine ainsi les conditions de vie qui sont accessibles à chaque titulaire par l'exercice des droits et libertés, que le législateur réalise et limite.

La restriction est justifiée quand elle est compatible avec les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques. Dans ce cas, elle contribue à l'existence et au développement de la société véritablement démocratique, souhaitée par la Constitution.

La Convention EDH, le TFUE et la Charte 2^{/34} sont plus dirigistes que la Constitution.

Comme la Constitution, ils prévoient que les Etats-membres restreignent les droits et libertés à l'intervention de leurs législateurs, mais ils vont plus loin et précisent les restrictions dont l'exercice d'un droit ou d'une liberté peut faire l'objet.

Dans la Convention EDH et dans le TFUE ces restrictions sont déterminées au cas par cas, au contraire de la Charte qui introduit un régime général de restrictions, applicable à l'ensemble des droits et libertés.

2^{/34} La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

II.2.1. La Convention EDH

- 64.** Le droit à la vie (article 2.1) est écarté (i) en cas de sentence capitale prononcée par un tribunal qui applique une loi qui prévoit la peine capitale pour le délit qu'il sanctionne (article 2.1), (ii) en cas de légitime défense contre une violence illégale (article 2.2.a) ; (iii) pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue (article 2.2.b), (iv) pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection (article 2.2.c) et (v) en cas d'état d'urgence, défini à l'article 15.1. Le recours à une force mortelle doit en outre être "absolument nécessaire", dans les trois hypothèses qui sont visées par l'article 2.2.

L'interdiction de torture, de peines ou de traitements inhumains ou dégradants (article 3), l'interdiction d'esclavage ou de servitude (article 4.1) et le principe "nullum crimen, nulla poena sine lege" (article 7) ne sont soumis à aucune exception prévue par la Convention EDH, même en cas d'état d'urgence (article 15.2).

Quatre exceptions s'appliquent à l'interdiction du travail forcé (article 4.2) et l'état d'urgence peut également justifier une exception (article 15.1 et 2).

Le droit à la liberté et à la sûreté (article 5.1) comporte six dérogations qu'une loi doit encadrer (articles 5.1 in fine et 5.2). L'état d'urgence peut, pendant le temps qu'il se produit, paralyser le droit à la liberté et à la sûreté, ainsi que le droit au procès équitable (articles 6.1 juncto 15.1 et 15.2).

Ces restrictions, dérogations, suspensions... requièrent toujours une intervention législative.

L'article 6 (le droit à un procès équitable) prévoit que les magistrats, désignés par la loi, peuvent interdire à la presse et au public l'accès à la salle d'audience pendant la totalité ou une partie du procès "dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou de la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice". 2/35

- 65.** Les restrictions sont moins ponctuelles, plus structurées dans les articles 8.2 (le droit au respect de la vie privée et familiale), 9.2 (la liberté de pensée, de conscience et de religion), 10.2 (la liberté d'expression) et 11.2 (la liberté de réunion et d'association).

2/35 Souligné par l'auteur.

Dans ces cas, la restriction doit être prévue par une loi, constituer une mesure qui est nécessaire dans une société démocratique et se rattacher à une cause, qui est visée par ces dispositions de la Convention.

Les causes de restriction ne sont pas toujours les mêmes, mais présentent néanmoins une certaine uniformité.

La sécurité publique (ou nationale), la protection (la défense) de l'ordre, la protection de la santé (publique), la protection des droits (et libertés) d'autrui sont des causes de restriction, reconnues par les articles 8.1, 9.1, 10.1 et 11.1.

La sûreté publique (articles 8.2, 10.2 et 11.2), le bien-être économique du pays (article 8.2), la prévention d'infractions pénales (articles 8.2, 10.2 et 11.2), l'intégrité territoriale (article 10.2), la protection de la réputation d'autrui (article 10.2), les informations confidentielles (article 10.2) et l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire (article 10.2) les complètent.

La protection de la propriété (article 1^{er} PPA) ne porte pas atteinte au droit des Etats-membres de mettre en œuvre les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes.

- 66.** Le "même esprit" et le "patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de la prééminence du droit", dont fait état le préambule de la Convention n'ont pas permis aux Etats-membres de se mettre d'accord sur une énumération cohérente des causes de restriction.

Ils ont accepté que chaque Etat-membre peut restreindre les droits et libertés, mais ne sont pas parvenus à une qualification uniforme et commune des causes de restriction.

Leurs énumérations confirment, pour autant que de besoin, que les causes de restriction se réfèrent à des notions étatiques. Leur contenu, sens et portée sont à déterminer dans le droit de l'Etat-membre qui l'invoque.

Avec l'article 1 PPA les Etats-membres (ont) manifestement fait mieux. Ils ont remplacé la panoplie des causes de restriction par l'intérêt général, mais à défaut d'une définition ou d'une description commune, il s'agit toujours de l'intérêt général tel qu'il est conçu par chaque Etat-membre.

L'intérêt général n'est par ailleurs pas la seule notion générale qui est en mesure de couvrir l'ensemble des causes de restriction.

L'ordre public est de la même veine : la sécurité publique (ou nationale), la protection (la défense) de l'ordre (public), la sûreté publique, la prévention d'infractions pénales, l'intégrité territoriale, l'autorité et l'impartialité du pouvoir

judiciaire, la protection de la santé (publique), la protection des droits et libertés d'autrui, la protection de la morale (publique) sont des matières qui touchent à l'ordre public et le déterminent.

La morale englobe également les autres causes de restriction du fait qu'elle s'impose en toutes matières.

L'intérêt général, l'ordre public et la morale ont en outre leur relation étroite avec les valeurs essentielles du vivre ensemble en commun.^{2/36}

La sécurité publique (ou nationale), la protection (la défense) de l'ordre (public), la sûreté publique, la prévention d'infractions pénales, l'intégrité territoriale, l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire, la protection des droits et libertés d'autrui... se réfèrent à la valeur essentielle de la sécurité.

La valeur essentielle de la santé est le socle sur lequel reposent la protection de la santé (publique), la protection (la défense) de l'ordre (public), le bien-être (économique) du pays, la protection des droits et libertés d'autrui...

La libre disposition se manifeste notamment par la liberté, la protection des droits et libertés d'autrui, par la protection de la réputation d'autrui et des informations confidentielles.

Le lien qui existe entre la valeur essentielle de l'enseignement et les causes de restriction est moins visible dans la Convention EDH, mais n'est pas moins présent. Seuls des esprits instruits comprennent et assimilent les exigences de la sécurité, de la santé et de la libre disposition, que les causes de restriction entendent protéger.

- 67.** Le message, dont la Convention et ses protocoles additionnels sont les promoteurs, ne fait aucun doute : les Etats-membres accordent les droits et libertés, mais ils gardent la main.

L'exercice des droits et libertés ne saurait mettre en péril les mesures adoptées par chaque Etat-membre en réponse aux besoins et valeurs essentiels, qui garantissent la sécurité, la santé, l'enseignement et d'épanouissement (libre disposition) de l'ensemble de ses ressortissants. Cette préoccupation et sa réalisation passent avant l'exercice des droits et libertés, notamment en cas de conflit entre titulaires.

Sous des formes et des terminologies variées, (l'intérêt général, l'ordre public, la morale, les droits et libertés d'autrui...), le système juridique des différents Etats-membres comporte des restrictions à l'exercice des droits et libertés, que ces Etats estiment indispensables pour leur vivre ensemble démocratique.

^{2/36} Voy supra n° 21-24 et 36-41.

En même temps, les Etats-membres ont entouré les causes de restriction de garanties, destinées à protéger les titulaires dans l'exercice de leurs droits et libertés.

Ces restrictions doivent non seulement être prévues par une loi ^{2/37}, mais aussi être nécessaires dans une société démocratique ^{2/38}

Ils ont également prévu que les restrictions doivent s'aligner sur l'intérêt général, l'ordre public, la morale... tels qu'ils existent et sont appliqués dans le système juridique de l'Etat-membre qui invoque la cause de restriction.

A condition qu'ils respectent ces garanties, les Etats-membres arbitrent entre la valeur essentielle, que le titulaire poursuit par l'exercice d'un droit ou d'une liberté, et les valeurs essentielles, protégées par les droits et libertés des autres, qui en subissent les effets.

Leur arbitrage conduit à des restrictions qui préservent aussi bien le droit ou la liberté du titulaire que ceux des autres.

Le droit et la liberté se composent dès lors de deux éléments d'importance égale : d'une part, les possibilités d'actions, laissées à l'appréciation du titulaire, et, d'autre part, les restrictions de leur exercice, imposées par le législateur, qui protège le vivre ensemble démocratique.

68. La Cour EDH considère que les causes de restriction, identifiées par la Convention, ont un caractère limitatif. ^{2/39} Il n'appartient pas aux Etats-membres d'en ajouter, mais la Cour a pourtant admis l'existence de restrictions implicites. ^{2/40}

La généralité des causes de restriction, visées par la Convention (l'intérêt général, l'ordre public, la morale, les droits et liberté d'autrui) conduit la Cour en outre à une interprétation bienveillante.^{2/41}

Le point de départ de la Cour reste néanmoins que les causes de restriction sont des exceptions et qu'elles sont (seraient) dès lors d'interprétation restrictive.^{2/42}

Cette "règle" ^{2/43} ne fait cependant pas partie de la Convention et son fondement théorique est pour le moins douteux.

^{2/37} Expression de la volonté des électeurs.

^{2/38} Dont les droits et libertés sont la cause, l'objet et les instruments.

^{2/39} Notamment Cour EDH 30 janvier 1998, Parti communiste unifié de Turquie/Turquie, § 46 ; Cour EDH 1er juillet 2014, S.A.S./France, § 114 ; Cour EDH 15 novembre 2016, Dubska et Krejzova/Tsjechie, § 172 ; Cour EDH 8 octobre 2020, Ayoub/France, § 87.

^{2/40} Cour EDH 6 octobre 2005, Herst/Royaume Unie.

^{2/41} Voy Cour EDH 1er juillet 2014, S.A.S./France, §§ 113-122.

^{2/42} Notamment Cour EDH 30 janvier 1998, Parti communiste unifié de Turquie/Turquie, § 46 ; Cour EDH 1^{er} juillet 2014, S.A.S./France, § 114 ; Cour EDH 15 novembre 2016, Dubska et Krejzova/Tsjechië, § 172.

^{2/43} La Cour constitutionnelle, la Cour de justice et la Cour de cassation sont par ailleurs du même avis.

Par son existence, l'exception démontre que la règle prétendument générale déroge à une autre règle qui est estimée prioritaire, dont l'exception est l'expression. A défaut, l'exception n'existerait tout simplement pas.

La Cour semble considérer que l'exercice du droit ou de la liberté, décidé par le titulaire, fait office de règle générale. La restriction, imposée par le législateur d'un Etat-membre, nécessaire dans une société démocratique et conforme à une cause de restriction prévue par la Convention, ferait donc figure d'exception.

En admettant que l'exception confirme la règle et, de ce fait, mérite une interprétation restrictive, la Cour fait abstraction du conflit de valeurs, qui se trouve à l'origine de la restriction.

En exerçant un droit ou une liberté, leur titulaire poursuit une valeur essentielle comme bon lui semble. Lorsqu'un Etat-membre estime que cet exercice particulier est susceptible de heurter l'intérêt général, l'ordre public, la morale ou les droits et libertés des autres ...^{2/44} et qu'il est nécessaire d'intervenir dans une société démocratique, il réagit et restreint l'exercice du droit ou de la liberté. En d'autres mots, il considère que les valeurs essentielles qu'il protège par la restriction, sont plus importantes que la valeur essentielle, qui est sous-jacente à l'exercice du droit ou de la liberté par leur titulaire.

Il est évidemment possible que la Cour est en désaccord avec le législateur d'un Etat-membre sur l'application qu'il fait dans son système juridique de l'intérêt général, de l'ordre public, de la morale, des droits et libertés des autres, sur ce qui est nécessaire dans une démocratie ou sur son arbitrage entre les valeurs essentielles, mais en aucun cas ce désaccord justifie la conclusion que la restriction confirmerait l'exercice libre du droit ou de la liberté.

La restriction, telle qu'elle est conçue par le législateur d'un Etat-membre implique qu'il donne la priorité aux valeurs essentielles qu'il veut protéger par la restriction.

Le législateur ne confirme donc pas l'exercice libre des droits et libertés ; il l'écarte, au contraire, en conformité avec la Convention.

“L'exception” ne confirme donc pas la règle prétendument “générale”.

L'interprétation restrictive, préconisée par la Cour, porte au contraire atteinte à la volonté du législateur et à la place que la Convention réserve aux législateurs. Si une restriction est justifiée aux termes de la Convention, elle doit être pleinement appliquée.

^{2/44} Tels qu'ils sont conçus et appliqués de façon cohérente dans son système juridique.

II.2.2. Le TFUE

- 69.** Le TUE ^{2/45} et le TFUE forment les Traités de l'UE.
Le TFUE organise le fonctionnement de l'Union et détermine les domaines, la délimitation et les modalités de l'exercice de ses compétences (article 1^{er}).
Ses articles 2 à 6 sont consacrés aux compétences, exclusives ou partagées de l'Union.
Le marché intérieur fait partie des compétences que l'Union partage avec les Etats-membres, étant précisé qu'il s'agit d'une compétence exclusive de l'Union aussi longtemps qu'elle l'exerce, ce qu'elle a fait depuis sa constitution en 1957 pour tout ce qui concerne le marché intérieur.
Les "principes" que l'Union doit respecter lorsqu'elle exerce ses compétences exclusives et partagées, sont définis par les articles 7 à 25. ^{2/46}

Le marché intérieur (articles 26 à 66) fait partie des politiques et actions internes de l'Union.^{2/47} Il forme un espace sans frontières intérieures dans lequel doit être assurée la libre circulation des marchandises, personnes, services et capitaux (article 26.2).

Il couvre également les paiements (articles 63 à 66) et le droit / la liberté d'établissement (articles 49-51).

Les libertés de circulation et d'établissement sont des applications particulières de la liberté d'entreprendre, qui est déjà un mélange savant du droit à la liberté et au respect de la vie privée (articles 5 et 8 Convention EDH).

- 70.** Se préoccupant étonnamment peu des valeurs et des objectifs de l'Union (les articles 2 et 3 du TUE), le TFUE se prononce sommairement sur la finalité des libertés de circulation et d'établissement.

La libre circulation des marchandises et l'union douanière ^{2/48} s'occupent de la nécessité de promouvoir les échanges commerciaux entre les Etats-membres et les pays tiers, de l'évolution des conditions de concurrence à l'intérieur de

^{2/45} Voy. infra nos 285-287.

^{2/46} Les articles 7 à 17 sont repris sous le titre "Dispositions d'application générale" et les articles 18 à 25 sous le titre "Non-discrimination et citoyenneté de l'Union".

^{2/47} Avec l'espace de liberté, de sécurité et de justice, les transports, les règles communes sur la concurrence, la fiscalité et le rapprochement des législations, la politique économique et monétaire, l'emploi, la politique sociale, le Fonds social européen, l'éducation, la formation professionnelle, la jeunesse et le sport, la culture, la santé publique, la protection des consommateurs, les réseaux transeuropéens, l'industrie, la cohésion économique, sociale et territoriale, la recherche et le développement technologique et espace (sic), l'environnement, l'énergie, le tourisme, la protection civile et la coopération administrative.

^{2/48} Qui constitue une compétence exclusive de l'Union.

l'Union, des nécessités d'approvisionnement de l'Union en matières premières et en demi produits, d'éviter des troubles sérieux dans la vie économique des Etats-membres et d'assurer un développement rationnel de la production, ainsi qu'une expansion de la consommation dans l'Union (article 32).

La libre circulation des travailleurs vise notamment à mettre en contact les offres et demandes d'emploi et à faciliter l'équilibre dans des conditions qui écartent des risques graves pour le niveau de vie et d'emploi dans les diverses régions et industries (article 46, d).

L'article 50.2 dispose que la liberté d'établissement vise le développement de la production et des échanges, de sorte qu'il appartient à l'Union de s'occuper par priorité des activités dont la contribution est particulièrement utile auxdits développements.

La libre circulation des services doit se concentrer, par priorité, sur les services qui interviennent d'une façon directe dans les coûts de production ou dont la libération contribue à faciliter les échanges des marchandises (article 59.2).

Dans le cadre des autres libertés de circulation, l'article 63 interdit toutes les restrictions aux mouvements de capitaux et aux paiements "étrangers" entre Etats-membres, ainsi qu'entre Etats-membres et pays tiers. Les lecteurs bienveillants de cette disposition pensent aux capitaux et paiements qui financent le développement (économique et financier) de l'Union et de ses Etats-membres. La face cachée de cette liberté est que des richesses de l'Union et des Etats-membres quittent librement l'endroit où elles sont générées et appauvrissent ainsi le "vieux continent".

71. L'organisation d'un marché (intérieur) peut être envisagée de plusieurs manières.

A la lecture des articles 26 à 66 TFUE, il ne fait cependant aucun doute que l'objectif du marché intérieur est de stimuler, sans limites apparentes, le commerce, la production, la consommation.... La croissance du produit intérieur brut des Etats-membres est l'objectif premier du marché intérieur de l'UE. Cet objectif, ces méthodes et le modèle économique et financier sous-jacent ne figurent cependant pas parmi les valeurs et objectifs de l'Union, énoncés par les articles 2 et 3 TUE.

Sans le dire expressément et sous réserve de quelques verrous ^{2/49}, qui ne se sont pas montrés efficaces, le TFUE a préparé le terrain pour un marché

^{2/49} Voy infra nos 72-73.

intérieur, qui est régi par les principes, la finalité et les règles de fonctionnement du (néo)libéralisme économique.

Misant sur la croissance rapide et substantielle du PIB des Etats-membres, le TFUE a ouvert la voie à des chiffres d'affaires et des bénéfices en forte progression, essentiellement au profit des actionnaires des entreprises qui les réalisent. Les politiques et actions économiques et financières de l'Union leur collent à la peau.

Les (autres) citoyens européens bénéficieraient des "retombées"^{2/50}, même si la courbe de Kuznets annonçait une longue attente.^{2/51}

L'Union annonçait ainsi le (néo)libéralisme globalisé, que les pouvoirs économiques et financiers appelaient de tous leurs vœux.

72. La CEE, précurseur de l'Union, a vu le jour en 1957, à peine quatre années après l'entrée en vigueur de la Convention EDH.

Ses Etats-membres connaissaient donc sur les doigts les précautions dont ils avaient assorti les droits et libertés, accordés par la Convention EDH et dont certains étaient élaborés plus en détail par les libertés de circulation et d'établissement.

Ils n'entendaient pas perdre aussitôt le contrôle du vivre ensemble démocratique ou se laisser dicter la loi par les titulaires des libertés de circulation et d'établissement, comme il résulte manifestement de leur traité.

Les articles 34 et 35 interdisent les restrictions quantitatives à l'importation et à l'exportation de marchandises, ainsi que tout autre mesure d'effet équivalent qu'un Etat-membre pourrait être tenté de mettre en place.

L'article 36 prévoit cependant que les Etats-membres peuvent interdire ou restreindre l'importation, l'exportation ou le transit de marchandises pour des raisons de "moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de sa propriété industriel et commercial" (article 36).^{2/52}

Pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique les Etats-membres sont aussi habilités à limiter la libre circulation des travailleurs (article 45.3).

Cette liberté ne s'étend par ailleurs pas aux emplois dans l'administration publique (article 45.4). L'article 48 introduit une procédure d'alarme dont un Etat-membre peut se prévaloir lorsqu'il estime que l'Union envisage des

^{2/50} Dans le langage économique les "retombées" (« trickle down benefits») ont remplacées la redistribution des revenus et richesses, organisée par les Etats-membres.

^{2/51} Sur la courbe de Kuznets voy. supra n°45

^{2/52} Souligné par l'auteur.

mesures promouvant la libre circulation des travailleurs qui portent atteinte à des aspects importants de son système de sécurité sociale.^{2/53}

La liberté d'établissement et les mesures adoptées dans ce cadre par l'Union ne peuvent pas porter atteinte aux dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats-membres qui prévoient un régime spécial pour des ressortissants étrangers et qui sont prises pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique (article 52.1).

Les mêmes restrictions s'appliquent à la libre circulation des services (article 62).

L'Union peut cependant coordonner les dispositions législatives, réglementaires ou administratives des Etats-membres, qui réduisent les libertés d'établissement et de circulation de services (articles 52.2 et 62). Ces deux libertés ne concernent pas les activités qui participent dans un Etat-membre, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique (article 51 et 62).

La libre circulation des capitaux et des paiements n'empiète pas sur le droit des Etats-membres (i) d'appliquer les dispositions pertinentes de leur législation fiscale qui font une distinction entre des contribuables qui ne sont pas dans la même situation en ce qui concerne leur résidence ou le lieu où leur capitaux sont investis et (ii) de prendre toute mesure indispensable pour faire échec aux infractions à leurs lois et règlements, notamment en matière fiscale ou en matière de contrôle prudentiel des établissements financiers, (iii) de prévoir des procédures de déclaration des mouvements de capitaux à des fins d'information administrative ou statistique ou (iv) de prendre des mesures justifiées par des motifs liés à l'ordre public ou à la sécurité publique (article 65.1. et b).

- 73.** Ces dispositions du TFUE démontrent que les Etats-membres n'ont pas voulu envisager des libertés de circulation et d'établissement absolus ou illimités. Ils se sont, au contraire, expressément réservés le droit d'interdire ou de limiter leur exercice. Les causes de restriction, prévues à cet effet, ressemblent à celles qui figuraient déjà à la Convention EDH.

En invoquant son ordre public ou sa sécurité publique, un Etat-membre peut restreindre l'exercice de toutes les libertés de circulation et d'établissement. Il peut aussi se prévaloir de la santé publique, sauf si la restriction porte sur l'exercice de la libre circulation de capitaux et de paiements.

Il s'agit de notions étatiques, dont le contenu, le sens et la portée sont déterminés par le système juridique de l'Etat-membre qui introduit la restriction.

^{2/53} Notamment pour ce qui est de son champ d'application, de son coût, de sa structure financière ou qui affecterait son équilibre financier.

A ces trois causes s'ajoutent d'autres restrictions dans le cadre de la libre circulation de marchandises, de capitaux et de paiements. Leur valeur ajoutée semble toutefois limitée ; notion générale, l'ordre public couvre toutes les causes de restriction.

Ces causes de restriction sont déterminées par la conception, la mise en œuvre, le maintien, la surveillance, le contrôle et le financement de l'ordre public de chaque Etat-membre.

Les dispositions du TFUE consacrées au marché intérieur répètent ainsi ce que les Etats-membres avaient déjà exprimé avec la Convention EDH.

Ils ont souligné que leur ordre public (en ce compris leur sécurité et leur santé publique) est plus important que l'exercice par les titulaires de leurs libertés de circulation et d'établissement.

Quand un Etat-membre constate que l'exercice d'une liberté de circulation se heurte à son ordre public, il a la possibilité de réagir par une interdiction ou par une restriction. Il aura à établir que son ordre public est mis en péril par l'acte ou le comportement, qui résulte de l'exercice d'une liberté de circulation ou d'établissement et qu'il entend restreindre ou interdire, mais cette charge de la preuve ne modifie en rien la règle de base que l'exercice d'une telle liberté est subordonné au respect de l'ordre public étatique.

- 74.** La Convention EDH et le TFUE consacrent ainsi le pouvoir des Etats-membres d'interdire ou de limiter l'exercice des droits et libertés qu'ils accordent, quand la protection de leur ordre public le requiert.

S'agit-il d'une simple faculté, laissée à l'appréciation et à la sagesse des Etats-membres ?

Les Etats-membres auraient-ils la possibilité de renoncer à la protection de leur ordre public (leur sécurité publique, leur santé publique, leurs bonnes mœurs...) quand il est méconnu par l'exercice d'un droit ou d'une liberté ?

Et la question est plus large : les autorités et institutions, mises en place par la Convention EDH et les Traités de l'UE, peuvent-elles se désintéresser de l'ordre public de l'Etat-membre, qui resterait – par hypothèse – en défaut de défendre son ordre public ?

La Convention EDH et les Traités de l'UE s'adressent à des Etats-membres, qui se disent démocratiques.

La Convention EDH vise la véritable démocratie et la démocratie constitue une des valeurs de l'Union (article 2 TUE).

L'ordre public d'un Etat démocratique est, par définition, l'expression concrète des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement démocratiques. Il les poursuit et les concrétise au moyen de lois impératives et prohibitives dont l'application par l'ensemble des personnes qui se trouvent sous son autorité, génère l'ordre public, qui est voulu par cet Etat-membre.

Le titulaire qui, par l'exercice d'un droit ou d'une liberté, heurte l'ordre public de l'Etat-membre où se produit son acte ou son comportement, méconnaît les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques de cet Etat. S'il tolère ces actes ou comportements, ne prenant pas la défense de son ordre public, l'Etat viole à son tour les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques qui s'imposent pourtant à lui en vertu de sa Constitution, de la Convention EDH et des Traités de l'UE.

Il faut dès lors conclure qu'il lui est interdit de fermer les yeux quand il est confronté à des atteintes à son ordre public. Il doit réagir ; il ne s'agit pas d'une simple faculté, mais d'une obligation constitutionnelle et conventionnelle.

Les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques qui trouvent leur expression dans l'ordre public étatique, ne se trouvent pas à la (libre) disposition de l'Etat-membre.

La même conclusion s'impose à l'égard des autorités et des institutions, créées par la Convention EDH et les Traités de l'UE. Même si un Etat-membre se désintéresse, par négligence ou par opportunité, de la protection de son ordre public, elles doivent d'office ^{2/54} prendre la défense de l'ordre public étatique malmené, si elles veulent rester fidèles à ces traités. Leur passivité sacrifierait les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques, qu'elles ont l'obligation (conventionnelle) de respecter et d'appliquer.

II.2.3. La Charte

- 75.** La Charte ne fait pas partie des Traités de l'UE. L'Union a néanmoins estimé utile d'élaborer les droits de l'homme, qui constituent une valeur de l'Union (article 2 TUE), dans une Charte qui a la même valeur juridique que les Traités fondateurs.^{2/55}

La Charte s'adresse à l'Union dans l'exercice de ses compétences, ainsi qu'aux Etats-membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. ^{2/56}

Elle reprend, essentiellement, les droits et libertés, accordés aux citoyens européens par la Convention EDH. Parfois ils sont libellés en des termes légèrement différents, parfois la Charte est un peu plus détaillée que la Convention.

Ces différences mineures ne devraient pas conduire à des résultats que l'application de la Convention EDH serait incapable de produire.

^{2/54} Dans le respect des droits de la défense.

^{2/55} Article 6.1. TUE.

^{2/56} Article 51 Charte.

Etant donné que les Etats-membres de l'Union ont ratifié la Convention, l'existence d'une Charte ne peut que surprendre. En tant que personne morale, l'Union n'était pas soumise à la Convention, mais elle aurait pu adhérer à la Convention si elle voulait s'engager au respect des droits et libertés, accordés par la Convention.

Doubler la Convention par une Charte qui n'ajoute pas grande chose à la Convention, suscite des questions. L'Union et ses Etats-membres veulent-ils se distancier de la Convention et de la jurisprudence de la Cour EDH ? La Charte est-elle un premier pas vers des droits et libertés "plus libéraux" que ceux qui sont envisagés par la Convention et la Cour EDH ?^{2/57}

Une comparaison détaillée entre la Convention et la Charte dépasserait néanmoins le cadre de cet ouvrage.

- 76.** Comme la Convention et le TFUE, la Charte prévoit que l'Union et ses Etats-membres peuvent déroger aux droits et libertés, concédés aux citoyens européens.

Sur ce point, la Charte innove par un régime général de restrictions, qui s'applique à l'ensemble des droits et libertés. Cette innovation mérite le détour.

L'article 52.1 précise que l'exercice des droits et libertés, reconnus par la Charte, n'est pas illimité.

Résumant "à sa façon" la jurisprudence de la Cour EDH ^{2/58}, la Charte fait état de quatre conditions auxquelles doit répondre la restriction (article 52.1).

Elle doit être prévue par la loi (i), doit respecter le contenu essentiel du droit limité (ii), être proportionnelle (iii) et être nécessaire et répondre effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui (iv).

Pour plusieurs raisons cette énumération est énigmatique.

La Charte omet d'abord de déterminer le critère qui permet de distinguer le contenu essentiel et accessoire d'un droit ou d'une liberté.^{2/59}

Elle évite aussi toute référence au vivre ensemble démocratique, alors que la Convention et la Cour EDH exigent que la restriction doit être "nécessaire dans une société démocratique".

La Charte met la proportionnalité de la restriction avant sa nécessité et son effectivité appréciés à la lumière des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui.^{2/60}

^{2/57} Voy ég. infra les nos 302-324, consacrés à la jurisprudence de la Cour de justice.

^{2/58} Voy infra nos 111-130.

^{2/59} Ce critère fait également défaut à la jurisprudence de la Cour EDH.

^{2/60} Alors que la proportionnalité de la restriction est appréciée par la Cour EDH, après qu'il ait été constaté qu'elle est nécessaire dans une société démocratique et qu'elle répond à une cause légitime (voy infra n°127-128).

Examinons donc de plus près l'article 52.1.

La nécessité et l'effectivité de la restriction sont à déterminer en fonction "des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union" ou "au besoin de protection des droits et libertés d'autrui".

La Charte n'a pas pris le risque de définir ces notions, mais son préambule énonce que l'Union "se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité, elle repose sur le principe de la démocratie et le principe de l'Etat de droit. Elle place la personne au cœur de son action en instituant la citoyenneté de l'Union et en créant un espace de liberté, de sécurité et de justice". 2/61

Le recadrage s'impose.

Les objectifs de l'Union et de ses Etats-membres font l'objet de l'article 3.1 TUE : promouvoir la paix, les valeurs de l'Union et des Etats-membres et le bien-être des peuples des Etats-membres.2/62

Les valeurs de l'Union et des Etats-membres, qui constituent un objectif de l'Union, sont exposées par l'article 2 TUE. Il s'agit, dans cet ordre, de la dignité humaine, la liberté, la démocratie, l'égalité, l'Etat de droit et les droits de l'homme, en ce compris les droits des personnes appartenant à des minorités.2/63

L'article 52.1 se réfère aux "objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union". Il doit, logiquement, s'agir des valeurs et objectifs, visés par les articles 2 et 3 TUE.

Est-il compatible avec ces dispositions du TUE que l'Union ne reconnait, dans la Charte, que les objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union comme causes de restriction ?

Les valeurs et objectifs des articles 2 et 3 TUE sont communs à l'Union et aux Etats-membres. Dans la mesure où la Charte donne à l'Union la possibilité de réduire les causes de restriction aux seuls objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union, elle méconnaît le TUE, qui ne retient pas cette notion et qui ne se limite pas aux valeurs et objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union.

2/61 Cet exposé se rapproche de l'article 2 TUE, dont il change pourtant la portée. La démocratie n'est manifestement pas un "principe", mais un régime politique particulier avec des principes, finalité et règles de fonctionnement spécifiques dans la comparaison avec d'autres régimes politiques.

2/62 La Cour de justice s'est permise d'élaborer les objectifs d'intérêt public, voy infra nos 307-310.

2/63 Et l'article 2 TUE poursuit : "ces valeurs sont communes aux Etats-membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes".

77. Le bien-être des peuples (des Etats-membres) est le troisième objectif de l'article 3.1 TUE.

Il implique, selon l'Union et ses Etats-membres, un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, un marché intérieur ^{2/64}, le combat contre l'exclusion sociale et les discriminations, la promotion de la justice (sociale), la protection sociale, l'égalité entre les femmes et les hommes, la solidarité entre les générations et la protection des droits de l'enfant, la promotion de la cohésion économique, sociale et territoriale ainsi que la solidarité entre les Etats-membres, le respect de la richesse de la diversité culturelle et linguistique de l'Union, ainsi que la sauvegarde et le développement du patrimoine culturel européen, une union économique et monétaire dont la monnaie est l'euro et l'affirmation et la promotion des valeurs de l'Union et des Etats-membres, ainsi que la protection de leurs citoyens dans le reste du monde.

Cette longue description de valeurs et d'objectifs magnifiques semble présager qu'il sera facile pour l'Union et ses Etats-membres d'établir que la restriction qu'ils imposent à l'exercice d'un droit ou d'une liberté est nécessaire et répond effectivement à un objectif, visé par les articles 2 et 3 TUE.

Il est malheureusement loin d'être certain que l'Union et ses Etats-membres agissent (toujours) en conformité avec l'intention des rédacteurs, qui résulte des Traités de l'UE.

A l'instar du "contenu essentiel du droit limité" et du critère de la proportionnalité, l'imprécision des "objectifs d'intérêt général" élargit, de façon dramatique, la marge d'appréciation des autorités et institutions qui appliquent la Charte. L'existence d'une cause de restriction dépendra de leur bon vouloir et surtout de leur orientation politique. ^{2/65}

Plusieurs signes annoncent ce tournant et le confirment.

"Le besoin de protection des droits et libertés d'autrui" peut justifier la restriction d'un droit ou d'une liberté, mais cette cause de limitation est, en réalité, devenue superfétatoire.

Les droits de l'homme font en effet partie des valeurs et des objectifs de l'Union et des Etats-membres (articles 2 et 3 TUE), comme il vient d'être rappelé.

"La protection des droits et libertés d'autrui" n'ajoute donc rien aux causes de restriction qui résultent déjà des valeurs et objectifs, visés par les articles 2 et 3 TUE.

^{2/64} L'article 3.3 TUE associe le marché intérieur au développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, à une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, à un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement et à la promotion du progrès scientifique et technique (des doux rêves loin de réalité de l'Union et de ses Etats-membres).

^{2/65} Ce qui est pourtant incompatible avec l'Etat de droit et avec l'article 6 Convention EDH.

Ce sont donc bien les “objectifs d’intérêt général reconnus par l’Union“ qui sont (seront) décisifs. Comme les valeurs et les objectifs (articles 2 et 3 TUE), ils sont nombreux et entrent facilement et sans arrêt en conflit.

Des règles de conflit sont donc indispensables à la résolution des litiges, mais la Charte ne se prononce pas à leur sujet.

Son silence fait penser qu’elle délègue aux autorités et institutions qui appliquent la Charte, le soin de trancher en âme et conscience.

L’article 52.1 semble surtout s’intéresser aux restrictions que l’Union impose à l’exercice d’un droit ou d’une liberté.

Qu’en est-il lorsque la restriction est le fait d’un Etat-membre ? Cette disposition s’applique-t-elle aussi aux restrictions mises en œuvre par les Etats-membres ? Mais dans ce cas, pour quelle raison l’ordre public, la sécurité publique, la santé publique, la morale... de l’Etat-membre ne suffisent-ils plus en tant que cause de restriction, alors que le TFUE énonce le contraire quand il s’agit de l’exercice des libertés de circulation et d’établissement ? 2/⁶⁶

Comment s’explique-t-il que leur ordre public, sécurité et santé publiques, leur morale se trouveraient, par le fait de la Charte, sous la tutelle “d’objectifs d’intérêt général, reconnus par l’Union“ ? 2/⁶⁷

2/⁶⁶ Voy supra n° 72-73.

2/⁶⁷ Voy infra nos 302-311.