

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

*ÉCOLE DOCTORALE ED 101 – DROIT, SCIENCE POLITIQUE
ET HISTOIRE*

THÈSE présentée par :

Serena Coppola

soutenue le : **8 Juin 2012**

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'université de Strasbourg**

Discipline/ Spécialité : **Droit de l'Union Européenne**

La justiciabilité des droits sociaux dans l'Union Européenne

THÈSE dirigée par :

Syméon Karagiannis

Gian Guido Balandi

PR PUPH Université de Strasbourg

PR PUPH Università di Ferrara

RAPPORTEURS :

Yves Petit

Christian Mestre

M.O. Doubos

IV

PR PUPH Université de Nancy II

PR PUPH Université de Strasbourg

PRPUPH Université Montesquieu - Bordeaux

AUTRES MEMBRES DU JURY :

Cataldi Giuseppe

Cafaro Susanna

Lucia Serena Rossi

PR PUPH, Università Orientale, Napoli

PR PUPH Università del Salento

PR PUPH Università di Bologna

Sommaire

Titre Préliminaire : Les droits sociaux dans l'ordre juridique des Etats membres

Chapitre 1 : Les droits sociaux entre Etats membres et Union Européenne

Chapitre 2 : Les modèles européens des droits sociaux

Partie I : Droits sociaux et Union Européenne

Titre 1: Les droits sociaux dans l'Union Européenne : reconnaissance et évolution

Chapitre 1 : De l'Acte Unique Européen au Traité de Nice

Chapitre 2 : L'intégration négative des libertés économiques et le rapport avec les systèmes nationaux d'Etat-providence

Titre 2 : Les droits sociaux et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

Chapitre 1 : Le principe de solidarité dans l'ordre juridique communautaire

Chapitre 2 : Le principe de non-discrimination

Partie II : L'Europe sociale entre Union et CEDH

Titre 1 : La liberté de prestation de services et les exclusions

Chapitre 1 : L'agenda de Lisbonne, la méthode ouverte de coordination et les nouvelles perspectives de gouvernance en matière sociale

Chapitre 2 : La Charte des droits fondamentaux : indivisibilité des droits et nouveau rôle des droits sociaux

Titre 2 : Les rapports entre Union européenne et CEDH

Chapitre 1 : L'adhésion de l'Union à la CEDH

Chapitre 2 : Problématiques concernant l'adhésion de l'Union Européenne à la CEDH

Conclusion

Titre Préliminaire : Les droits sociaux dans
l'ordre juridique des Etats membres

Chapitre 1: Les droits sociaux entre États membres et Union Européenne

Ce chapitre aborde le problème de l'identification et de la définition des droits sociaux dans les systèmes juridiques des États membres de l'Union Européenne et dans l'acquis communautaire.

Ce qui nous intéresse le plus est de vérifier quel est le degré de justiciabilité que ces droits reçoivent dans le système juridique européen. En effet, le problème de la justiciabilité d'un droit est central pour l'affirmation et, pour ainsi dire, pour la reconnaissance ontologique de celui-ci.

Cette problématique s'accroît quand il s'agit des droits sociaux. En effet, comme nous tenterons de l'illustrer par la suite, les droits sociaux présentent d'importantes différences par rapport aux droits dits "classiques", notamment sous le profil de la justiciabilité.

Les questions posées ici trouvent des solutions différentes déjà au niveau des systèmes juridiques nationaux, des solutions qui se compliquent ultérieurement quand on passe d'une analyse sur le plan national à une analyse sur le plan communautaire.

Tout d'abord, il faut souligner les différences profondes qui caractérisent les divers systèmes des droits sociaux européens. Le domaine social n'étant pas une compétence communautaire exclusive mais bien une compétence résiduelle, l'harmonisation des systèmes juridiques nationaux dans ce secteur s'avère être plutôt faible.

En ce sens, on peut dire que le problème de la justiciabilité des droits sociaux au niveau communautaire s'articule en deux sous-problèmes : d'une part, l'absence d'uniformité des systèmes sociaux européens et donc la difficulté de créer des standards univoques de garantie valables pour tous les pays membres ; d'autre part, la difficulté de pouvoir réaliser un État social communautaire en respectant le rapport de compétences entre les États membres et l'Union, comme l'établit le principe de subsidiarité¹.

¹ Voir B. Veneziani, « Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario », *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2000, pp. 779 - 840.

Les droits sociaux se présentent comme des droits fondamentaux par rapport aux droits “classiques”, c’est-à-dire civils et politiques. Selon une définition généralement reconnue, les droits sociaux sont des droits destinés à éliminer les inégalités qui existent dans la société, en garantissant aux individus des positions de revendication actives envers les pouvoirs publics.

Les droits sociaux sont donc des droits relatifs ou plus exactement des “droits à prestation”, qui ne possèdent pas un caractère d’universalité comme c’est le cas au contraire des libertés et des droits politiques. Ils sont adressés à la personne “concrète et située dans un contexte déterminé” envers laquelle l’Etat intervient pour éliminer l’inégalité par rapport à la situation des autres personnes ou groupes de personnes². Selon une définition communément acceptée, les droits sociaux sont un élément fondateur de la citoyenneté parce qu’ils déterminent une série de garanties qui permettent au citoyen d’être plus qu’une simple unité appartenant à une société³. La définition d’État social incarne donc cette série de principes normatifs qui constitutionalisent les obligations des gouvernements nationaux dans le domaine de la politique sociale et économique, qui visent à garantir la sécurité sociale et à minimiser les différences sociales⁴.

Avant d’aborder l’analyse des modèles sociaux qui caractérisent les États membres, il convient de s’attarder un instant sur un aspect qui influe fortement sur la protection offerte aux droits sociaux : il existe deux catégories de droits sociaux, ceux qui sont considérés comme immédiatement justiciables et ceux qui, étant donné leur fonction programmatique, sont interprétés comme des dispositions d’orientation pour l’action de l’Etat. Dès les premières énonciations des droits sociaux, ces derniers sont caractérisés par une faible intensité de la contrainte juridique qu’ils sont censés incarner. Alors que les droits civils et politiques ont toujours été considérés comme des droits à prestation négative, c’est-à-dire, aux fins de leur jouissance, comme des droits qui imposent à l’Etat une non-ingérence dans la sphère privée du citoyen en incarnant l’idée que le droit appartient à l’individu *ex ante*, les droits sociaux sont au contraire entendus comme

² Voir M. Ballestrero, « Europa dei mercati e promozione dei diritti », in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”. INT-55/2007 www.lex.unict.it.

³ Voir C. Costello (dir.), *Fundamental Social Rights : Current European Legal Protection and the Challenge of the UE Charter of Fundamental Rights*, Dublin, Irish Centre for European Law, 2001.

⁴ Voir G. S. Katrougalos, « The Implementation of Social Rights in Europe », *The Columbia Journal of European Law*, 1996, pp. 277 - 316, spéc. p. 278.

besoins de l'individu, qui nécessitent l'intervention de l'Etat pour être satisfaits. En ce sens, les préceptes constitutionnels concernant les droits sociaux sont lus comme des dispositions d'orientation adressées au pouvoir législatif et non pas comme des normes attribuant directement à l'individu un droit susceptible de prospérer par le biais d'actions judiciaires⁵. Comme déjà relevé, cela n'est toutefois pas valable pour toute sorte de droits sociaux indifféremment, certains d'entre eux étant généralement considérés comme pouvant faire l'objet de revendications immédiatement devant une Cour de justice, à l'instar, notamment, du droit de grève. Toutefois, cela devient possible notamment parce que ces droits ont un contenu ponctuel et n'impliquent pas directement une intervention de l'Etat pour leur mise en place.

En ce qui concerne leur justiciabilité, ces droits sont donc considérés non pas en raison de la prestation à laquelle ils donnent accès, mais en raison des résultats qu'ils visent et l'on comprend ainsi pourquoi ce paramètre peut être flexible et, surtout, soumis à des limites, créant ainsi inévitablement une disparité de garantie entre les droits à une prestation et les « droits à un intérêt ». Le degré élevé d'indétermination de ces droits requiert donc, aux fins de leur protection efficace, une intervention plus intense de la part de l'État et de la magistrature. En ce sens, ce que l'on appelle les droits sociaux programmatiques ne peuvent donc pas trouver une protection effective, et ne peuvent par conséquent pas être considérés comme de véritables droits tant que les tribunaux n'auront pas défini les limites que la norme impose à l'État afin que les individus l'on puisse jouir de ces droits. Ces derniers ne deviennent donc pas concrets par une attribution au citoyen d'une prétention pouvant être immédiatement satisfaite, qui lui garantisse en soi une prétention immédiat ; au contraire, ces droits créent des attentes chez le citoyen et des prétentions envers l'administration publique.

La distinction entre ces deux catégories de droits sociaux apparaît fondamentale pour comprendre le développement de la protection que les droits sociaux reçoivent, notamment dans l'acquis communautaire. Car c'est précisément la difficulté de garantir la mise en place des clauses sociales qui provoque une asymétrie, au niveau communautaire, entre la garantie de ces droits qui sous-tendent le développement du plan

⁵ Voir J. Baquero Cruz, « La protección de los derechos sociales en la comunidad europea tras el tratado de Amsterdam », *Revista de derecho comunitario*, 1998, pp. 639 - 666, spéc. p. 641.

économique, garantis par la Cour de Justice, et ceux qui garantissent la jouissance du bien-être social, qui, eux, reçoivent une protection moins régulière de la part de cette même Cour. En résumé, l'Union promet des politiques sociales mais elle n'a pas encore les capacités et les moyens pour organiser une politique sociale qui soit pour elle juridiquement contraignante, comme cela est, en revanche, le cas dans nombre de systèmes étatiques caractérisés par un projet accompli d'État social.

L'affirmation sur la base de laquelle nombre de décisions sont prises veut qu'il existe un modèle social pouvant être défini comme européen. Or, comme déjà vu, un modèle social de l'Union en tant que tel n'existe pas, ou, pour être plus précis, n'existe pas de manière univoque et déterminée. Il est nécessaire d'aborder le problème selon deux points de vue différents : l'un abstrait, dans lequel le modèle social européen est considéré comme modèle théorique constitutionnel de l'État social européen et l'autre, pratique, portant sur la réglementation communautaire de référence et les actions que l'Union se propose de mettre en place pour l'avenir dans ce domaine.

Au XX^e siècle, les États membres de l'Union ont développé, notamment à partir de la fin de la seconde guerre mondiale, des modèles de *welfare state*, ou d'État-providence, différents, qui visaient à garantir aux citoyens à peine sortis du conflit mondial la possibilité d'une vie digne. De façon générale et par commodité, on a l'habitude de distinguer les différents modèles d'État social présents en Europe en les divisant en trois groupes : un premier est représenté par les systèmes juridiques des États de l'Europe méridionale (Italie, Espagne, Portugal, Grèce et France) qui se caractérisent par l'inclusion des droits sociaux dans le tissu constitutionnel à travers une liste de ceux-ci ; un deuxième est celui des États de l'Europe du Nord (Norvège et Suède) et qui est caractérisé par un très haut niveau de protection sociale ; un troisième est représenté par les États continentaux (Pays-Bas, Belgique, Luxembourg et Allemagne) qui ont opté pour une solution intermédiaire où les droits sociaux sont insérés dans les Constitutions nationales respectives en tant qu'objectifs politiques sans, toutefois, qu'un catalogue de ces droits soit concrètement prévu. Il y a également le modèle anglo-saxon qui ne prévoit pas une reconnaissance constitutionnelle, au sens strict du terme, de ces droits. Il y a enfin les pays du dernier élargissement, c'est-à-dire les anciens pays communistes de l'Europe de l'Est,

représentant un modèle à part qui prévoit une égalisation de fait des droits sociaux et des droits civils et politiques.

Il est néanmoins certain que tous les pays de l'UE reconnaissent et garantissent les droits sociaux au niveau de la législation ordinaire, avec une attention particulière donnée aux droits des travailleurs et à la sécurité sociale. Par contre, ils ne prévoient pas tous une codification de ces droits au niveau de la Constitution et, très souvent, même quand les droits sociaux sont inscrits dans les textes constitutionnels, ceux-ci sont considérés plutôt comme des clauses d'ordre politique que comme des dispositions juridiquement contraignantes⁶. Quoi qu'il en soit, même avec des différences spécifiques, il est possible d'affirmer qu'il existe un certain noyau dur de droits sociaux qui caractérise le modèle social européen⁷ : pension de retraite, assurance maladie, assurance accidents, protection du travail en cas de licenciement, santé et éducation, protection de la maternité et de l'enfance, constituent les principes clefs sur lesquels se basent les politiques sociales des États membres, qui ont pour but de garantir un minimum de subsistance économique à tous les citoyens à travers des systèmes de redistribution de la richesse mis en place par l'État même⁸.

Le problème fondamental dans la détermination d'un modèle commun de *welfare* européen réside dans le fait que bien qu'il existe un substrat commun de conscience sociale européenne, il manque une solide homogénéité de méthodologie tant d'un point de vue de l'activation de l'action de garantie du droit qu'en ce qui concerne le *quantum* de la protection offerte dans les systèmes juridiques des divers États membres. En effet, même les standards communautaires, atteints laborieusement avec la Charte des droits fondamentaux, s'avèrent encore limités dans leur portée et dans leur garantie et ne sont pas en mesure de constituer un modèle général uniformément applicable et surtout uniformément contrôlable. Ainsi n'a-t-on pas encore rejoint ce modèle d'Union que

⁶ Voir Iliopoulos-Strangas (dir.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les États membres de l'Union européenne : étude de droit compare*, Athènes : Ant. N. Sakkoulas ; Bruxelles : Bruylant ; Baden-Baden : Nomos Verlagsgesellschaft, 2000.

⁷ Voir O' Leary, « Solidarity and Citizenship Rights » in de Búrca (dir.), *EU Law and the Welfare State – In Search of Solidarity*, Oxford, 2005, Hart Publishing, p. 39 et ss.

⁸ Voir G. S. Katrougalos, « The Implementation of Social Rights in Europe », *Columbia Journal of European Law*, 1996, pp. 277-302 spéc. p. 277.

Monsieur Jacques Delors définissait comme « a mixed economy, with participation of all citizens, that combines the market with the State steering and the social dialogue »⁹.

Dans les dernières décennies, l'État social est entré en crise dans presque toute l'Europe et a même eu besoin de réformes drastiques. Le problème principal est représenté par sa viabilité économique. Des facteurs, tels que l'allongement de la durée de vie, obtenu grâce aux progrès de la science et de la médecine, ont augmenté les dépenses, notamment sanitaires et relatives aux retraites. Par ailleurs, les processus de globalisation qui ont mis en compétition l'Europe avec des pays ayant un faible coût de main-d'œuvre, et qui supportent peu ou pas de frais de *welfare*, ont accentué la compétition économique entre et en-dehors des pays membres, mettant en crise les ressources financières de l'État destinées au soutien de l'Etat-providence.

Le problème de la protection des droits fondamentaux et, en particulier, des droits sociaux, de la part de l'acquis communautaire, apparu au moment où l'affirmation de la doctrine de l'effet direct, de la suprématie du droit communautaire et des pouvoirs implicites a fait apparaître clairement l'insuffisance de la protection offerte par l'acquis communautaire dans ce cadre, revient aujourd'hui sur la scène européenne. Historiquement, le manque de protection communautaire des droits fondamentaux a concerné tant l'absence de références précises dans les Traités que la jurisprudence de la Cour de Justice, dont le dialogue, même avec les Cours constitutionnelles nationales, a toujours concerné les droits fondamentaux entendus comme libertés économiques et non comme droits sociaux. Depuis les années 1980, le dialogue autour de la nécessité de l'établissement d'un catalogue de droits sociaux communautaires s'est fait plus pressant. L'idée était de pouvoir compenser le manque créé par l'intégration négative à travers l'insertion dans le Traité d'un catalogue de droits sociaux qui puisse servir de base pour un développement de la jurisprudence de la Cour en la matière afin d'éviter ce qui s'était déjà produit, c'est-à-dire l'élaboration prétorienne de droits fondamentaux servant uniquement les exigences d'intégration économique¹⁰.

⁹ Voir J. Delors, « Defending the European Model of Society » in Commission of the European Communities, *Combating the Social Exclusion, Fostering Integration*, 49, 1992.

¹⁰ Voir J. Coppel e A. O'Neil, « The European Court of Justice: Taking Rights Seriously? », CMLR, 1992, pp. 669 ss.

Chapitre 2 : Les modèles européens des droits sociaux

En procédant à l'analyse des modèles sociaux européens, il s'agira avant tout de considérer les droits en vigueur dans les États de l'Europe du Sud : Italie, Espagne, Portugal, Grèce et France. Ces pays ont développé un système de protection des droits sociaux qui se base sur le principe de leur inclusion à l'intérieur des textes constitutionnels. La première affirmation en ce sens se retrouve déjà dans la Constitution révolutionnaire française de 1791 où on lit que le devoir de la révolution est de transformer la charité aux pauvres en un véritable droit¹¹. Contrairement aux modèles de l'Europe centrale, ces pays prévoient non seulement une clause sociale dans le texte constitutionnel, mais accueillent généralement aussi un catalogue détaillé des droits sociaux que l'État doit garantir. Tout en sachant que le catalogue exprimé dans les Constitutions a, néanmoins, un caractère de variabilité toujours lié au développement de la société, ces modèles, en consacrant une place à certains droits dans le texte constitutionnel, reflètent la nécessité de garantir qu'au moins ces droits exprimés ne puissent être transgressés, en les plaçant de cette manière au cœur des politiques sociales des États.

Comme nous l'avons déjà évoqué, en effet, tous les États sociaux européens prévoient que la normalisation précise des lois constitutionnelles soit confiée au législateur. Ainsi, même dans les modèles qui rappellent expressément les droits sociaux dans les constitutions, le développement et la garantie de tels droits dépend de la volonté parlementaire. En effet, on ne trouve dans aucun texte constitutionnel des normes précises décrivant comment mettre en œuvre les préceptes qui y sont exposés et on laisse au législateur national la tâche de prévoir les modalités de reconnaissance, de mise en œuvre

¹¹ Voir le Rapport 1970 du Comité de Mendicité de la Constituante, in Bloch C. et Tuetey A., *Procès verbaux et rapports du Comité de mendicité de la Constituante (1790-1791)*, Paris, Imprimerie Nationale, 1911, p. 762.

et de garantie des droits établis. Cela, encore une fois, est typique des droits sociaux, dont la définition reste ardue en raison de leur changement constant.

L'insertion d'un catalogue de droits sociaux dans les textes constitutionnels place toutefois ceux-ci à un rang plus élevé dans la hiérarchie des textes législatifs et on peut donc soutenir que, dans ce groupe de pays, on reconnaît les droits sociaux comme étant fondamentaux, même si cela consiste en une intégration graduelle et respectueuse de ces droits dans le cadre du pouvoir discrétionnaire législatif, devant surtout tenir compte des problématiques engendrées au niveau des dépenses à couvrir¹².

Le modèle scandinave, ainsi est-il appelé, est ce modèle d'État social qui s'est développé dans les pays du nord de l'Europe, notamment à partir des années 1960. Ce modèle se base sur le principe universaliste de distribution des services sociaux publics et sur l'égalisation parfaite des droits sociaux par rapport aux droits civils et politiques¹³. Il est issu de la nécessité de développer et de mettre en œuvre les dispositions constitutionnelles, présentes dans toutes les Constitutions des pays de l'Europe du Nord, qui reconnaissent le droit au travail, et aspirent au plein emploi. Les Constitutions des pays du Nord de l'Europe ne prévoient toutefois pas toutes des clauses sociales ou des catalogues de droits sociaux. Mais cela est principalement dû non pas au fait que l'on n'attribue pas aux droits sociaux un caractère constitutionnel, mais plutôt au fait que les modèles de *welfare state*, dans ses États, se sont développés, avec les caractéristiques qui les distinguent aujourd'hui, récemment (en effet, le modèle se développe et atteint son accomplissement entre les années 1960 et les années 1980), ne permettant donc pas une intégration des nouvelles dispositions dans le bloc constitutionnel. Néanmoins, en général, tous ces pays accueillent, comme on l'a dit, ce qu'on appelle le modèle de solidarité universel, qui se base sur la création d'assurances obligatoires qui concernent tous les citoyens et qui, par conséquent, garantissent à tous les mêmes conditions d'accès aux services sociaux. Dans ces États, le niveau de protection des droits sociaux est même plus élevé qu'ailleurs et se base principalement sur des impositions fiscales dans le marché du travail, en fonction des interventions publiques prévues, en conjuguant des taux élevés

¹² Voir L. Carlassare, « Forma di stato e diritti fondamentali », *Quaderni Costituzionali*, 1995, 1.

¹³ Voir H. Hernes, *Scandinavian Citizenship*, Acta Sociologica, spéc. p. 199, 1988.

d'efficacité et d'équité¹⁴. Une autre particularité de ces systèmes consiste en l'absence quasi-totale de légitimité des tribunaux ordinaires à connaître des controverses en matière de *welfare*, qui sont au contraire attribuées à des organismes administratifs indépendants.

Contrairement à ce qu'il advient dans les pays européens influencés par le modèle bismarckien, le développement du droit du travail est, dans les modèles scandinaves, caractérisé par des accords entre syndicats et entrepreneurs et l'autonomie collective revêt un rôle de première importance dans le domaine de ces rapports. On peut donc affirmer que ces modèles se basent sur et fonctionnent à travers le droit administratif et du travail plus que sur et à travers le droit constitutionnel. Le troisième groupe d'États, ceux de l'Europe centrale, qui appartiennent au modèle continental, ont adopté un système mixte basé sur une clause sociale insérée dans la Constitution. Le chef de file de ce modèle est la Grundgesetz allemande, qui prévoit une série de clauses générales de protection de l'État social qui lient les pouvoirs publics dans chacune de leurs interventions. Ce qu'on appelle le modèle Bismarckien, basé sur le principe de l'assurance par catégories de travailleurs, associe la jouissance des bénéfices sociaux à la contribution et donc au travail. Mais l'insertion de la clause sociale dans les Constitutions implique la garantie d'un « plan » constitutionnel à la politique sociale et, par conséquent, l'existence d'un niveau minimum de *welfare* auquel le législateur ne peut déroger, bien qu'étant libre d'accomplir les ajustements nécessaires au maintien de la couverture économique. Cela ne signifie pas qu'il n'existe pas dans ces États une garantie des droits sociaux, mais plutôt que cette dernière est davantage ressentie en relation avec son caractère de changement et que, pour cette raison, on préfère laisser au législateur ordinaire les détails de sa définition et de sa réglementation.

Ce modèle refuse donc d'insérer un catalogue précis de droits sociaux dans le texte constitutionnel, même s'il prévoit, toutefois, une constitutionnalisation de ceux-ci à travers la prévision des clauses sociales. Dans ces pays, le rôle des clauses sociales est donc de fournir les grandes lignes sur lesquelles doit se baser le législateur. L'État social est assuré non pas à travers la garantie de chaque droit mais à travers l'obligation imposée aux pouvoirs publics de garantir l'État social.

¹⁴ Voir A. Sapir, *Politiche sociali efficaci al passo della globalizzazione*, il Mulino, Bologna, 2005, spéc. p.1033.

Les pays anglo-saxons ont une histoire à part. Au Royaume-Uni, notamment, où il n'y a pas de Constitution écrite et donc aucune disposition constitutionnelle qui se réfère aux droits sociaux, la politique sociale est entièrement attribuée au pouvoir législatif. Les systèmes anglo-saxons se différencient des autres modèles européens de par leur conception différente du modèle de *welfare* qui est considéré plus comme une aide pour les nécessiteux que comme une élimination des inégalités. Ainsi a-t-on dit que « les politiques redistributrices ne se basent pas sur des droits mais sur des besoins »¹⁵. Les critiques contre le modèle « continental » de la part des juristes anglais se concentrent, en effet, sur ce qui est défini comme le paternalisme¹⁶ de ces modèles, dans le sens d'une intrusion excessive de ces derniers dans les libertés individuelles du citoyen. Le célèbre paradigme « du berceau au tombeau »¹⁷ n'est pas acceptable pour le modèle anglo-saxon.

Quoi qu'il en soit, à partir de la fin de la deuxième guerre mondiale, la législation sociale qui s'est développée au Royaume-Uni a été, elle aussi, basée sur les principes de responsabilité exclusive de l'État, universalisme et équité, afin de dépasser la vision caritative qui accompagnait les politiques sociales précédentes. Le droit anglais tend dans tous les cas à définir les droits sociaux comme des principes-guides qui doivent orienter la législation de l'État plutôt que comme des droits directement applicables¹⁸. En outre, le régime qui s'instaure tend tout de même à encourager des solutions *market-oriented* tout en garantissant, à travers une modeste redistribution universelle, un minimum d'assistance à chaque citoyen. Reste enfin à analyser le modèle social des anciens États communistes¹⁹. On se limitera ici à souligner comment le développement des Constitutions démocratiques dans ces États est très récent. Suite à la fin de l'Union Soviétique et de la chute du mur de Berlin, ces pays acceptent et s'ouvrent au modèle occidental d'État démocratique et à son économie capitaliste, mais ils gardent, parallèlement, le système de fond de la théorie

¹⁵ Voir C. Pinelli, « Modello sociale europeo », *Rivista del diritto e della sicurezza sociale*, 2008, p. 251-270, spéc. p.254.

¹⁶ Voir E. Diciotti, « Paternalismo », *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 16, 2, 1986, p. 557 - 586.

¹⁷ Voir G. Zagrebeleky, *Questa Repubblica*, Le Monnier, Milano, 2003, spéc. p.213.

¹⁸ Voir M. Partington, The juridification of social welfare in Britain, in G. Teubner *The Juridification of Spheres*, Berlin: De Gruyter, 1987, spéc. p. 419,

¹⁹ Voir P. Kovács, Le passé et le présent des droits économiques, sociaux et culturels dans les pays de l'Europe centrale et orientale in F. Matscher (dir.), *Die Durchsetzung wirtschaftlicher und sozialer Grundrechte : Eine rechtsvergleichende Bestandaufnahme*, 1991.

socialiste selon laquelle les droits sociaux fondamentaux sont entendus comme éléments fondamentaux des droits et des libertés de l'individu. A partir de l'analyse des nouvelles Constitutions des États de l'Europe de l'Est²⁰, on remarque clairement la nette influence des modèles constitutionnels des États continentaux et notamment du système allemand. En ce qui concerne l'État social, les nouvelles Constitutions des anciens États communistes sont fortement influencées par le principe de la *social market economy* et présentent toutes une *Sozialstaat clause*. D'une part, donc, le développement des normes sociales est confié aussi dans ces pays au législateur ordinaire, d'autre part, il est toutefois prévu que les droits sociaux reçoivent les mêmes traitements dont jouissent les autres droits, y compris « la » possibilité d'être actionnés directement devant les tribunaux ordinaires.

²⁰ Voir Kedzia, Social Rights in the (Draft) Constitution of Central and Eastern Europe , in Drzewicki, Krause, Rosas, *Social Rights as Human Rights, A European Challenge* (Institute for Human Rights, Abo Akademi University), Abo, 1994, spéc. p.230 ss.

Partie I: Droits sociaux et Union Européenne

Après avoir analysé et retracé le panorama des droits sociaux dans le cadre des systèmes des États membres ainsi que leur reconstruction dans le cadre de l'acquis communautaire, il est maintenant opportun de consacrer cette partie à l'analyse de la protection que ces droits présentent concrètement dans l'acquis communautaire.

Bien qu'il n'y ait pas eu, jusqu'à l'introduction du Traité de Nice, un catalogue communautaire des droits sociaux juridiquement contraignants, ces derniers ont trouvé une place dans la jurisprudence de la Cour de Justice. Il est toutefois important de souligner que la Cour ne s'est pas tant intéressée à la protection de chacun des droits sociaux, qui rentrent encore dans la sphère d'action de chaque État membre, qu'à la protection des garanties sociales des citoyens migrant à l'intérieur du territoire de l'Union.

Comme nous le constaterons en effet, au fur et à mesure que la liberté de circulation, d'une part, et l'introduction de la citoyenneté européenne, d'autre part, ont étendu leur portée, un intérêt de plus en plus grand a été porté à la situation de tout migrant.

Le principe de base qui a été pris en compte a été celui de la nécessité de garantir à cette catégorie de sujets un minimum de protections sociales non seulement dans leur pays d'origine mais surtout dans le pays d'accueil, afin d'éviter des discriminations fondées sur la nationalité.

Il est néanmoins évident qu'avec la création d'un marché unique où la possibilité de circuler et de séjourner est devenue effective pour les citoyens des 27 États membres, il a été nécessaire de garantir aussi à ces derniers tous les services qui n'étaient normalement garantis qu'aux citoyens nationaux. La protection de ces situations s'est développée dans la jurisprudence de la Cour sur la base de deux principes fondamentaux : la non - discrimination et l'égalité de traitement d'une part et, d'autre part, la solidarité.

Titre 1: Les droits sociaux dans l'Union Européenne: reconnaissance et évolution

Comme il a déjà été souligné à plusieurs reprises, la place réservée aux droits sociaux par les Traités instituant les Communautés²¹ européennes est quasi-inexistante. Les raisons de cette absence peuvent être liées à trois motifs²² : tout d'abord, la conviction, très répandue à une époque, selon laquelle une institution de type économique telle que l'institution communautaire n'aurait « aucune possibilité d'avoir une influence sur les droits de l'homme »²³ ; ensuite, la considération qu'une protection effective était déjà garantie, que ce soit au niveau national, par le travail des Cours constitutionnelles, ou, au niveau international, par l'instrument mis à disposition des particuliers par la Convention de Rome de 1950²⁴ ; enfin, la crainte que les nouvelles institutions, en particulier la Cour de Justice, puissent étendre démesurément leurs compétences et leurs pouvoirs.

Les pères fondateurs de la CEE considéraient, en effet, que la coopération et le développement économiques seraient des facteurs qui, à eux seuls, amèneraient à l'évolution et à la protection des droits sociaux, notamment ceux des travailleurs. La Communauté était conçue et prenait de la légitimité « comme système visant à la garantie des libertés économiques et à la protection de la concurrence de la part des institutions supranationales. Cette légitimité était indépendante de celle des institutions démocratiques des États constitutionnels »²⁵ et prévoyait ce qui a été défini comme un « political decoupling of economic integration and social-protection issues »²⁶. Les États membres, afin d'éviter une expansion subreptice des compétences communautaires, tentèrent de bloquer la création de ce lien « entre l'énonciation d'un Bill of rights et l'extension des

²¹ Voir le Traité instituant la Communauté économique européenne et le Traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique du 25 mars 1957.

²² Voir S. Giubboni, « I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario. Una rilettura alla luce della Carta di Nizza », *Diritto dell' UE*, 2003, pp. 325 - 356, spéc. p. 326.

²³ Voir F. G. Jacobs, « Human Rights in the European Union: the role of the Court of Justice », *European Law Review*, 2001, 331-374, spéc. p. 332.

²⁴ La Convention Européenne des droits de l'homme a été signée à Rome en 1950.

²⁵ Voir C. Jeorges, « What is Left of the European Economic Constitution ? A Melancholic Eulogy », *European Law Review*, 2004, pp. 461 ss., p.471.

²⁶ Voir F. W. Scharpf, « The European Social Model : Coping with the Challenges of Diversity », *Journal of Common Market Studies*, 2002, pp. 645 ss, p. 646.

compétences centrales au détriment des unités nationales »²⁷, typique du modèle américain, créant ainsi une Europe « à deux niveaux ». D'un côté, le niveau économique basé sur l'idée de l'intégration et harmonisation des systèmes juridiques des États membres visant à garantir le marché unique, la stabilité économique et la croissance ; de l'autre, le plan social, qui restait confié aux États membres et se développe donc de manière différente, avec la seule limite commune qui était représentée par les contraintes de bilan imposées aux États membres par la Communauté afin d'atteindre les objectifs économiques.

Chapitre 1: Du l'Acte Unique Européen au Traité de Nice

En général, on peut distinguer deux périodes dans le développement de ce qui est défini comme l'Europe sociale, une première période qui va du Traité de Rome à l'Acte unique Européen et que l'on peut considérer comme une période de stagnation, et une deuxième qui, depuis l'AUE, est caractérisée par l'activisme démontré au sujet de la mise en place de la politique sociale européenne.

En effet, même si l'on était encore dans le cadre des droits habituels des travailleurs, et donc étroitement liés à cette idée de Communauté plus économique que politique, c'est certainement avec la signature de l'AUE et la proclamation de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs²⁸ (bien qu'elle n'ait pas été signée par le Royaume-Uni) qu'on a commencé à parler d'une entrée formelle des droits sociaux dans le droit communautaire. L'AUE, de ce point de vue, était encore lié à l'idée traditionnelle selon laquelle le marché commun constituait le moyen le plus adéquat pour créer le plein emploi, c'est pour cela qu'il n'introduisait qu'une série de politiques sectorielles de type interventionniste précisément dans le secteur de l'emploi.²⁹

²⁷ Voir Giubboni *ibidem*.

²⁸ La Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs a été signée le 9 décembre 1989 par tous les états membres de la Communauté à exception du Royaume Uni.

²⁹ Voir F. Carinci, A. Pizzoferrato, « Costituzione europea e diritti sociali fondamentali », *Lavoro e Diritto*, 2000, n. 2, pag. 286.

La Charte communautaire des droits fondamentaux des travailleurs constituait une avancée importante pour la protection des intérêts des travailleurs dans le cadre communautaire en mettant noir sur blanc pour la première fois un catalogue de droits sociaux européens. Cependant, elle reste inopérante à cause du refus du Royaume-Uni de la signer, refus qui empêcha la Charte d'acquérir un caractère contraignant. Pour remédier à cette situation, durant les travaux préparatoires du Traité de Maastricht, aux cours desquels on décida d'étendre les compétences de la Communauté à des secteurs sociaux jusqu'alors exclus, on arriva à un véritable escamotage³⁰ : les articles du Traité ne furent quasiment pas modifiés en ce qui concerne les dispositions sociales, mais on leur ajouta un Protocole et un Accord (qui ne furent pas non plus signés par le Royaume-Uni) sur la politique sociale qui, en fait, réécrivaient les articles du Traité dans ce domaine, établissant les modalités d'intervention de la Communauté dans ce contexte. Aussi bien le Protocole que l'Accord faisaient partie intégrante du droit primaire de la Communauté, avec la caractéristique d'être contraignants pour tous les États membres, exception faite du Royaume-Uni.

En effet, le Traité de Maastricht renforçait le principe de subsidiarité³¹ comme principe fonctionnel. Dans le domaine social, ce principe devrait garantir aux États membres l'exclusivité de l'action, permettant, toutefois, à la Communauté de créer, à travers le droit dérivé, des standards communs de protection des droits sociaux, notamment afin d'éviter le dumping social, et de consolider la cohésion de l'Union durant le développement de la politique monétaire commune. Le Traité d'Amsterdam de 1997 n'ajouta rien aux clauses générales déjà contenues dans le TCE³².

³⁰ Voir E. Pagano, « I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht », *Il diritto dell'Unione Europea*, 1996, p. 169.

³¹ Le principe de subsidiarité, prévue dans l'article 5 du TUE dispose que, « En vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres. En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union. »

³² Voir S. Gambino, *Dall'Europa dei mercati all'Europa dei diritti: alcune riflessioni su diritti fondamentali e costituzionalismo comunitario*, in L. Albino, *L'integrazione europea fra economia e democrazia*, Orizzonti Meridionali, Cosenza, 2003.

Le préambule du traité, pour la première fois, faisait toutefois explicitement référence « aux droits sociaux fondamentaux tels qu'ils sont reconnus par la Charte sociale européenne signée à Turin en 1961 et par la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989 »³³. Certes, le Traité d'Amsterdam, bien qu'il ait exclu expressément certains droits de la compétence communautaire³⁴ (art. 137.3 sur les droits des travailleurs et le contrat collectif)³⁵, en a inclus d'autres, concrets, comme le droit à la protection des informations personnelles, le droit d'accès aux documents administratifs, ainsi que les droits en matière de politiques de l'emploi. La plus grande nouveauté d'Amsterdam fut certainement la pleine adhésion de la Grande-Bretagne à la politique sociale européenne. Ainsi fut aboli le protocole 14 de Maastricht et furent adoptés les nouveaux articles (de l'art. 136 à l'art. 145), qui transféraient entièrement le contenu de l'Accord sur la politique sociale dans le Traité. Les dispositions du Traité n'imposaient pas d'obligation directe et n'avaient en effet que la fonction d'orienter les choix de l'Union dans le cadre de la politique sociale. L'art. 141³⁶, en matière d'égalité de traitement entre travailleuses et travailleurs, est le seul droit considéré depuis toujours comme directement applicable par la Cour et donc comme paramètre pour le contrôle des actes communautaires ou nationaux qui pouvaient être en contradiction avec lui.

A Amsterdam, les droits sociaux firent donc leur entrée dans l'art. 136 comme « lignes directrices pour l'activité de la Communauté et des États membres » et, a-t-on pertinemment écrit, « ce qui engage la Communauté et les États membres, ce sont les intérêts sociaux présentés sous forme d'objectifs [...] et c'est précisément cela qui est l'objet de protection de la part du Traité [...]. Les droits restèrent, eux, au deuxième plan et l'opportunité de leur accomplissement fut associée à la réalisation nécessaire des objectifs sociaux. Ils restèrent donc à leur État de *Reflexrechte* »³⁷.

³³ Voir le quatrième paragraphe du préambule du TUE.

³⁴ L'art. 137.6 exclu expressément de la compétence communautaire les rémunérations, le droit d'association, et le droit de grève, et de lock-out.

³⁵ Voir P. Magno, « Diritti sociali nell'ordinamento dell'Unione europea dopo Amsterdam », *Il diritto del lavoro*, 1998, parte 1, p. 123.

³⁶ « Chaque État membre assure l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur ».

³⁷ Voir M. Luciani, « Diritti sociali e integrazione europea », *Associazione italiana dei Costituzionalisti*, Annuario 1999. Atti del XIV Convegno annuale, Perugia 7-8 ottobre 1999, Padova, 2000, spéc. p. 530.

Le développement de la politique sociale communautaire qui s'est opéré à partir des années 1990 changea totalement de direction par rapport à l'orientation de départ, et l'on passa d'une harmonisation rigide, c'est-à-dire basée sur la adoption de directives d'harmonisation, à ce qui a été défini comme une harmonisation « réfléchie et flexible »³⁸, c'est-à-dire un processus de « différenciation plutôt qu'un processus d'uniformisation »³⁹, qui se basait sur l'acceptation de principes communs dans le but d'éviter des déréglementations vers le bas qui puissent produire des distorsions dans le marché du travail communautaire.

Les nouveautés introduites par le Traité de Nice furent un signe révélateur de ces tendances, et notamment l'art. 137⁴⁰ qui encourageait des techniques de coopération

³⁸ Voir S. Deakin, « Two types of regulatory competition: competitive federalism versus reflexive harmonization. A law and economics perspective on "centros" », *CYELS*, 1999, n.2, pp.231 ss.

³⁹ Voir M. D'Antona, « Mercato unico europeo ed aree regionali deboli: le conseguenze giuridiche », *Lavoro e Diritto*, 1992, pp. 49 ss., spéc. p. 58.

⁴⁰ L'article 137 est ainsi rédigé :

« 1. En vue de réaliser les objectifs visés à l'article 136, la Communauté soutient et complète l'action des États membres dans les domaines suivants:

- a) l'amélioration, en particulier, du milieu de travail pour protéger la santé et la sécurité des travailleurs;
- b) les conditions de travail;
- c) la sécurité sociale et la protection sociale des travailleurs;
- d) la protection des travailleurs en cas de résiliation du contrat de travail;
- e) l'information et la consultation des travailleurs;
- f) la représentation et la défense collective des intérêts des travailleurs et des employeurs, y compris la cogestion, sous réserve du paragraphe 5;
- g) les conditions d'emploi des ressortissants des pays tiers se trouvant en séjour régulier sur le territoire de la Communauté;
- h) l'intégration des personnes exclues du marché du travail, sans préjudice de l'article 150;
- i) l'égalité entre hommes et femmes en ce qui concerne leurs chances sur le marché du travail et le traitement dans le travail;
- j) la lutte contre l'exclusion sociale;
- k) la modernisation des systèmes de protection sociale, sans préjudice du point c).

2. À cette fin, le Conseil:

- a) peut adopter des mesures destinées à encourager la coopération entre États membres par le biais d'initiatives visant à améliorer les connaissances, à développer les échanges d'informations et de meilleures pratiques, à promouvoir des approches novatrices et à évaluer les expériences, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États Membres
- b) peut arrêter, dans les domaines visés au paragraphe 1, points a) à i), par voie de directives, des prescriptions minimales applicables progressivement, compte tenu des conditions et des réglementations techniques existant dans chacun des États membres. Ces directives évitent d'imposer des contraintes administratives, financières et juridiques telles qu'elles contrarieraient la création et le développement de petites et moyennes entreprises.
- c) Le Conseil statue conformément à la procédure visée à l'article 251 après consultation du Comité économique et social et du Comité des régions, sauf dans les domaines visés au paragraphe 1, points c), d), f) et g), du présent article, où le Conseil statue à l'unanimité sur proposition de la Commission, après consultation du Parlement européen et desdits Comités. Le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition

légères et modulables entre les États. En effet, le Traité de Nice tenait compte de la nouvelle génération de techniques de législation sociale communautaire qui avaient déjà été prises suite à l'adoption de l'Accord sur la Politique Sociale.

A. Les droits sociaux et la répartition des compétences

Comme il a été dit, il n'existe pas un modèle unique de *welfare* européen, ou, pour être précis, il existe, selon les États, différents modèles d'Etat-providence, modèles qui sont liés par l'uniformité du choix des valeurs à protéger, tout en gardant leurs propres spécificités d'action et de développement. Il existe néanmoins un noyau dur de droits sociaux européens qui comprend le droit au travail, le droit à l'éducation et à l'instruction professionnelle, la protection de la santé, les systèmes de prévoyance et d'assistance sociale, d'aide au logement, le droit à la sécurité sociale, à la culture et à un environnement sain. Bien qu'il y ait une vision commune concernant le catalogue des droits sociaux en Europe, les résistances des États membres à céder à l'Union la compétence dans ce domaine restent très fortes. Cela s'explique parce que les traditions nationales dans les domaines du droit du travail et de la sécurité sociale sont centrales pour

de la Commission après consultation du Parlement européen, peut décider de rendre la procédure visée à l'article 251 applicable au paragraphe 1, points d), f) et g), du présent article.

3. Un État membre peut confier aux partenaires sociaux, à leur demande conjointe, la mise en œuvre des directives prises en application du paragraphe 2.

Dans ce cas, il s'assure que, au plus tard à la date à laquelle une directive doit être transposée conformément à l'article 249, les partenaires sociaux ont mis en place les dispositions nécessaires par voie d'accord, l'État membre concerné devant prendre toute disposition nécessaire lui permettant d'être à tout moment en mesure de garantir les résultats imposés par ladite directive.

4. Les dispositions arrêtées en vertu du présent article:

- ne portent pas atteinte à la faculté reconnue aux États membres de définir les principes fondamentaux de leur système de sécurité sociale et ne doivent pas en affecter sensiblement l'équilibre financier,
- ne peuvent empêcher un État membre de maintenir ou d'établir des mesures de protection plus strictes compatibles avec le présent traité.

5. Les dispositions du présent article ne s'appliquent ni aux rémunérations, ni au droit d'association, ni au droit de grève, ni au droit de lock-out ».

la légitimité démocratique matérielle des États membres⁴¹, car l'affirmation de l'État social renforce la dimension nationale du droit constitutionnel et de la vie politique⁴².

En ce sens, l'État social s'avère donc être le dernier grand obstacle à une intégration sociale européenne au niveau des institutions : le problème du nationalisme et de la particularité des systèmes juridiques européens reprend vigueur dès que l'on entre dans le domaine de la politique sociale. L'intégration négative des libertés de circulation, de prestation de services et de la concurrence, a fait apparaître, à partir des années 1980, la nécessité d'une intégration positive, en particulier dans le domaine du droit du travail, liée à la définition de standards communs, qui compense la perte des protections mises en place par les États, souvent accusées par la Cour de Justice de représenter des distorsions à la concurrence et au marché unique. L'affirmation des doctrines constitutionnelles de l'effet direct de la suprématie du droit communautaire et des pouvoirs implicites, non compensée par le développement de formes adéquates de garantie au niveau supranational, risque notamment de créer un vide dans la protection des droits sociaux de la part de l'Union. Par ailleurs, le marché unique et la politique économique commune, imposant une rigidité dans les bilans nationaux, afin de ralentir le creusement des déficits en relation avec le pacte de stabilité, réduisent les possibilités pour les États de mettre en œuvre d'amples politiques sociales qui, étant inévitablement coûteuses, risqueraient de compromettre leur inclusion dans l'Union. Cela crée donc un problème : si les États ne sont plus libres ou, tout du moins, sont limités, dans la dépense publique pour le social, cela engendre un déficit de protection qui, ne pouvant être résorbé par l'intervention de l'Union, risque de laisser les citoyens des États membres privés de ces moyens qui étaient auparavant garantis par l'État même.

Selon ce qui a été établi par l'article 5 TUE, l'Union dispose d'une compétence exclusive dans tous les domaines, et uniquement dans ces domaines, qui lui sont explicitement attribués (art. 5 par. 1 posant le principe d'attribution). Le deuxième paragraphe de cet article prévoit que dans les autres domaines, le principe de subsidiarité fonctionne en relation avec le principe de proportionnalité (art. 5 par. 3) ce qui signifie

⁴¹ Voir S. Giubboni, « Governare le differenze: modelli sociali nazionali e mercato unico europeo », nota per il gruppo di studio Astrid su "La Costituzione economica a 60 anni dalla Costituzione" (coord. Tiziano TREU) in www.astrid-online.it/rassegna/02-09-2009/Giubboni.

⁴² Voir S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, il Mulino, Bologna 2003, spéc. p. 17.

que, dans les domaines de compétence étatique, l'Union ne peut intervenir que quand les objectifs fixés ne peuvent pas être réalisés de manière efficace par les États membres et quand l'action peut être mieux menée à bien par l'Union. La condition selon laquelle l'Union peut intervenir est donc double : d'une part, il doit y avoir insuffisance de l'action étatique et, d'autre part, l'action communautaire doit être plus efficace pour atteindre l'objectif fixé. En d'autres termes, à travers l'art. 5, les États membres se sont garantis des domaines d'action - en pratique - exclusive, dans lesquels l'Union ne peut intervenir que dans des cas marginaux. A chaque fois que le Traité parle de rapprochement des législations nationales, il est donc logique de supposer que le principe de subsidiarité agit et que, par conséquent, l'action communautaire ne peut être exercée que quand les deux conditions mentionnées le requièrent. Dans le cadre de la politique sociale, on retrouve plus ou moins explicitement des indices de cette répartition de compétences non seulement dans l'art. 136, mais aussi dans d'autres articles, comme par exemple dans les articles 149 et 150 en matière d'instruction et de formation.

Selon ce qui était déjà prévu par le Traité de Rome, on comprend donc qu'il n'y a pas une attribution générale de compétences à la Communauté dans le domaine social, et qu'elle n'a donc pas le pouvoir d'adopter des actes contraignants dans ce domaine. Selon l'art. 118 du Traité de Rome, la Commission devait, en effet, promouvoir la collaboration des États membres dans le domaine social, mais ses pouvoirs étaient limités à l'émission d'opinions et de conseils. Par conséquent, aucune base juridique spécifique pour l'adoption d'actes contraignants n'était prévue dans ce domaine. Le système du Traité admet cependant que l'Union ait une compétence transversale en matière sociale par le biais d'autres dispositions comme celles sur la libre circulation des travailleurs ex art. 39 CE (aujourd'hui art. 45 TFUE), l'aide au travail à travers l'institution du Fonds Social Européen et enfin la politique de formation professionnelle, l'éducation et le sport sur la base de l'art. 150 CE (aujourd'hui art. 166 TUE).

Avec l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam et l'insertion du chapitre social, la Communauté était enfin dotée du pouvoir d'adopter des directives à travers la procédure à la majorité qualifiée du Conseil en coopération avec le Parlement, dans toutes les compétences qui lui étaient directement reconnues dans le secteur social. En particulier, en plus des compétences déjà prévues par le Traité de Rome, le Traité d'Amsterdam

prévoyait la possibilité d'adopter des directives en matière de santé et de sécurité sur les lieux de travail. Suite à l'entrée en vigueur du Traité de Nice, qui reprenait essentiellement le Traité d'Amsterdam, le domaine de compétence dans le secteur social apparaissait donc ainsi :

MAJORITÉ QUALIFIÉE – le Conseil adopte l'acte à la majorité qualifiée conjointement au Parlement dans les domaines suivants :

- Amélioration des lieux de travail pour la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs ;
- Conditions de travail ;
- Information et consultation des travailleurs ;
- Parité entre hommes et femmes dans le marché du travail et dans le travail ;
- Intégration des personnes exclues du marché du travail.

UNANIMITÉ – le Conseil peut agir mais à l'unanimité et avec la simple consultation du Parlement dans les domaines suivants :

- Sécurité sociale et protection sociale des travailleurs ;
- Contrats de travail ;
- Représentation et défense collective des intérêts des travailleurs et des employeurs, y compris la co-gestion ;
- Conditions de travail des citoyens des pays tiers séjournant légalement sur le territoire communautaire ;
- Contributions financières pour la promotion et la création d'emplois.

Restaient spécifiquement exclues (voir art. 137 par. 5) les questions concernant la rémunération, le droit d'association et le droit de grève, alors que la sécurité sociale et la protection sociale restaient étroitement liées au vote à l'unanimité et, dans ce cadre, les États membres « conservent la faculté de définir les principes fondamentaux de leurs systèmes de sécurité sociale », ne laissant au Conseil que la possibilité d'entreprendre des actions de coordination entre les États.

En effet, toutes les fois qu'une réglementation sociale intervient dans le marché unique, une action de l'Union est justifiée par le rapprochement des réglementations nationales sur la base de l'art. 94 CE⁴³ (aujourd'hui art. 114 TFUE) et de l'art. 308 CE⁴⁴ (aujourd'hui art. 352 TFUE), des procédures qui prévoient le vote à l'unanimité et la simple consultation du Parlement. A travers la base juridique offerte par l'art. 94, on a adopté, par exemple, les directives sur la délocalisation des entreprises dans le territoire communautaire et les directives de développement de l'égalité de traitement prévues par l'art. 141, alors que la politique générale d'égalité sociale et professionnelle entre hommes et femmes a été développée sur la base de l'art. 308 CE, qui prévoit la possibilité d'intervention communautaire chaque fois que l'on veut atteindre l'un des objectifs fixés par le Traité sans que ceux-ci prévoient une base juridique spécifique.

L'un des problèmes majeurs dans le cadre de la politique sociale communautaire reste donc le rapport avec les droits nationaux. Plus les libertés communautaires de circulation élargissent leurs frontières, plus les systèmes nationaux entrent en crise. Ceci est dû au fait qu'une fois que l'on a assuré aux citoyens européens la possibilité de se déplacer librement sur le territoire communautaire, il faut leur assurer aussi toute une série de services associés, parmi lesquels, en premier lieu, les droits de sécurité sociale. Or, étant donné que ces matières sont d'une compétence exclusivement nationale, il doit nécessairement y avoir une coordination des politiques nationales en la matière, afin d'assurer aux travailleurs toutes les garanties liées à leur statut.

Cela signifie qu'alors que les droits fondamentaux civils et politiques, étroitement liés au plan économique, reçoivent une protection directement de la part de la Cour de Justice, les droits sociaux sont interprétés plutôt comme des normes générales d'orientation de la politique communautaire et, par conséquent, leur protection est assujettie aux exigences de la création du marché intérieur.

⁴³ Art. 94 Le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen et du Comité économique et social, arrête des directives pour le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun.

⁴⁴ Art. 308: Si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objets de la Communauté, sans que le présent traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, prend les dispositions appropriées.

Ainsi la protection des droits sociaux de la part de la Cour de Justice s'avère-t-elle étroitement liée à la réalisation du marché commun. Ce n'est donc pas par hasard que le droit communautaire a généralement reconnu comme dignes de protection tous les droits, et uniquement ces droits, liés à la sphère économique, qui servent ainsi de corollaire aux libertés de circulation établies par les Traités. En effet, avec la constitutionnalisation des libertés économiques, ces libertés jouent le rôle de droits fondamentaux de l'acquis communautaire et, par conséquent, finissent par pouvoir être limitées seulement en cas d'impératifs d'intérêt général. Or, puisque les droits sociaux n'ont pas encore été reconnus comme fondamentaux par la Cour, il est inévitable que ces derniers, étant des intérêts secondaires pour l'acquis communautaire, cèdent le pas face aux libertés économiques. Le déséquilibre qui s'est ainsi créé entre la protection dans la dimension nationale et dans la dimension supranationale a engendré de nombreuses craintes qui ont été clairement exprimées dans le rejet par référendum du Traité constitutionnel.

Chapitre 2: L'intégration négative des libertés économiques et le rapport avec les systèmes nationaux du welfare

A partir des années 1980, avec les premières directives en matière de travail, l'équilibre a été rompu puisque l'expansion du droit communautaire n'a pas réussi, malgré les prévisions du Traité d'Amsterdam, à produire des réponses « compensatoires » dans la sphère des politiques sociales, et les principes de la constitution économique européenne se sont imposés en « s'infiltrant »⁴⁵, par le biais de l'intégration négative, au-delà des frontières tracées par les Traités constitutifs, posant de fortes limites aux législateurs nationaux et, de plus en plus, aux autonomies des partenaires sociaux, pratiquement dans tous les domaines qui étaient auparavant réservés à leur seule souveraineté. De fait, on assiste à la pénétration des contraintes imposées par le droit commun de la concurrence dans la sphère des politiques publiques et des droits sociaux nationaux⁴⁶. La Cour, en

⁴⁵ Voir G. Lyon-Caen, « L'infiltration du droit du travail par le droit de la concurrence », *Droit Ouvrier*, 1992, spéc. p. 313.

⁴⁶ Voir Lord Wedderburn, « Diritto del lavoro: 40 anni dopo » *Lavoro e Diritto*, 2008 p.155.

statuant que la mobilité des travailleurs temporairement détachés dans le cadre d'une prestation de service devait être assujettie aux règles prévues par l'art. 49⁴⁷ et non à celles prévues par l'art. 39, c'est-à-dire l'égalité de traitement des travailleurs en fonction de la législation du pays d'accueil, apportait une révolution en la matière. Quand, en 1991⁴⁸, ce principe a été étendu aussi à la liberté de prestation de services « tout court », la concurrence des systèmes est entrée en conflit total avec les systèmes nationaux du travail. En effet, dans cette optique, la défense contre les risques de *dumping* social représente, désormais, un motif légitime de restriction à la libre circulation de services, seulement, si elle se relève adéquate et proportionnée, conformément à l'art. 49, et ceci comporte le risque d'abaissement de la protection à un standard inférieur dicté par la réglementation du pays du travailleur détaché.

Comme il sera vu dans le chapitre suivant, cet équilibre est en train d'évoluer et la Cour a déterminé un nombre croissant de droits sociaux fondamentaux qui sont protégés à l'instar des libertés économiques. Malgré cela, ce déséquilibre entre les droits a créé de fortes résistances de la part des États membres qui craignent de voir se démanteler leurs propres systèmes de protection des droits sociaux. Suite à la création de la citoyenneté européenne et du développement donné par la Cour de Justice à la protection (voir art. 12) du droit à la non-discrimination relative à la nationalité, cette tension s'est accrue ; c'est pourquoi l'écriture de la Charte des droits fondamentaux, qui repose sur le principe d'indivisibilité des droits, ouvre de nouveaux scénarii de convergence possible des systèmes nationaux et de la protection supranationale.

A. La citoyenneté européenne et le problème de la convergence des systèmes nationaux de la sécurité sociale

Avec l'institution de la citoyenneté européenne, prévue par le Traité de Maastricht, le principe de non-discrimination basée sur la nationalité et la liberté de circulation ont acquis de nouvelles significations. En effet, être citoyen européen signifie, aujourd'hui, pouvoir se déplacer sur tout le territoire communautaire et pouvoir jouir de tous les droits

⁴⁷Voir Arrêt *Rush Portuguesa* C-113/89, 27 mars 1990, Rac. [1990] p. I-01417

⁴⁸Voir Arrêt *Säger* C- 76/90, 25 juillet 1991, Rac. [1991] p. I-04221.

qui étaient historiquement liés à la citoyenneté nationale ainsi qu'à d'autres totalement nouveaux. Cela signifie, avant tout, pouvoir profiter de l'accès aux services de sécurité sociale d'un autre pays membre comme si l'on était dans son propre pays. Mais, bien entendu, ceci comporte plusieurs problèmes pour les systèmes nationaux qui doivent aussi faire face aux exigences des citoyens étrangers qui, précisément grâce au statut de la citoyenneté européenne, doivent pouvoir jouir des mêmes protections que les citoyens nationaux⁴⁹.

Concernant l'aspect qui nous intéresse, il faut noter que plus l'institution de la citoyenneté européenne devient précise, plus les systèmes nationaux de *welfare* doivent moduler leurs propres systèmes et ceci comporte encore une fois une réaction nationale. Pour éviter que les coûts nationaux ne décuplent, les États tendent, en effet, à mettre en place des limitations à l'utilisation des services. Ces limitations ne pouvant, toutefois, être basées sur le critère de la nationalité, étant donné la sanction dont elles seraient l'objet de la part de la Cour de Justice, les États insistent sur d'autres critères : par exemple, la limitation des places pour l'accès à l'université ou la hausse du coût des prestations sanitaires. Ces limitations ont donc l'effet général de diminuer la protection générale offerte aussi bien aux citoyens nationaux qu'aux citoyens communautaires dans les systèmes internes, favorisant et augmentant cette « désintégration des systèmes nationaux de sécurité sociale »⁵⁰ dont il a été précédemment parlé. A partir de l'analyse menée jusqu'ici, on peut tirer deux premières conclusions. Si, d'une part, il paraît évident que les systèmes nationaux conservent des caractéristiques spécifiques et différenciées dans le domaine social, il est d'autre part possible d'affirmer qu'en Europe, il existe une vision commune par rapport au catalogue de droits sociaux. Et il existe notamment des droits sociaux qui sont typiquement européens : pensions d'ancienneté, assurances maladie et d'accidents, protection du travail et protection en cas de licenciement, santé et éducation, protection de la maternité et de l'enfance.

L'Union n'a pas de compétence dans le domaine social et son action vise donc non pas à l'harmonisation des législations des États membres, mais plutôt à leur

⁴⁹ Voir M. Dougan, « Expanding the frontiers of the Union citizenship by dismantling the territorial boundaries of the National welfare states? », in C. Barnard and O. Odudu (dir.), *The outer limits of European union law*, Oxford, Hart Publishing, 2009, spéc. p. 116 ss.

⁵⁰ Voir S. Simitis, « Dismantling or strengthening labour law: the case of European Court of Justice », *European Law Journal*, 1996, p. 1-57.

rapprochement. Cependant, la réglementation communautaire s'est développée grandement dans certains domaines et, par conséquent, les États membres, tout en gardant de larges marges de manœuvre, ont adopté des législations similaires dans ces domaines. L'impossibilité d'une action communautaire dans un large rayon a toutefois mené à la création d'un dédoublement du système européen : d'une part, le plan économique, avec les libertés qui lui sont liées, fortement harmonisé, et, d'autre part, le plan social nettement national et souvent en contraste avec le premier.

La jurisprudence de la Cour de Justice a également contribué à créer ce double voie et le développement de la protection des libertés économiques fondamentales a souvent prévalu sur celui des droits sociaux. On peut donc affirmer que, jusqu'à aujourd'hui, le problème principal, et la raison d'être même de l'intervention communautaire dans le domaine social, a été de faire coexister les différents systèmes de *welfare* nationaux avec la création du marché commun, afin d'assurer la « vitalité des différentes traditions nationales du droit du travail et de la sécurité sociale de manière compatible avec les exigences de construction d'un espace qui exige l'uniformisation des conditions de concurrence des entreprises et le déploiement libre et uniforme des libertés économiques »⁵¹. Le débat récent a donc été centré sur la recherche d'un nouvel équilibre, qui puisse reconstruire une politique sociale européenne à travers la recomposition du marché intérieur et des droits sociaux. De ce point de vue, il est en effet nécessaire que les droits sociaux retrouvent leur place de droits fondamentaux également dans l'acquis communautaire, en vue d'un développement futur plus harmonieux et équilibré.

Nous analyserons donc, dans le deuxième Titre, l'évolution récente de la politique sociale européenne et de la jurisprudence de la Cour de Justice qui vise à la recherche d'un nouvel aménagement des politiques sociales nationales et communautaires et nous examinerons l'importance de la rédaction de la Charte des droits fondamentaux qui, en renforçant la triade droits civils, droits politiques et droits sociaux, pourrait représenter la nouvelle base pour développer un rééquilibre entre marché intérieur et systèmes nationaux de *welfare*.

⁵¹ Voir S. Giubboni, « Governare le differenze: modelli sociali nazionali e mercato unico europeo », in T. Treu, "La Costituzione economica a 60 anni dalla Costituzione", www.astrid-online.it/rassegna/02-09-2009/Giubboni, spéc. p. 2.

Titre 2: Les droits sociaux et la Charte de droits fondamentaux de l'Union européenne

Après avoir analysé et retracé le panorama des droits sociaux dans le cadre des systèmes des États membres ainsi que leur reconstruction dans le cadre de l'acquis communautaire, il est maintenant opportun de se consacrer à l'analyse de la protection que ces droits présentent concrètement dans l'acquis communautaire.

Bien que, comme déjà noté, il n'y ait pas eu, jusqu'à l'introduction du Traité de Nice, un catalogue communautaire des droits sociaux juridiquement contraignants, ces derniers ont trouvé une place dans la jurisprudence de la Cour de Justice. Il est toutefois important de souligner que la Cour ne s'est pas tant intéressée à la protection de chacun des droits sociaux, qui rentrent encore dans la sphère d'action de chaque État membre, qu'à la protection des garanties sociales des citoyens migrant à l'intérieur du territoire de l'Union. Il est à constater, en effet, que, au fur et à mesure que la liberté de circulation, d'une part, et l'introduction de la citoyenneté européenne, d'autre part, ont étendu leur portée, un intérêt de plus en plus grand a été porté à la situation de tout migrant. Le principe de base qui a été pris en compte a été celui de la nécessité de garantir à cette catégorie de sujets un minimum de protection sociale non seulement dans leur pays d'origine mais surtout dans le pays d'accueil, afin d'éviter des discriminations fondées sur la nationalité.

Une attention particulière doit donc être portée sur la discipline des prestations sociales transfrontières qui, à partir des années 1980, a vu croître la protection de la part de la Cour de Justice. Quand on parle de prestations sociales transfrontières, on se réfère à toute cette série de services (santé, instruction, prestations sociales, etc.) auxquels le citoyen national a accès de par le seul fait d'être citoyen et qui ne sont généralement pas garantis, ou du moins pas dans la même mesure, aux non-nationaux. Il est, néanmoins, évident qu'avec la création d'un marché unique où la possibilité de circuler et de séjourner est devenue effective pour les citoyens des 27 États membres, il a été nécessaire de garantir aussi aux citoyens européens tous les services qui n'étaient normalement garantis qu'aux nationaux.

La protection de ces situations s'est développée dans la jurisprudence de la Cour sur la base de deux principes fondamentaux : la non-discrimination et l'égalité de traitement, d'une part et la solidarité, d'autre part.

Chapitre 1. Le principe de solidarité dans l'ordre juridique communautaire

Encore une fois, le protagoniste du développement de la protection des droits sociaux dans l'UE aura été la Cour de Justice. Sans vouloir parler de « jurisprudence héroïque », il est cependant certain que, notamment concernant la protection de l'accès transfrontières aux services d'assistance sociale, la Cour a indiqué la voie au législateur communautaire. En effet, à partir des années 1990, sa jurisprudence, se basant sur la nouvelle institution de la citoyenneté européenne, a innové sensiblement dans l'application même des normes de droit secondaire, finissant par étendre petit à petit à la liberté de circulation des travailleurs, d'établissement et de prestations de services, l'interdiction de poser des limites, y compris à caractère non purement discriminatoire⁵². Ce sont notamment les limites fixées par les directives en matière de libre circulation qui ont subi une évolution remarquable pour arriver, comme il sera vu, à la publication de la directive 2004/38 qui reprend essentiellement la jurisprudence de la Cour elle-même.

Il faut préciser que la réglementation communautaire en matière de politique sociale repose sur quelques principes fondamentaux qui en dictent les lignes directrices : le principe de solidarité et celui de non-discrimination/égalité des chances, transnationalité/citoyenneté communautaire/liberté de circulation. Ces principes doivent, quoi qu'il en soit, se plier au système du principe de subsidiarité, puisqu'en matière sociale, la compétence réglementaire revient exclusivement aux États membres, comme le confirme également le traité de Lisbonne⁵³. Ainsi l'Union ne peut-elle adopter d'actes contraignants qui puissent lancer une véritable politique sociale de type communautaire et

⁵² Voir C. Barnard, *The substantive law of the EU. The four freedoms*, Oxford, Oxford University Press, 2004, spéc. p. 256 ss.

⁵³ Voir les articles 2,3,4,5,6 TUE.

ceci explique bien le motif de la nécessité du rapprochement des systèmes nationaux en la matière. La politique sociale communautaire semble aujourd'hui sectorielle et, certainement, non homogène puisqu'elle se développe au-delà et de manière parallèle par rapport au cadre réglementaire communautaire classique. Actuellement, les citoyens de l'Union jouissent d'une série de garanties en matière de reconnaissance et de protection de l'accès aux prestations sociales fournies par chaque État membre qui ne reposent pas sur une réglementation structurée, mais sur des règles de rattachement savamment interprétées par la Cour de Justice. Les articles 18, 21 TFUE⁵⁴ interprétés conjointement garantissent aux citoyens communautaires migrants des prestations dans le pays de séjour à des conditions d'accès équivalentes à celles des citoyens nationaux. Ils sont donc titulaires de toutes les garanties, et seulement des garanties, que le système de ce pays prévoit, mais ils ne sont pas titulaires de droits sociaux communautaires directement justiciables, ceci parce que l'interprétation de ces articles se base sur le principe que, une fois que les États membres garantissent l'égalité d'accès aux prestations sociales pour les citoyens migrants, le niveau et les standards de protection que chaque système choisit ne peuvent faire l'objet d'un contrôle de la part de la Cour.

Ce type d'approche repose sur des bases fondamentalement opposées par rapport à celles des politiques classiques du marché communautaire : le marché intérieur s'est construit à partir du haut, dans une relation selon laquelle la réglementation institutionnelle a modifié celle des États membres en la faisant converger vers des objectifs communs, en modifiant et en innovant les relations entre eux ; la politique sociale communautaire, au contraire, ne modifie pas l'objet de la relation mais les sujets de celle-ci. Le citoyen communautaire a un statut fondamental⁵⁵, duquel dérive le droit d'accéder, à égalité de conditions, aux prestations sociales nationales. Il est titulaire d'un certain nombre de prestations sociales auxquelles il peut prétendre dans l'État membre où il réside, et ces prestations varient selon le lieu et le système dans lesquels le citoyen vit et travaille. En ce sens, l'interprétation de la Cour laisse de côté la logique des prestations minimum et des

⁵⁴ L'article 18 (ex art. 12 Tue) prévoit le principe de non discrimination ; l'article 21 (ex art. 18 Tue) la libre circulation.

⁵⁵ Voir dans ce contexte l'affirmation de la Cour de Justice selon laquelle « le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres », arrêt 20.09. 2001, C -184/99, *Grzelczyk*, in Racc. Pag. I- 93, point 1, et 17.09. 2002, arrêt C-413/99, *Baumbast et R*, in Racc. Pag. I- 7091, point 82.

standards et finit par accepter l'indifférence du modèle national de référence pourvu qu'on ne refuse pas au citoyen communautaire la possibilité d'y accéder aux mêmes conditions que le citoyen national.

La reconnaissance accordée au principe de solidarité dans l'acquis communautaire prévoit trois macro-milieus de destination : les générations, les États membres et les personnes, faisant référence, en tant que base de la Constitution européenne, à ce lien qui constitue le fondement de la société civile d'abord nationale et, aujourd'hui, également supranationale⁵⁶. Pour l'application concrète, dans le cadre de litiges concernant l'attribution de prestations transfrontières, la Cour de Justice semble utiliser le principe de solidarité de deux manières distinctes. Elle l'entend, d'une part, comme défense de l'État providence national pour les citoyens non-migrants et, d'autre part, comme obligation des États membres envers les citoyens migrants. Cette approche, notamment envers les citoyens migrants, dont les attentes se fondent sur le droit communautaire, est de type « incrémentiel », c'est-à-dire qu'au fur et à mesure que le séjour du citoyen migrant s'allonge, les devoirs de solidarité du pays d'accueil augmentent.

Selon cette répartition, la solidarité nationale n'est pas entendue, par le droit de l'Union, comme une activité économique, en d'autres termes, les prestations sociales de l'État prévues pour les citoyens nationaux non migrants ne peuvent être assujetties aux normes du marché intérieur. Plusieurs arrêts se fondent sur ce principe. Les arrêts *Poucet et Pistre*⁵⁷ en matière d'assurance maladie et de maternité, et les cas *Sodemare*⁵⁸ et *AOK*⁵⁹ en matière de gestion des services des maisons de retraite et des caisses d'assurance maladie pour l'achat de médicaments, affirment que les assurances prises en considération jouent, selon la Cour, un rôle de protection identique pour tous les inscrits au système.

Il s'agit en effet de prestations sociales garanties aux citoyens nationaux non migrants, uniquement sur la base du droit national, et qui ne sont donc pas en conflit avec le droit communautaire car le facteur de la transnationalité n'entre pas en jeu dans la possibilité d'en jouir et elles ne rentrent donc pas dans le cadre d'application du marché unique. En effet, le droit communautaire n'entre pas en conflit avec les systèmes

⁵⁶ Voir en particulier le préambule du Traité de Lisbonne..

⁵⁷ Affaires jointes C-159/91 e C-160/91 Rac. [1993] p. I-00637

⁵⁸ Arrêt C-70/95 Rac. [1997] p. I-0339

⁵⁹ Affaires jointes C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01 Rac. [2004] p. I-02493

nationaux puisqu'il n'existe pas de standard ou modèle communautaire de référence de *welfare state*. Ainsi, il n'est pas du ressort du droit communautaire de contrôler la conformité à un standard de protection qui, de fait, n'existe pas au niveau communautaire. La protection donnée par la Cour de Justice repose donc sur le principe de non-discrimination entendue comme illégitimité de traitement différencié pour de telles situations ; mais, du moment qu'il n'y a pas de discrimination dans ce sens, et parce que le rapport se développe et se termine à l'intérieur d'un seul système national, qui traite de la même manière tous les inscrits – en l'occurrence à une assurance sociale particulière –, le droit communautaire ne crée aucune contrainte. La Cour soutient donc que, tant que l'accès aux prestations sociales est garanti, aux mêmes conditions, à tous ceux qui font référence à un système précis, que ces derniers soient citoyens nationaux ou communautaires, il n'y a pas de discrimination puisque le système national est parfaitement conforme à son propre système interne. Or, comme nous l'avons précisé, l'Union a une vision solidaire des 27 systèmes sociaux, c'est-à-dire que ce qui lui importe n'est pas quel droit ou prestation sociale le système choisit de garantir mais plutôt que le modèle de référence soit appliqué à tous les inscrits de manière non discriminatoire. Le droit communautaire n'intervient pas dans la question des choix en matière de politique sociale de chaque État membre, pourvu que, une fois ce choix effectué, il soit administré de façon non discriminatoire et solidaire envers les citoyens du pays, qu'ils soient citoyens nationaux d'origine (par naissance ou nationalisation) ou citoyens européens.

Dans cette optique, la solidarité entre États est entendue comme étroitement liée au principe de non-discrimination des individus. En ce qui concerne les citoyens migrants, la Cour soutient que « le statut de citoyen de l'Union est, en effet, destiné à être le statut fondamental des ressortissants des États membres permettant à ceux parmi ces derniers qui se trouvent dans la même situation d'obtenir, indépendamment de leur nationalité et sans préjudice des exceptions expressément prévues à cet égard, le même traitement juridique »⁶⁰. Cela signifie que les citoyens migrants ont le droit de prétendre aux mêmes traitements dont peuvent bénéficier les citoyens du pays d'accueil, aux mêmes conditions

⁶⁰ Affaire C- 184/99 *Grzelczyk c. Centre public d'aide social d'Ottignies-Louvain_la-Neuve, Rac*. [2001] p. I-06193, par. 31, et Conclusions de l'avocat général La Pergola Arrêt C- 85/96 *Martinez Sala, Rac*. [1998] p. I-02691.

que ces derniers⁶¹. L'approche adoptée par la Cour dans l'interprétation de ce type d'attributions peut être définie comme étant de type "incrémentiel"⁶², c'est-à-dire que les droits "sociaux", ou plus exactement les prestations sociales, des citoyens migrants, augmentent au fur et à mesure que le citoyen migrant prolonge son séjour dans le pays d'accueil. Ce type d'interprétation a été présenté pour la première fois par l'Avocat Général La Pergola dans les affaires jointes *Stöber et Pereira*⁶³, dans lesquelles il soutient que la situation des citoyens migrants passe d'une première phase (court séjour), où les droits aux prestations sont très limités, à une seconde phase (moyen séjour), où les migrants doivent être titulaires des mêmes prestations que les citoyens nationaux mais à travers la solidarité transnationale, et, enfin, une situation d'égalité avec les citoyens nationaux (long séjour), où les droits sociaux sont attribués aux migrants sur la base du principe de solidarité nationale.

Ce type d'approche est le même qui a été adopté ensuite par la Directive relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres⁶⁴. En effet, la directive reprend précisément la distinction concernant les résidents à long terme, distinction qui a été faite par la Cour de Justice à partir de l'arrêt *Martinez Sala*. Il faut constater que cette jurisprudence marque un point de rupture avec les dispositions précédentes. En effet, la directive 90/364/CEE⁶⁵, qui fut la première à introduire le droit de circulation et de séjour des citoyens de l'Union, assujettissait ces libertés, pour le citoyen qui, ne possédant pas le statut de travailleur, pouvait être considéré comme économiquement inactif, à deux conditions : d'une part, être titulaire de ressources économiques afin d'éviter que ce citoyen ne devienne une charge pour la sécurité sociale du pays d'accueil et, d'autre part, avoir une assurance qui garantisse la couverture complète en cas de maladie. Cette directive configure, de fait, deux types de droits de nationalité : d'une part, celui des citoyens économiquement actifs

⁶¹ Voir Affaire C-147/08: Arrêt de la Cour (grande chambre) du 10 mai 2011 *Jürgen Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg*, JO C 194 du 2.7.2011, p. 2–3.

⁶² Voir C. Barnard, EU Citizenship and the principle of solidarity, in M. Dougan, E. Spaventa, *Social welfare and EU law*, Hart Pb., 2005, spéc. p. 166 ss.

⁶³ Affaires jointes C- 4/95 e C-5/95, *Rac*. [1997] p. I-00511.

⁶⁴ Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, in JO L 158 du 30.4.2004, Pag. 77–123.

⁶⁵ Directive 90/364/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relatif au droit de séjour, in JO L 180 du 13.7.1990, Pag. 26–27.

titulaires de l'accès transfrontalier aux services d'assistance sociale du pays d'accueil, sur la base de leur contribution au développement économique du pays⁶⁶, d'autre part, celui des citoyens économiquement inactifs exclus de ces bénéficiaires.

Ce fut précisément la jurisprudence de la Cour de Justice, inaugurée avec le cas *Martinez Sala*, qui a rompu avec ce type de vision duale de la citoyenneté européenne, ouvrant la voie à une vision unitaire. Les droits d'accès transfrontalier aux services sociaux paraissent, en effet, être consolidés, dans l'optique de la libre circulation et d'accès au *welfare*, également pour le citoyen économiquement inactif, dans le sens d'une reconnaissance donnée à tous les citoyens européens qui peuvent en bénéficier en tant que migrants et citoyens communautaires. Dans le cas *Sala*, Madame Sala était une citoyenne espagnole, qui vivait en Allemagne depuis l'âge de 12 ans, suite au renouvellement de ses permis de séjour, et quand elle eut un enfant en 1993, les autorités allemandes lui refusèrent les allocations pour élever son fils, car elle ne travaillait pas et son permis de séjour n'était plus valable mais en cours de renouvellement. La Cour, répondant à la question posée, à savoir si ce type de refus représentait une discrimination envers Madame Sala, considère que la situation de cette dernière rentre dans le cadre des prévisions sur la citoyenneté. En tant que citoyenne communautaire résidente dans un État membre différent de son pays d'origine, elle jouit, en effet, des droits prévus par l'art. 17.2 CE, notamment celui de ne pas être discriminée sur la base de sa nationalité, en vertu de l'article 12 CE. Le refus de l'allocation de la part des autorités allemandes représente donc, aux yeux de la Cour, une discrimination car, bien que Madame Sala soit légalement résidente sur le territoire allemand, on lui demandait, pour obtenir l'allocation, de fournir un document (permis de séjour) qui n'était, au contraire, pas nécessaire pour les citoyens nationaux. Ainsi, conclut la Cour, Madame Sala a subi une discrimination directe sur la base de l'art. 12, qui ne peut être justifiée, au demeurant, à titre dérogatoire.

L'observation fondamentale de la Cour est de considérer qu'un citoyen de l'Union qui réside légalement et pendant longtemps sur le territoire d'un État membre d'accueil peut bénéficier du principe d'égalité de traitement reconnu par le traité, dans toutes les

⁶⁶ Voir C. Tomuschat, « Nota sur l'arrêt *Martinez Sala* », *Common Market Law Review*, 2000, p. 455.

situations qui rentrent dans le domaine d'application *ratione materiae* du droit communautaire⁶⁷.

Comme l'a pertinemment écrit O. Golynger, la Cour sépare « le concept de séjour légal des exigences et des conditions auxquelles est assujéti le droit de résider dans un autre État membre, avec pour conséquence que la nature conditionnée de ce droit s'avère neutralisée par le principe d'égalité de traitement sur la base de l'art. 12 »⁶⁸. La situation des résidents à moyen terme est, quant à elle, examinée dans l'arrêt *Grzelczyk*⁶⁹. Il s'agissait d'un étudiant français qui étudiait dans une Université en Belgique. Après trois années de résidence, il demandait le *minimex* (allocation pour un revenu minimum garanti) qui lui était, toutefois, refusé par les autorités belges parce que M. Grzelczyk n'était pas citoyen belge et que, puisqu'il était étudiant étranger, il avait l'obligation de disposer de ressources économiques suffisantes, comme le prévoit la directive 93/96. Selon la Cour, on se trouve dans ce cas aussi face à une violation de l'art. 12 puisque M. Grzelczyk, citoyen de l'Union, se trouve dans la situation d'exercer les « libertés fondamentales garanties par le traité et celles relevant de l'exercice de la liberté de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres telle que conférée par l'article 8 A du traité »⁷⁰. À cela, la Cour ajoute que, M. Grzelczyk étant étudiant, il doit aussi remplir correctement les exigences de la directive 93/96, qui prévoit que les étudiants migrants sont tenus d'avoir des ressources économiques suffisantes afin d'éviter qu'ils ne deviennent, pendant leur séjour, une charge pour la sécurité sociale de l'État membre d'accueil. La conséquence en est que l'attribution des allocations ne peut être un résultat direct de la simple présentation de la demande mais, conclut la Cour, que M. Grzelczyk, ayant résidé légalement et par ses propres ressources en Belgique, pendant trois ans, a droit au *minimex*, même si pour une période limitée, afin de ne pas constituer une charge trop lourde pour la sécurité sociale. La Cour interprète dans ce cas les dispositions du Traité et de la directive selon le principe de proportionnalité, et opère un équilibre entre les normes sur la citoyenneté et les dispositions limitatives de la directive.

⁶⁷ Voir point 36 de l'arrêt.

⁶⁸ Voir O. Golynger, « Jobseekers 'rights in the European Union : challenges of chaining the paradigm of social solidarity », *European Law Review*, 2005, p.11-122, spéc. p. 120.

⁶⁹ Arrêt C-184/99 *Rac*. [2001] p. I-06193.

⁷⁰ Voir point 33 de l'arrêt et aussi l'arrêt 24 novembre 1998, C-274/96, *Bickel e Franz*, *Rac*. p. I-7637, point 15 e 16.

Dans l'interprétation de la Cour, la condition de posséder des ressources suffisantes dans l'État membre de résidence peut donc aussi être assujettie au contrôle de proportionnalité. Ce principe est réaffirmé dans l'arrêt *Chen*⁷¹, où la Cour soutient que les ressources économiques du citoyen migrant ne doivent pas nécessairement provenir exclusivement du sujet intéressé, quand celles-ci peuvent être garanties par un membre de la famille qui l'accompagne.

Le lien existant entre longueur du séjour et solidarité est bien déterminé par les mots de l'Avocat Général Geelhoed dans ses conclusions sur l'arrêt *Ninni-Orasche*⁷², dans lesquelles il soutient que « le principe d'une solidarité financière minimale peut, dans certaines circonstances objectives à déterminer, engendrer un droit à l'égalité de traitement ». Cette interprétation s'applique à tous les cas où un citoyen européen séjourne légalement depuis déjà longtemps dans un État membre différent de celui dont il est citoyen, bénéficiant d'un statut qui ne dépend pas de l'exercice des libertés économiques fondamentales du Traité, elle est fondée sur l'institution de la citoyenneté communautaire qui est norme primaire et, par conséquent, « une telle situation doit, pour une série de raisons, relever du domaine d'application du traité, ce qui implique que le ressortissant de l'Union européenne bénéficie de l'égalité de traitement »⁷³.

Cette interprétation est reprise également par l'Avocat Général Colomer dans ses conclusions sur l'arrêt *Collins*⁷⁴, affaire où un citoyen irlandais qui venait de s'installer au Royaume-Uni se voyait refuser l'allocation chômage. Selon l'Avocat Général, en effet, « au stade actuel de son évolution, le droit communautaire n'exige pas le versement d'une allocation de subsistance, destinée aux personnes à la recherche d'un emploi et disposant de ressources insuffisantes, à un citoyen de l'Union qui recherche un emploi dans un État membre où il ne justifie ni d'un enracinement ni de liens avec le marché du travail de cet État »⁷⁵. La Cour de Justice, même si elle n'aborde pas la question de la solidarité, suit les indications de l'Avocat Général en soutenant que le droit à l'égalité de traitement pour M.

⁷¹ Arrêt C-200/02 *Rac*. [2004] p. I-09925

⁷² Arrêt C-413/01, *Rac*. [2003] p. I-13187.

⁷³ Paragraphes 90 e 91 des conclusions.

⁷⁴ Arrêt C-138/02, *Rac*. [2004] p.I-02703.

⁷⁵ Paragraphe 76 des conclusions.

Collins, fondé sur l'art. 39 et sur le Règlement 1612/68⁷⁶ se limite, au vu des circonstances, à la liberté en matière d'accès au travail et n'inclut pas les aides sociales.

Le cœur de la décision réside dans l'articulation du test de proportionnalité, notamment en ce qui concerne la pertinence de la nécessité d'être résident, par rapport à l'exigence légitime d'établir un lien direct entre la personne à la recherche d'un emploi et le marché du travail du pays d'accueil. En effet, le caractère central du statut de citoyen reconnu par les articles 12 et 18 impose une relecture de toutes les autres libertés et, notamment, de la liberté de circulation des personnes. Dans ce cas précis, la véritable nouveauté réside dans les facteurs du test de proportionnalité et peu importe qu'à la fin, la Cour considère que les restrictions imposées par le gouvernement britannique soient justifiées. Dans ce type d'interprétation, on remarque bien la volonté de la Cour de limiter, ou au moins de ne pas encourager, ce qui est défini comme le « tourisme social ». En effet, elle est bien consciente qu'une ouverture excessive envers l'égalité de traitement des travailleurs migrants de courte durée risquerait de causer de fortes réactions de la part des États qui craignent des excès en termes de dépenses sociales au profit de citoyens non nationaux. Face à un tel risque, la jurisprudence initiale, qui tendait à renforcer la vision de solidarité pour les sujets migrants à court terme, comme les étudiants, les touristes ou les malades, comme cela a été le cas dans les affaires *Cowan*⁷⁷, *Gravier*⁷⁸ et *Kohll*⁷⁹, est atténuée, en ce sens que l'on restreint son interprétation, en acceptant des limites plus sévères quant à l'attribution des allocations nationales aux migrants de courte durée. Cette

⁷⁶ Règlement (CEE) n. 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté in *JO* n. L 257 du 19.10.1968.

⁷⁷ Arrêt C-186/87 *Rac*. 1989 p. 00195, la Cour affirme que «le droit communautaire garantit à une personne physique la liberté de se rendre dans un autre État membre, la protection de l'intégrité de cette personne dans l'État membre en cause, au même titre que celle des nationaux et des personnes y résidant, constitue le corollaire de cette liberté de circulation. Il s'ensuit que le principe de non-discrimination s'applique à des destinataires de services au sens du traité, pour ce qui concerne la protection contre le risque d'agression et le droit d'obtenir la compensation pécuniaire prévue par le droit national lorsque ce risque se réalise. Le fait que l'indemnité en cause soit financée par le trésor public ne saurait modifier le régime de la protection des droits garantis par le traité. » (*par. 17*).

⁷⁸ Arrêt C-293/83, in *JO L 157 du 15.6.1983*, p. 26–26.

⁷⁹ Arrêt C-158/96 *Rac*. 1998 p. I-01931e selon la Cour « l'article 59 du traité s'oppose à l'application de toute réglementation nationale ayant pour effet de rendre la prestation de services entre États membres plus difficile que la prestation de services purement interne à un État membre » et « Par conséquent, une telle réglementation décourage les assurés sociaux de s'adresser aux prestataires de services médicaux établis dans un autre État membre et constitue, tant pour ces derniers que pour leurs patients, une entrave à la libre prestation des services », (*parr. 33-35*).

évolution apparaît clairement dans les affaires *Brown*⁸⁰, *D’Hoop*⁸¹ et *The Queen*⁸², où la Cour accepte la vision soutenue par les États et considère comme légitimes les limites posées pour l’attribution d’allocations, dans les cas où il n’existe pas de lien direct entre la personne demandant l’allocation et le marché du travail national, soutenant que, dans un tel contexte, il est légitime que le législateur national veuille être certain de l’existence d’un lien réel entre ceux qui demandent de telles indemnités et le marché géographique du travail concerné. Même dans ces cas-là, la Cour soutient, toutefois, que de telles limitations ne peuvent être justifiées que si elles sont fondées sur des considérations objectives, indépendantes de la nationalité des personnes concernées et proportionnées à l’objectif légitimement poursuivi par le droit national⁸³.

L’introduction de la citoyenneté européenne suite au Traité de Maastricht a donc apporté de nouveaux aspects problématiques dans le thème déjà controversé des citoyens migrants, en ce sens qu’elle a accru davantage la tension entre autorités communautaires et souverainetés nationales. En effet, la Cour de Justice a, notamment, interprété la combinaison des articles 12 et 18 TUE dans le sens que « le statut fondamental des ressortissants des États membres leur permet d’obtenir un traitement juridique identique indépendamment de leur nationalité, dans les domaines couverts par le droit communautaire »⁸⁴ ; élargissant le droit à la libre circulation, à travers son approche téléologique [...] de manière si avancée qu’il a non seulement égalé, mais même dépassé celui qui était ordinairement appliqué aux simples prévisions économiques du traité »⁸⁵. Grâce à cette jurisprudence créative, l’institution de la citoyenneté européenne est arrivée à constituer « une expérience unique dans l’extension des liens sociaux et politiques au-delà des frontières nationales⁸⁶ ».

Ce type d’approche, notamment envers les citoyens dits « inactifs », apparaît également clairement dans l’affaire *De Cuyper*⁸⁷, dans laquelle la Cour évalue la

⁸⁰ Arrêt C-197/86, *Rac.* [1988] p. I-03205.

⁸¹ Arrêt C- 224/98, *Rac.* [2002] p. I-06191.

⁸² Arrêt C-209/03, *Rac.* [2005] p. I-02119.

⁸³ Voir dans le même sens arrêt C-274/96 *Bickel e Franz*, *Rac.* p. I-7637, points 15 e 16, et *Grzelczyk*.

⁸⁴ Voir arrêt C- 184/99 *Rudy Grzelczyk*, point 31.

⁸⁵ Voir E.Dougan, « The constitutional dimension to the case law on Union citizenship », *European law Review*, 2006, 613-641, spec p. 625.

⁸⁶ Voir D. Kostakopoulou, « European Union Citizenship: writing the future of Europe », *European law Journal*, 2007, 591-610, spéc. p. 624.

⁸⁷ Arrêt C-406/04 *Rac.* [2006] p. I-06947.

compatibilité du refus d'une allocation chômage belge, suite au changement de résidence du bénéficiaire. Dans la lignée de la jurisprudence susmentionnée, la Cour affirme que les conditions de résidence imposées par les États, dans ce cas précis, basées sur les dispositions du règlement n° 1408/71, ne sont plus justifiées de manière générale et abstraite sur la base de l'art. 42 du TCE, mais seront justifiées au cas par cas comme des restrictions de la liberté de circulation, à la lumière du principe de proportionnalité. En effet, l'interdiction d'exportation des prestations non contributives comporte toujours une entrave potentielle du droit de la personne de circuler librement sur le territoire communautaire, restriction qui pourra être justifiée, dans les cas concrets, seulement à la lumière de la *rule of reason*, c'est-à-dire en appliquant le droit national conformément au principe de proportionnalité⁸⁸, avec le risque évident que l'obligation de la résidence fixée par le législateur national pour une même prestation, puisse être considérée comme légitime dans un cas et disproportionnée dans un autre⁸⁹.

L'affaire *Förster*⁹⁰, réglée par la Grande Chambre le 18 novembre 2008, est un exemple de la manière dont la Cour de Justice interprète l'institution de la citoyenneté en concurrence avec les limites posées par les États à l'attribution des allocations. L'affaire concernait une jeune fille allemande qui s'était installée en 2000 aux Pays-Bas pour suivre un cours de pédagogie. Durant sa période d'études, elle exerçait diverses activités rémunérées et percevait une aide sociale de la part du gouvernement hollandais, car elle était considérée comme salariée conformément à l'art. 39 TCE. Suite à la cessation de son activité de travail, en 2003, l'allocation lui était retirée. Selon l'administration hollandaise, Mme Förster, en effet, ne rentrait plus ni dans le cadre de salariée ni dans une situation d'étudiante comme celle qui a été définie dans l'affaire *Bidar*⁹¹, et le règlement hollandais prévoit une période de séjour minimum de cinq ans pour pouvoir bénéficier d'une bourse d'étudiant.

A la différence de ce qui est soutenu par l'Avocat Général Mazak, la Cour refuse d'accorder l'allocation puisque la demande ne rentre pas dans les hypothèses prévues par l'art. 2 du règlement n° 1251/70.

⁸⁸ Voir dans le même sens Arrêt *Hendrix*, C- 287/05 *Rac.*[2007] p. I-06909.

⁸⁹ Voir ad exemple les arrêts C- 213/05 *Wendy Geven* (in *Rac.* [2007] pag.I-06347) et C-212/05 *Hartmann* *Rac.*[2007] par.I-06303.

⁹⁰ Arrêt C-158/07, *Rac.* [2008] p. I-08507.

⁹¹ Arrêt C-209/03, *Rac.* [2005] p. I-02119.

Selon la Cour, l'arrêt *Bidar* a, en effet, voulu dire que, « bien que les États membres soient appelés à faire preuve, dans l'organisation et l'application de leur système d'assistance sociale, d'une certaine solidarité financière avec les ressortissants d'autres États membres, il est loisible à tout État membre de veiller à ce que l'octroi d'aides visant à couvrir les frais d'entretien d'étudiants provenant d'autres États membres ne devienne pas une charge déraisonnable qui pourrait avoir des conséquences sur le niveau global de l'aide pouvant être octroyée par cet État »⁹² (voir l'arrêt *Bidar*, cit., point 56). Ainsi, un étudiant citoyen d'un État membre qui se rend dans un autre État membre pour poursuivre des études peut invoquer l'art. 12 premier alinéa TCE afin d'obtenir une bourse, seulement après avoir séjourné pendant une certaine période dans l'État membre d'accueil. En effet, l'art. 12 premier alinéa n'interdit pas l'application, envers les citoyens des autres États membres, d'une condition de résidence de cinq années, comme le prévoit le règlement hollandais.

Le statut de la citoyenneté européenne apparaît donc controversé⁹³ : selon une jurisprudence constante : « un citoyen de l'Union qui réside légalement sur le territoire de l'État membre d'accueil peut recourir à l'art. 12 CE dans toutes les situations qui rentrent dans le domaine d'application *ratione materiae* du droit communautaire (arrêt du 12 mai 1998, affaire C-85/96, *Martínez Sala*, Rec. pag. I-2691, point 63, et *Bidar*, cit., point 32) »⁹⁴. Mais si le domaine d'application *ratione personae* s'avère facile à déterminer grâce à la disposition de l'art. 17 TCE qui considère comme citoyens européens tous ceux qui ont la nationalité d'un État membre, l'application *ratione materiae* est plus complexe et, en effet, selon qu'il s'agit d'étudiants, de salariés⁹⁵ ou d'indigents⁹⁶, cette dernière varie. Selon la Cour, donc, la Directive 93/96 relative au droit de séjour des étudiants⁹⁷, qui est appliquée dans ce cas précis, accorde bien un droit de résidence mais pas directement un droit de recevoir des allocations. L'art. 12 est donc interprété dans le sens d'une limitation possible de ce dernier de la part des États membres, quand cette limitation

⁹² Voir point 48 de l'arrêt.

⁹³ Voir C. Marzo, « La définition d'une nouvelle méthode de jugement attachée à la citoyenneté européenne », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2009, 439-458, spéc. p. 444 ss.

⁹⁴ Voir point 36 de l'arrêt.

⁹⁵ Voir l'arrêt *Collins*.

⁹⁶ Voir l'arrêt *Trojani* C-456/02, in *Rac.* [2004] p. I-07573.

⁹⁷ Directive 93/96/CEE du Conseil, du 29 octobre 1993, relatif au droit de séjour des étudiants in *JO L 317 du 18.12.1993*, p. 59-60.

est légitime, nécessaire et proportionnelle. Il apparaît clairement dans l'affaire *Förster* que la Cour a effectué un pas en arrière par rapport à ce qui avait été établi dans l'affaire *Grzelcyk*. Mais il y a un nouvel élément dont la Cour doit tenir compte : la Directive 2004/38 qui fixe à 5 ans (art.24.2) la période minimum pour obtenir un permis de séjour permanent dont découle toute une série d'avantages, parmi lesquels la possibilité de demander des allocations au même titre que les citoyens nationaux, période qui peut être diminuée à la discrétion des États membres selon l'art. 27 de la même directive.

Si la Cour avait donc déterminé, avec la jurisprudence *Martinez Sala*, un axe d'interprétation pour ainsi dire "radical" où elle semblait vouloir étendre la liberté de circulation et de séjour des citoyens communautaires non actifs économiquement, en interdisant aussi les obstacles discriminatoires applicables de manière indistincte⁹⁸, elle tend, au contraire, à pondérer dernièrement cette ouverture en valorisant sous une nouvelle forme les limites posées par la directive.

A. L'effet de la directive 2004/38 dans le domaine de la sécurité sociale

Comme on l'a déjà vu, la Directive 2004/38, relative au droit des citoyens de l'Union et de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, reprend l'approche de la jurisprudence de la Cour en la matière. Ainsi distingue-t-elle un premier groupe de citoyens, qui peuvent s'installer librement pendant une période minimum de trois mois sur le territoire d'un État membre, et qui ont droit à un traitement identique, mais sans droit aux services d'assistance sociale. Un deuxième groupe, dont font partie les migrants qui résident pendant plus de trois mois dans l'État membre d'accueil, et qui ont un véritable droit de résidence s'ils travaillent ou ont suffisamment de ressources pour vivre ou s'ils sont étudiants encadrés dans un programme d'étude ou bien s'ils sont membres de la famille de l'une des catégories de personnes susmentionnés et jouissent donc du droit au travail et à l'égalité de traitement.

⁹⁸ Voir dans le même sens l'arrêt C-192/05 du 26.10.06, *Tas Hagen Rac*. [2006] p. I-10451 et C-152/05 *Commission c. Allemand Rac*. [2008] p. I-00039. Voir aussi Jacobs, « Citizenship of the European Union - A legal analysis », *European law Journal*, 2007, p. 591-610, et M. Cousin, « Citizenship, residence and social security », *European Law Review*, 2007, p. 386-395.

Enfin, un troisième groupe est représenté par les migrants qui résident dans l'État membre pour une période continue ou pendant plus de 5 ans et qui acquièrent le droit de résidence permanent et sont, de fait, traités au même titre que les citoyens nationaux. Bien que, d'un côté, la Directive semble élargir remarquablement les garanties des citoyens migrants, elle pose, d'un autre côté des limites contraignantes aux attributions d'allocations pour les migrants de courte durée. En effet, l'art. 14 pose comme condition pour exercer le droit de séjour prévu par l'art. 6 que les citoyens ne constituent pas une charge excessive pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil et, en outre, qu'ils respectent les conditions fixées par l'art. 7 de la même directive.

Une dernière restriction est représentée par la disposition de l'art. 24, qui, bien qu'elle prévoie l'égalité de traitement des migrants par rapport aux nationaux dans tous les domaines prévus par le Traité, affirme que l'État membre d'accueil n'est pas tenu d'attribuer le droit aux prestations d'assistance sociale durant les trois premiers mois de séjour, légitimant donc une différence de traitement qui n'a pas besoin d'autres justifications objectives, mais qui se base sur la nécessité de préserver les ressources financières nationales des systèmes d'assistance sociale. Cette norme ne définit toutefois pas le concept d'« assistance sociale », qui doit donc être déterminé à partir des définitions données dans d'autres actes⁹⁹, et qui se présente comme tout bénéfice/service social de nature non contributive qui constitue une dépense publique.

B. La mobilité des étudiants

Le problème de la mobilité des étudiants non Erasmus dans les divers États membres présente deux aspects différents que la Cour de Justice résout de plusieurs manières. D'une part, il y a le problème de la dépense excessive auquel les États membres, notamment ceux qui « importent » plus d'étudiants qu'ils n'en « exportent », doivent faire face et, d'autre part, les obstacles à la mobilité rencontrés par les étudiants eux-mêmes,

⁹⁹ Voir Règlement 883/2004 du Parlement et du Conseil du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale in *JO L 200 del 7.6.2004, pagg. 1-49*, et Directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, *JO L 16 du 23.1.2004, p. 44-53*.

comme la non-reconnaissance des diplômes, l'insuffisance des connaissances linguistiques et la carence des allocations et des logements.

La possibilité donnée par la libre circulation des personnes de pouvoir choisir dans quel pays effectuer ses études crée, en effet, une immense difficulté pour les ressources financières des États. De fait, la possibilité d'étudier à l'étranger et d'utiliser ensuite, dans son propre pays, le diplôme obtenu, crée une disparité entre la dépense soutenue pour l'éducation par l'État membre d'accueil et la récupération par la suite de ces coûts. Puisque, précisément, les bénéfices de l'instruction sont utilisés dans un État différent de celui où ils ont été obtenus, il n'y a pas de correspondance entre ceux qui reçoivent les bénéfices (étudiants) et ceux qui contribuent au maintien des finances publiques (contribuables). Ce type de *spill-over* risque donc de concourir à un nivellement par le bas¹⁰⁰ des systèmes d'éducation des États membres, qui pourraient être tentés d'adopter des politiques d'éducation au rabais afin de limiter l'attractivité de leurs systèmes éducatifs, évitant ainsi une augmentation massive d'étudiants étrangers¹⁰¹.

La Cour, consciente de telles difficultés, a tenté d'apporter des solutions mesurées qui permettent d'une part aux étudiants de se déplacer sans limitations excessives et, d'autre part, garantissent aux États membres une expansion limitée de la dépense éducative. Selon une première jurisprudence de la Cour de Justice, les aides aux étudiants qui se déplacent en dehors du programme Erasmus retombent dans les secteurs de compétence des États et ne rentrent donc pas dans le cadre des buts prévus par le traité et par le principe de non-discrimination¹⁰². Ce type d'approche a, néanmoins, été atténué à partir de la jurisprudence qui a suivi l'affaire *Martinez Sala*, qui a établi le droit à l'égalité de traitement en relation aux aides sociales, y compris les allocations d'entretien, non seulement en ce qui concerne les travailleurs qui rentrent dans le cadre de l'art. 39, mais qui concerne tous ceux qui résident de façon régulière dans un État membre différent de leur pays d'origine. Ceci ne signifie pas que le pays d'accueil est obligé d'octroyer cette allocation, mais seulement que le refus ne peut pas être basé uniquement sur le critère de la nationalité.

¹⁰⁰ Voir J. C. Schlosem, « A propos de la Circulation des étudiants: vers un fédéralisme financier européen? », *Cahiers de droit européen*, 1989, p. 309-310

¹⁰¹ Voir D. Hyman, *Public finance- a contemporary application of theory to policy*, Thomson Learning, 1998, spec. cap. 18.

¹⁰² Voir arrêt *Lair C-39/86 Rac*. [1988] p. 03161, par. 24.

L'affaire *Commission c. Autriche*¹⁰³, concernant l'interprétation des articles 12 CE, 149 CE et 150 CE, offre un exemple de cette approche. L'arrêt aborde le problème des conditions d'accès aux étudiants universitaires et soutient que, bien qu'applicable indistinctement à tous les étudiants, une disposition de droit national qui dispose que les étudiants, qui ont obtenu leur diplôme d'études secondaires dans un État membre autre que l'État membre considéré et qui souhaitent entreprendre leurs études supérieures ou universitaires dans une filière déterminée de cet État, doivent non seulement produire ledit diplôme, mais également prouver qu'ils remplissent les conditions d'accès aux études supérieures ou universitaires dans l'État d'obtention de leur diplôme, désavantage les ressortissants d'autres États membres par rapport aux citoyens de l'État membre considéré, de sorte que la différence de traitement instituée par cette disposition entraîne une discrimination indirecte, contraire au principe de non-discrimination sur la base de la nationalité, adopté par l'art. 12 CE. Une telle disparité de traitement, poursuit la Cour, ne peut être justifiée que si elle se fonde sur des considérations objectives indépendantes de la nationalité des personnes concernées et proportionnées à l'objectif légitimement poursuivi par le droit national¹⁰⁴.

La jurisprudence de la Cour de Justice s'est plus précisément développée sur deux filons parallèles : d'une part, en garantissant l'accès à des formes spécifiques de revenus, c'est-à-dire de protection sociale dans l'État membre d'accueil et, d'autre part, la récente jurisprudence interprétative de l'art. 18, en fondant l'obligation d'exportation intracommunautaire des bourses d'étude versées par l'État d'origine à ses propres citoyens¹⁰⁵. Sur le premier point, il faut rappeler l'importante affirmation faite dans l'arrêt *Grzelcyk*, précitée, selon laquelle « rien dans le texte du traité ainsi modifié ne permet de considérer que les étudiants qui sont des citoyens de l'Union, lorsqu'ils se déplacent dans un autre État membre pour y poursuivre des études, sont privés des droits conférés par le traité aux citoyens de l'Union »¹⁰⁶.

¹⁰³ Arrêt C-147/03 *Rac*. [2005] p. I-05969.

¹⁰⁴ Voir points 42, 46-48, 60 de l'arrêt.

¹⁰⁵ Voir A. P. Van Der Mei, « EU law and education: promotion of student mobility versus protection of the education systems », in M. Dougan, E. Spaventa *Social welfare and EU law*, Hart Pb., 2005, spéc. p. 166.

¹⁰⁶ Voir point 35 de l'arrêt.

En effet, bien que la directive 93/96, dans un premier temps, et la directive 2004/38, aujourd'hui, excluent les étudiants du droit au paiement de bourses d'entretien de la part de l'État membre d'accueil, selon la Cour, elle ne les empêche pas de recourir à des prestations d'assistance ou de sécurité sociales dans l'État membre d'accueil, en vertu du principe d'égalité de traitement prévu par l'ex art. 12 TCE.

Un deuxième aspect, nouveau, apparaît, comme nous l'avons dit, dans l'arrêt *Bidar*, où le juge du renvoi demandait essentiellement si une aide, dans ce cas un prêt étudiant, pouvait être considéré comme exclu du cadre d'application de la directive 93/96, comme on pouvait le déduire des arrêts *Lair et Brown* ou si l'introduction de l'art. 18 avait définitivement changé le cadre normatif de référence. La Cour interprète la liberté de circulation déterminée par l'art. 18 comme pleinement assujettie à l'effet utile et, donc, fonctionnel à l'extension du principe d'égalité de traitement à tout droit, prestation ou bénéfice qui, reconnu par un État membre, soit susceptible de faciliter l'exercice de la liberté même. Cette interprétation étend clairement l'influence de l'exercice de la liberté de circulation pratiquement à toutes les matières indépendamment de l'existence d'une compétence exclusive de l'Union¹⁰⁷. L'exclusion prévue à l'art. 3 de la directive, reproduite et même développée dans la directive 2004/38, est, de fait, dépassée par l'affirmation selon laquelle « on doit constater que les étudiants qui se rendent dans un autre État membre afin d'y entamer ou d'y poursuivre des études supérieures, bénéficiant de la directive 93/96 d'un droit de séjour, ne peuvent fonder sur cette directive aucun droit à un paiement d'une aide pour leur maintien »¹⁰⁸, mais il n'empêche que « l'art. 3 de la directive 93/96 ne fait pas obstacle à ce qu'un ressortissant d'un État membre, s'il séjourne légalement, en vertu de l'article 18 TCE et de la directive 90/364, sur le territoire d'un autre État membre où il envisage d'entamer ou de poursuivre des études supérieures, invoque durant ce séjour l'article 12 TCE (premier alinéa TCE) et le principe fondamental d'égalité de traitement »¹⁰⁹. Ainsi, s'il est vrai que les étudiants ne peuvent fonder leur droit à l'entretien durant les études sur la directive, ils ne peuvent pas moins en bénéficier

¹⁰⁷ Le même type d'affirmation se retrouve, en matière de libre prestation de services, dans l'arrêt *Carpenter*, C-60/00 in *Rac*. [2002] Pag. I-06279. Voir aussi le commentaire de E. Spaventa, « From Gebhard to Carpenter: towards a (non)-economic European constitution », *Common Market Law Review*, 2004, p. 743-773.

¹⁰⁸ Voir point 45 de l'arrêt.

¹⁰⁹ Voir point 46 de l'arrêt.

quand ils séjournent légalement sur le territoire de l'État membre d'accueil et qu'ils ont établi un lien effectif avec ce dernier¹¹⁰.

Dans le cadre de l'exportation des aides et des bourses d'étude de la part de l'État d'origine du bénéficiaire, la Cour raisonne différemment. Dans les affaires jointes *Rhiannon Morgan et Iris Bucher*¹¹¹, elle affirme que la condition d'une période minimum de formation dans l'État qui octroie l'allocation est un obstacle à la libre circulation selon l'art. 18¹¹². En effet, « dès lors qu'un État membre prévoit un système d'aides à la formation qui permet à des étudiants de bénéficier de telles aides dans le cas où ils effectuent des études dans un autre État membre, il doit veiller à ce que les modalités d'allocation de ces aides ne créent pas une restriction injustifiée audit droit de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres »¹¹³ et, ajoute la Cour, « il apparaît que la condition d'une première phase d'études, qui exige qu'une période d'études supérieures d'au moins une année ait été préalablement effectuée dans l'État membre d'origine, présente un caractère trop général et exclusif à cet égard. En effet, elle privilégie indûment un élément qui n'est pas nécessairement représentatif du degré d'intégration dans la société de cet État membre au moment de la demande d'aide. Elle va ainsi au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi et ne saurait donc être regardée comme proportionnée »¹¹⁴. Ainsi, les articles 17 TCE et 18 TCE sont un obstacle à une condition selon laquelle, pour pouvoir bénéficier d'aides à la formation octroyées pour des études poursuivies dans un État membre différent de celui dont les étudiants qui en font la demande sont citoyens, ces études doivent constituer la poursuite d'une formation suivie pendant une période d'au moins un an sur le territoire de l'État membre d'origine de ces mêmes étudiants.

¹¹⁰ Certains auteurs soutiennent qu'il y a une incompatibilité entre l'art. 24, par. 2 de la Directive 2004/38 et les artt. 12 et 18 du Traité, aussi comme interprétés par la Cour ; Voir M. Dougan, « Fees, Grants, Loans and Dole Cheques: Who Covers the Costs of Migrant Education Within the EU ? » *Common Market Law Review* vol 42, 2005 p. 943-986.

¹¹¹ Affaires jointes C-11/06 et C-12/06 du Grande Chambre du 23.10.07 *Rac.* [2007] P. I-09161

¹¹² Voir S. Borrelli, « Libertà di circolazione e scelta del sistema di protezione sociale più vantaggioso », *Rivista del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 2006, p. 671 ss, et S. Giubboni, « Libertà di mercato e cittadinanza sociale europea », *Diritto Immigrazione Cittadinanza*, 2007, n.4, p.13 .

¹¹³ Voir point 26 de l'Arrêt.

¹¹⁴ Voir point 46 de l'Arrêt.

B. L'extension de l'application de l'article 49 aux services d'assistance médicale

Comme déjà relevé, afin d'élargir l'accès aux prestations sociales *cross-border* pour les citoyens communautaires, la Cour de Justice a interprété de façon plus large l'art. 43 TCE en matière de liberté d'établissement, d'une part, et l'art. 39 TUE, d'autre part. Depuis longtemps, toutefois, la Cour de Justice a assujéti les prévisions en termes la sécurité sociale aux prévisions concernant la libre circulation des services et des biens. L'aspect le plus intéressant de cette jurisprudence est celui relatif aux services d'assistance médicale.

Dans les arrêts *Decker*¹¹⁵ et *Koholl*¹¹⁶, on affirme l'obligation, pour les États membres, de rembourser les dépenses pour les soins médicaux effectuées par leurs propres citoyens dans un autre État membre. En effet, selon la Cour, les systèmes nationaux, bien qu'assujétiés aux compétences nationales, doivent être compatibles avec le Traité. Selon cette vision, l'assujétissement du remboursement des dépenses médicales à une autorisation préalable de l'État d'origine est contraire à l'art. 49 TCE. La Cour fixe donc des limites strictes à l'opposabilité d'un refus de remboursement de la part des États membres. L'autorisation, en effet, peut être refusée de manière justifiée seulement si : elle sert à contrôler la dépense médicale nationale ; elle est prévue pour la protection de la santé publique ; elle sert à équilibrer la garantie de disponibilité pour tous des services médicaux et hospitaliers. Dans le cas contraire, elle représente une disparité dans le cadre de la libre prestation de services entre les États membres.

Selon la Cour, le principe de liberté de circulation entre en jeu également dans le cadre de la prestation de soins médicaux et ces derniers ne peuvent donc être limités qu'en présence de dérogations rigoureusement prévues par le Traité ou en présence de motifs impératifs d'intérêt général. Avec l'affaire *Peerbooms*¹¹⁷, la Cour affirme que les services relèvent du champ d'application de l'article 49 dispensés par les hôpitaux. En effet, elle considère que, dans ce cas précis, les paiements effectués par les caisses maladie, dans le

¹¹⁵ Arrêt C- 120/95, *Rac.* [1998] p. I-01831.

¹¹⁶ Arrêt C-158/96, *Rac.* [1998] p. I-01931.

¹¹⁷ Arrêt C-157/99, *Rac.* [2001] p. I-05473

cadre du système de conventionnement prévu, bien que forfaitaires, constituent certainement l'équivalent des prestations hospitalières et présentent indubitablement un caractère rétributif pour l'institut hospitalier qui en bénéficie et qui effectue une activité de type économique et doivent donc être considérés comme retombant dans le cadre d'application du droit communautaire. Par conséquent, l'autorisation peut être refusée seulement quand il est possible d'obtenir le même service (même type, même qualité et même soin) dans son propre pays. La lecture de l'art. 49 donnée dans ce domaine est très large et, en effet, la non-autorisation doit, dans tous les cas, être non discriminatoire et, en outre, pouvoir être mise en cause dans le cadre d'un recours juridictionnel¹¹⁸.

Afin d'illustrer la manière dont la Cour interprète largement ces deux dernières conditions, on peut citer l'arrêt *Vaenbraekel*¹¹⁹, où elle affirme que le remboursement est toujours dû quand les soins coûtent moins dans l'État membre différent de celui d'origine. Dans le cas *Mullier-Fraure*¹²⁰, la Cour opère, au contraire, une distinction entre services hospitaliers et services non hospitaliers et affirme que, pour ces derniers, les États peuvent décider le *quantum* du remboursement en tenant cependant toujours compte de critères objectifs, non discriminatoires et transparents. En général, selon la Cour les remboursements des soins médicaux ne créant pas de lourds problèmes financiers pour l'État membre d'accueil¹²¹, favorisent finalement la libre circulation des services d'assistance médicale. A partir de la reconstruction effectuée jusqu'ici, on peut déjà tirer quelques conclusions partielles. D'une part, le principe de solidarité entre États membres, interprété à la lumière du principe de non-discrimination, fournit la base pour protéger tous ces citoyens migrants qui, d'une manière ou d'une autre, accomplissent des activités économiques, qui peuvent créer un lien avec le territoire de l'État membre d'accueil et qui servent donc de « compensation des coûts » des prestations sociales offertes. D'autre part, après une première période de forte expansion de la protection des citoyens migrants inactifs, la Cour a recommencé à valoriser les limites configurées par les directives en la matière.

¹¹⁸ Voir point 90 de l'arrêt.

¹¹⁹ Arrêt C-368/98, *Rac.* [2001] p. I-05363

¹²⁰ Arrêt C-385/99, *Rac.* [2003] p. I-04509

¹²¹ Voir point 95 de l'arrêt.

C'est enfin dans ce cadre que s'inscrit la citoyenneté européenne. Pour reprendre les mots de l'Avocat Général Colomer, « la création d'une citoyenneté de l'Union, qui a pour corollaire le droit pour ceux qui la possèdent de circuler librement sur le territoire de tous les États membres, représente un progrès qualitatif considérable, dans la mesure où elle dissocie cette liberté de circuler de ses éléments fonctionnels ou instrumentaux (puisque'elle n'est plus liée à l'exercice d'une activité économique ou à la mise en place du marché intérieur) et dans la mesure également où elle élève ce droit au rang de droit propre et indépendant, inhérent au statut politique des citoyens de l'Union »¹²².

D'après la jurisprudence de la Cour, il apparaît que la réglementation secondaire en matière de limites à l'accès aux prestations transfrontières, est interprétée comme identificatrice des intérêts publics importants aux fins de l'équilibre avec la liberté fondamentale prévue par l'art. 18, et non plus comme condition pour l'exercice des droits de la part des citoyens de l'Union¹²³. Ainsi la Cour opère-t-elle comme un véritable «ingénieur social», construisant un nouveau modèle de solidarité communautaire non plus par rapport (et adressé exclusivement) à ceux qui sont sujets économiquement actifs, mais centré sur la citoyenneté européenne et donc adressé à tous ceux qui sont citoyens européens. Bien que les citoyens économiquement inactifs soient tout de même soumis à des critères d'*éligibilité* plus sévères que ceux prévus par le statut de travailleur en sens de l'art. 39, comme, par exemple, la résidence habituelle, le degré suffisant d'intégration dans la société du pays d'accueil, le lien direct avec le marché du travail de ce dernier et la limite d'une charge déraisonnable pour la sécurité sociale de l'État membre d'accueil, il semble que de tels critères se différencient plus sur le plan quantitatif que qualitatif et que cette différence soit en train de se réduire progressivement, laissant entrevoir une tendance à la « dé-nationalisation et à la dé-territorialisation du welfare »¹²⁴.

¹²² Voir par. 82 des conclusions sur l'arrêt *Morgan*.

¹²³ Voir M. Dougan, « The Court Helps Those Who Help Themselves: The Legal Status of Migrant Workseekers Under Community Law in the Light of the Collins Judgment » *European Journal of Social Security*, 2005 p. 7-34, spéc. p. 24.

¹²⁴ Voir S. Giubboni, « Un certo grado di solidarietà. Libera circolazione delle persone e accesso al welfare nella giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità Europee » , *W.P.C.S.D.L.E., Massimo D'Antona* , 2008, www.lex.unict.it

Chapitre 2 : Le principe de non-discrimination

L'un des domaines dans lesquels la Cour de Justice a été le plus actif dans la reconnaissance et dans la protection des droits fondamentaux est certainement la non-discrimination. Le principe est en effet devenu l'un des fondements de la protection communautaire tant concernant la protection des quatre libertés fondamentales que dans le cadre de la reconnaissance des droits fondamentaux et donc des droits sociaux. Le principe de non-discrimination est effectivement un principe transversal : il a été appliqué à tous les domaines du droit communautaire et a servi notamment pour fonder et garantir les non-discriminations entre citoyens communautaires d'États membres différents quand ils se déplacent sur le territoire communautaire. Garantir l'égalité de traitement pour les citoyens communautaires en mobilité est, en effet, le moyen à travers lequel la jurisprudence et la réglementation communautaire ont de fait soutenu la création de l'espace commun et, en dernière analyse, de la citoyenneté européenne¹²⁵.

¹²⁵ La jurisprudence en matière de citoyenneté a été multipliée dans les derniers dix ans. Voir à titre exemplifiait arrêt C-73/08, *Nicolas Bressol et Céline Chaverot c. Gouvernement de la Communauté française*, du 5.6.2010, p. 3–3 ; arrêt C-135/08, *Jenko Rottmann Voir Freistaat Bayern*, in *JO C 113 du 1.5.2010*, p. 4–4 ; arrêt C-103/08, *Arthur Gottwald/Bezirkshauptmannschaft Bregenz*, in *JO C 282 du 21.11.2009*, p. 8–8 ; affaires joints *Athanasios Vatsouras (C-22/08) et Josif Koupatantze (C-23/08) c. Arbeitsgemeinschaft (ARGE) Nürnberg 900*, Rac. 2009 p. I-04585 ; arrêt C-480/08, *Maria Teixeira c. London Borough of Lambeth et Secretary of State for the Home Department* ; arrêt C-310/08, *London Borough of Harrow c. Nimco Hassan Ibrahim e Secretary of State for the Home Department* ; arrêt C-158/07, *Jacqueline Förster Voir Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep*, in *JO C 6 du 10.1.2009*, p. 4–4 ; arrêt C-535/08, *Maria Catena Rita Pignataro c. Ufficio centrale circoscrizionale presso il Tribunale di Catania*, Rac. 2009 p. I-00050 ; arrêt C-524/06, *Heinz Huber Voir Bundesrepublik Deutschland*, Rac. 2008 p. I-09705 ; arrêt C-353/06, *Stefan Grunkin et Dorothee Regina Paul*, Rac. 2008 p. I-07639 ; arrêt C-164/07, *James Wood/Fonds de Garantie des victimes des actes de Terrorisme et d'autres Infractions*, in *JO C 183 du 19.7.2008*, p. 3–4 ; arrêt C-33/07, *Ministerul Administrației și Internelor - Direcția Generală de Pașapoarte București Voir Gheorghe Jipa*, Rac. 2008 p. I-05157 ; arrêt C-398/0, *Commission delle Comunità europee c. Regno dei Paesi Bassi*, in *JO C 128 du 24.5.2008*, p. 10–10 ; affaires joints C-11/06 e C-12/06, *Rhiannon Morgan c. Bezirksregierung Köln (C-11/06) et Iris Bucher c. Landrat des Kreises Düren (C-12/06)*, Rac. 2007 p. I-09161 ; arrêt C-76/05, *Herbert Schwarz et Marga Gootjes-Schwarz c. Finanzamt Bergisch Gladbach*, Rac. 2007 p. I-06849 ; arrêt C-300/04, *M. G. Eman e O. B. Sevinger c. College van burgemeester en wethouders van Den Haag*, Rac. 2006 p. I-08055 ; arrêt C-145/04, *Regno di Spagna c. Regno Unito di Gran Bretagna et Irland du Nord*, Rac. 2006 p. I-07917 ; arrêt C-441/02, *Commission delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania*, Rac. 2006 p. I-03449 ; arrêt C-258/04, *Office national de l'emploi c. Ioannis Ioannidis*, Rac. 2005 p. I-08275 ; arrêt C-403/03, *Egon Schempp c. Finanzamt München V*, Rac. 2005 p. I-06421 ; arrêt C-209/03, *The Queen, ex parte di Dany Bidar c. London Borough of Ealing e Secretary of State for Education and Skills*, Rac. 2005 p. I-02119 ; arrêt C-456/02, *Michel Trojani c. Centre public d'aide sociale de Bruxelles*, Rac. 2004 p. I-07573 ; arrêt C-224/02, *Heikki Antero Pusa c. Osuuspankkien Keskinäinen Vakuutusyhtiö*, Rac. 2004 p. I-05763 ; arrêt C-138/02, *Brian Francis Collins c. Secretary of State for Work and Pensions*, Rac. 2004 p. I-02703 ; arrêt C-148/02, *Carlos Garcia Avello c. stato belga*, Rac. 2003 p. I-11613 ; arrêt C-

Le principe de non-discrimination a trouvé une application prétorienne dans tous les domaines de compétence de l'Union. Sans retracer toute la jurisprudence, très ample et très connue, en la matière, il suffit de rappeler celle en matière d'égalité de traitement qui s'est développée avec les arrêts *Kalanke*¹²⁶ et *Marshall*¹²⁷, pour remarquer la manière dont la Cour adapte et modèle le principe en fonction du droit et du but qu'elle veut protéger.

L'analyse de la jurisprudence en matière de non-discrimination fondée sur la race, l'âge, les handicaps, l'orientation sexuelle, les congés payés, les aides familiales, le chômage et les étudiants, démontre une forte attention de la Cour envers la possibilité de garantir aux citoyens communautaires un éventail de droits considérablement ample: droits qui, d'une part, peuvent être définis comme fondamentaux et qui, d'autre part, requièrent une intervention forte de l'État pour la possibilité effective de les utiliser.

A. Le principe d'égalité de traitement et le travail

La protection du travailleur communautaire a depuis toujours trouvé son fondement dans le principe de non-discrimination et dans celui, qui lui est étroitement lié, d'égalité de traitement. En effet, toutes les directives et les règlements adoptés¹²⁸ dans ce

92/01, *Georgios Stylianakis Voir Elliniko Dimosio*, Rac. 2003 p. I-01291; arrêt C-413/99, *Baumbast et R Voir Secretary of State for the Home Department*, Rac. 2002 p. I-07091; arrêt C-192/99, *The Queen Voir Secretary of State for the Home Department, ex parte Manjit Kaur*, Rac. 2001 p. I-01237.

¹²⁶ Arrêt C-450/93, *Eckhard Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, Rac. 1995 p. I-03051.

¹²⁷ Arrêt C-271/91, *M. Helen Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, Rac. 1993 p. I-04367.

¹²⁸ Voir entre autres: Règlement (CE) n° 1992/2006 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2006 modifiant le règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE ; Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail ; Règlement (CE) n° 1107/2006 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 concernant les droits des personnes handicapées et des personnes à mobilité réduite lorsqu'elles font des voyages aériens; Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services ; Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail; Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail; Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de

domaine ont le but de garantir au travailleur migrant les mêmes conditions d'accès et de déroulement du travail que les citoyens nationaux. La possibilité de se déplacer sur le territoire de l'UE et de travailler dans n'importe lequel des États membres est depuis toujours l'un des buts principaux du droit de l'Union. L'harmonisation dans ce secteur est donc particulièrement élevée : on est passé d'une garantie initialement proposée seulement pour le travailleur salarié, qui circule en raison de son travail, à l'actuelle reconnaissance de l'égalité réelle de tous les travailleurs (salariés ou indépendants) qui se déplacent sur le territoire communautaire¹²⁹.

Si, d'une part, on a atteint l'objectif de garantir la mobilité des travailleurs, il y a encore, d'autre part, des lacunes en ce qui concerne la possibilité d'utiliser des prestations liées au travail. Sur ce plan, l'Union agit à travers des actes d'harmonisation des différents systèmes sociaux afin de garantir au travailleur les pensions, la sécurité, la santé, l'instruction, etc., quel que soit l'État membre dans lequel il réside, de manière permanente ou temporairement. Presque toutes les directives prises dans ces domaines se basent précisément sur le principe d'égalité de traitement, comme principe de base pour toutes les réglementations qui tendent à la création de ce qui pourrait être défini comme un « marché unique des prestations sociales ».

traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique; Directive 98/52/CE du Conseil du 13 juillet 1998 étendant au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord la directive 97/80/CE relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe.

¹²⁹ Voir à titre exemplif arrêt C-65/81, *Francesco Reina et Letizia Reina c. Landeskreditbank Baden-Württemberg*, *Rac.* 1982 p. 00033; arrêt C-180/83, *Hans Moser c. Land Baden-Württemberg*, *Rac.* 1984 p. 02539; arrêt 293/83, *Françoise Gravier c. Città di Liegi*, *Rac.* 1985 p. 00593; arrêt C-96/85, *Commission delle Comunità europee c. Republic française*, *Rac.* 1986 p. 01475; arrêt C-139/85, *R. H. Kempf Voir Staatssecretaris van Justitie*, *Rac.* 1986 p. 01741; arrêt C-168/85, *Commission delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, *Rac.* 1986 p. 02945; arrêt C-39/86, *Sylvie Lair c. Universität Hannover*, *Rac.* 1988 p. 03161; arrêt 344/87, *I. Bettray c. Staatssecretaris van Justitie*, *Rac.* 1989 p.01621; arrêt C-113/89, *Rush PortuJOesa Lda c. Office national d'immigration*, *Rac.* 1990 p. I-01417; arrêt C-319/92, *Salomonai Haim c. Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein*, *Rac.* 1994 p. I-00425; arrêt C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL c. Jean-Marc Bosman*, *Rac.* 1995 p. I-04921; arrêt C-266/95, *Pascual Merino García c. Bundesanstalt für Arbeit*, *Rac.* 1997 p. I-03279; arrêt C-85/96, *María Martínez Sala c. Freistaat Bayern*, *Rac.* 1998 p. I-02691; arrêt C-184/99, *Rudy Grzelczyk c. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, *Rac.* 2001 p. I-06193; arrêt C-413/99, *Baumbast et R c. Secretary of State for the Home Department*, *Rac.* 2002 p. I-07091; arrêt C-257/00, *Nani Givane e a. c. Secretary of State for the Home Department*, *Rac.* 2003 p. I-00345; arrêt C-413/01, *Franca Ninni-Orasche Voir Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst*, *Rac.* 2003 p. I-13187; arrêt C-212/05, *Gertraud Hartmann c. Freistaat Bayern*, *Rac.* 2007 p. I-06303; arrêt C-94/07, *Andrea Raccanelli c. Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV*, *Rac.* 2008 p. I-05939; arrêt C-542/08, *Friedrich G. Barth c. Bundesministerium für Wissenschaft und Forschung*.

La Cour a eu et continue d'avoir un rôle central dans le renforcement de la protection et dans la reconnaissance des droits sociaux du citoyen dans le cadre communautaire. La jurisprudence montre comment les discriminations sont en général durement sanctionnées par la Cour et que les États ne peuvent justifier d'éventuels comportements discriminatoires que dans les limites étroites de raisons impératives et de motifs d'ordre public¹³⁰. La contribution de la jurisprudence de la Cour est très vaste, si bien que, comme nous l'avons déjà rappelé, la directive 2004/38 sur la liberté de circulation se base précisément sur les indications de cette jurisprudence. La jurisprudence a donc « créé », ou du moins développé le concept de libre circulation et, ensuite, celui de citoyenneté. Après avoir déterminé le caractère fondamental du principe de non-discrimination sur le plan du travail, la Cour a adopté les mêmes techniques pour mettre en place le principe dans le cadre de l'institution de la citoyenneté, avec une attention particulière au problème de l'accès des citoyens aux prestations sociales nationales, afin de garantir la pleine utilisation des droits liés à cette institution. Sur le plan institutionnel, la réglementation secondaire en matière de citoyenneté européenne et de non-discrimination fondée sur la nationalité, est confiée à la procédure ordinaire, contrairement aux matières particulièrement sensibles, qui ont un impact fort sur la vie professionnelle et non professionnelle, qui sont soumises à une procédure spéciale. Aujourd'hui, grâce à l'art. 19 TFUE, la garantie de non-discrimination basée sur le sexe, la race, l'origine ethnique, etc., est devenue matière dont la réglementation est adoptée avec la procédure d'approbation du Parlement européen.

La garantie des non-discriminations dans ces secteurs de la part de la Cour de Justice vise à garantir ces droits qui, de fait, soutiennent l'intégration de catégories de citoyens faibles dans le tissu social, en accordant souvent l'octroi d'allocations à ceux qui se trouvent dans des situations de désavantage social, avec l'intention claire de soutenir la pleine insertion de chaque citoyen dans le marché du travail, vue comme moyen par lequel arriver à la réalisation de chaque individu.

¹³⁰ Voir les conclusions de l'Avocat General dans l'arrêt *Surakis*, sur l'art. 18 TFUE.

En 2000, le Conseil a adopté la directive 2000/43¹³¹ qui met en place le principe de l'égalité de traitement entre les personnes indépendamment de la race et de l'origine ethnique. Selon ce qui est affirmé dans cette même directive, « la discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique peut compromettre la réalisation des objectifs du traité CE, notamment un niveau d'emploi et de protection sociale élevé, le relèvement du niveau et de la qualité de vie, la cohésion économique et sociale et la solidarité. Elle peut également compromettre l'objectif de développer l'Union européenne en tant qu'espace de liberté, de sécurité et de justice »¹³². Les discriminations raciales doivent, par conséquent, être éliminées, tout d'abord précisément à partir du domaine du travail. Dans l'affaire *Feryn*¹³³, un employeur, après avoir diffusé une offre de travail destinée à attirer l'attention, déclarait en public que son entreprise désirait embaucher des ouvriers installateurs, mais ne pouvait employer des « allochtones » en raison des réticences de la clientèle à les faire entrer dans leurs propriétés privées durant les travaux.

Selon la Cour, de telles affirmations sont discriminatoires sous un double aspect : d'une part, parce qu'elles sont aptes à dissuader fortement certains candidats de présenter leurs candidatures et leur empêche donc l'accès au marché du travail ; d'autre part, parce que les déclarations publiques avec lesquelles un employeur annonce que, dans le cadre de sa politique de recrutement, il n'emploiera pas de travailleurs ayant une certaine origine ethnique ou raciale, suffisent à faire présumer l'existence d'une politique d'embauche discriminatoire, conformément à l'art. 8, n°1 de la directive 2000/43. Ce type de discrimination a donc une incidence sur la garantie des droits sociaux et en particulier sur les possibilités d'embauche de citoyens européens. La donnée particulière est le fait que, dans des cas comme celui qui vient d'être cité, l'argument de la Cour ne touche pas directement l'aspect des droits sociaux. En effet, les objectifs de l'Union restent ceux d'un taux élevé d'occupation, dans le but de renforcer le marché commun, et la protection de l'individu intervient donc de manière secondaire, à travers la protection du marché. En réalité, le principe de non-discrimination se fonde sur la nécessité de garantir la stabilité du marché et c'est seulement en conséquence qu'intervient la protection de l'individu. Cela

¹³¹ Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique.

¹³² Voir le considérant 9 de la directive 2000/43.

¹³³ Arrêt C-54/07 du 10.07.2008, *Rac.* [2008] p. I-05187.

signifie que, bien que la violation des droits sociaux soit reconnue implicitement, elle n'est pas expressément mentionnée.

Il est encore possible de constater ce type d'approche dans les nombreux cas où la Cour s'est occupée de la discrimination fondée sur l'âge. L'affaire *Mangold*¹³⁴ a confirmé la nature de principe fondamental du droit communautaire de la non-discrimination basée sur l'âge. Le principe rentre dans les objectifs d'organisation des politiques des États membres en matière d'embauche, prévus par le traité¹³⁵. Il semble évident que la garantie de la non-discrimination est toujours étroitement liée aux politiques de l'emploi et donc seulement de manière indirecte au droit au travail de chaque citoyen. Dans les récentes affaires *Bartsch*¹³⁶, *The incorporated trustees of the National council for ageing*¹³⁷, *Wolf*¹³⁸, *Pertersen*¹³⁹, et *Küçükdeveci*¹⁴⁰, la Cour élargit et précise la portée de ce principe en en définissant les limites.

Toujours dans le cadre de la protection du travail, on peut mentionner les cas sur la discrimination basée sur les handicaps, comme dans l'affaire *Coleman*¹⁴¹, sur la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle (affaire *Meruko*¹⁴²) et sur les congés payés, affaires *Schultz-Hoff* et *Stringer*¹⁴³. Dans toutes ces affaires, la discrimination subie par les individus influe sur la possibilité de recevoir une prestation sociale de la part de l'État d'appartenance. Même si le droit communautaire n'entre en jeu que pour la garantie de la non-discrimination, il finit par garantir aussi l'accès aux prestations sociales. Il semble donc que la Cour crée une sorte de catalogue des prestations sociales que l'État doit garantir à ses citoyens et, pour ce faire, ne se base pas sur la protection du droit social prévu/garanti au niveau national, mais sur le principe de non-discrimination communautaire. Les directives en la matière, bien que rappelant l'autonomie des États, les laissant libres d'introduire ou de garder les dispositions les plus favorables, créent une

¹³⁴ Arrêt C-144/04, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*, *Rac.* [2005] p. I-09981.

¹³⁵ Voir articles 153, h TFUE (ex 137 TUE), 156 TFUE (ex 140 TUE) et 166 TFUE (ex 150 TUE).

¹³⁶ Arrêt C-427/06 du 23 septembre 2008, *Rac.* [2008] P. I-07245.

¹³⁷ Arrêt C- 388/07 du 5.03.2009 in *JO C 102 du 1.5.2009*, p. 6-7.

¹³⁸ Arrêt C-229/08 du 12.01.2010 *Rac.* [2009] p. I-11587.

¹³⁹ Arrêt C-341/08 du 12.01.2010 *Rac.* [2010] p. I-00047.

¹⁴⁰ Arrêt C-555/07 du 19.01.2010 *Rac.* [2010] p. I-00365.

¹⁴¹ Arrêt C- 303/06 du 17.07.2008, *Rac.* [2008] p. I-05603.

¹⁴² Arrêt C-267/06 du 1.04.2008, *Rac.* [2007] pa. I-02851.

¹⁴³ Affaires joints C-350/06 e C-520/06 del 20.01.2009, *Rac.* [2009] p. I-00179.

égalité de fait dans les modèles de sécurité sociale, fondée non pas sur le *quantum* et sur le *quid* mais plutôt sur les principes de base.

La directive 2000/78, qui vise, en ce qui concerne l'emploi et les conditions de travail, à établir un cadre général pour la lutte contre les discriminations basées sur le handicap, l'âge ou les tendances sexuelles, s'applique selon la Cour non pas en relation à une certaine catégorie de personnes, mais en fonction des motifs indiqués dans l'art.1¹⁴⁴ de la Directive, c'est-à-dire la lutte contre les discriminations fondées sur la religion ou les convictions personnelles, les handicaps, l'âge ou les tendances sexuelles, en ce qui concerne l'emploi et les conditions de travail. Dans les cas cités, il semble évident que la garantie de l'égalité de traitement sert à la protection des autres droits : le licenciement injustifié, la pension de vieillesse, les congés payés. Ce sont tous précisément des droits sociaux. Étant donné la difficulté de fonder un recours directement sur la violation de ces droits, leur protection est assurée à travers le respect du principe d'égalité de traitement et de non-discrimination. Il est donc possible d'affirmer que le droit communautaire prête attention à la protection des droits sociaux, spécialement ceux qui sont liés à la sphère du travail¹⁴⁵. La véritable particularité consiste en l'accès à l'action de protection qui, comme nous l'avons déjà fait remarquer, est conditionnée et filtrée à travers l'application du principe de non-discrimination.

En outre, il convient de relever l'incidence de la jurisprudence communautaire sur les droits nationaux : dans tous les cas mentionnés, c'est en effet l'application de la loi nationale qui est contestée, même quand il ne s'agit pas d'une loi de transposition de directives, mais d'une loi d'origine exclusivement interne. En ce sens, il est donc possible d'affirmer que le droit communautaire influence et harmonise les systèmes de droits sociaux internes. En effet, même quand la controverse n'est pas connotée par des caractéristiques de transnationalité, le droit communautaire est donc invocable par l'individu aux fins de la protection d'un droit qui lui est dû, sur la base de la seule réglementation nationale. Le principe de non-discrimination est d'égalité de traitement

¹⁴⁴ Voir point 50 de l'arrêt *Coleman*.

¹⁴⁵ Voir M. Ballestrero, « Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero », *Diritto e Lavoro*, 2008, 2, p.371-392 ; L. Zoppoli., Dopo la Corte di giustizia, quale futuro per il conflitto collettivo nell'Unione europea ? , in Andreoni – Veneziani, *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione europea. Dopo le sentenze Laval, Viking, Ruffert e Lussemburgo*, Roma, Ediesse, 2009, p. 219-231.

informe donc tous les droits nationaux, créant ainsi un paramètre de référence homogène sur tout le territoire de l'Union. La particularité du système d'harmonisation se fonde sur un paramètre de référence qui reste toutefois externe, en ce sens que le droit attribué au citoyen reste exclusivement de la compétence nationale quant à l'extension et à l'objet, alors que la garantie de son application à tous ceux qui se trouvent dans les conditions prévues par les directives, se fonde sur le droit communautaire.

B. Le droit de résidence et l'accès *cross-border* aux services de sécurité sociale

Si, sur le plan des droits nationaux, la protection communautaire des droits sociaux et de leurs prestations se concentre dans l'application du principe de non-discrimination fondé sur les directives qui règlent la protection du travail, sur le plan strictement communautaire, les mêmes protections sont fondées, au contraire, sur le droit de résidence, sur la libre circulation des travailleurs¹⁴⁶ et, en dernière analyse, sur l'institution de la citoyenneté européenne. Les réglementations en la matière soutiennent que les normes d'organisation des législations nationales sur la sécurité sociale s'insèrent dans le cadre de la libre circulation des travailleurs citoyens des États membres et doivent par conséquent contribuer à l'amélioration de leur qualité de vie et conditions de travail, en garantissant à l'intérieur de l'Union, d'une part, à tous les citoyens des États membres, l'égalité de traitement concernant les diverses législations nationales et, de l'autre, aux travailleurs et à leurs ayants droit respectifs, le bénéfice des prestations de sécurité sociale, quel que soit le lieu de travail et de résidence.

En matière de pensions d'invalidité, de vieillesse et de décès, les intéressés doivent pouvoir bénéficier de l'ensemble des prestations acquises dans les divers États membres

¹⁴⁶ Voir le Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, in *JO L 323 du 13.12.1996*, p. 38–38.

dans la limite de la somme la plus élevée des prestations qui serait due par l'un des États, si le travailleur y avait effectué toute sa carrière¹⁴⁷.

La jurisprudence de la Cour a depuis toujours soutenu la nécessité de garantir au travailleur migrant l'accès aux prestations sociales de l'État de résidence même temporaire et, notamment, non seulement les prestations dérivant des activités de travail, mais, surtout récemment, également toutes ces prestations qui, lato sensu, assurent au sujet une existence digne. En effet, pour permettre la mobilité des travailleurs dans de meilleures conditions, il est nécessaire d'assurer une organisation entre les régimes d'assurance et d'assistance au chômage de tous les États membres ; en outre, pour faciliter la recherche d'emploi dans les divers États membres, il faut notamment permettre au travailleur sans emploi de bénéficier, durant une période limitée, des allocations chômage prévues par la législation du dernier État membre dans lequel il a versé des contributions sociales. De plus en plus souvent, les arrêts de la Cour de Justice en matière de libre circulation des travailleurs se fondent sur les articles 17 CE et 18 CE, et non plus sur les articles 39 et 56, soulignant ainsi la possibilité d'appliquer simultanément les normes sur la citoyenneté et celles relatives à la libre circulation des travailleurs à des situations qui étaient traditionnellement garanties à travers la réglementation du travail.

La jurisprudence semble atténuer les responsabilités et les obligations de l'État *d'origine*, augmentant au contraire celles de l'État *d'accueil*. En conséquence, un État membre ne peut pas refuser un droit à un citoyen européen en invoquant le motif que ce dernier ne réside plus formellement sur son territoire, si la vie personnelle et professionnelle de l'intéressé se déroule à l'intérieur de ses frontières. De même, les États membres doivent fournir des services identiques à tous les citoyens européens, indépendamment de leur nationalité ou résidence, s'ils démontrent qu'ils exercent des activités analogues à ceux qui ont un lien effectif avec la communauté politique de cet État, même si cette obligation comporte une charge pour les finances publiques¹⁴⁸. Cette

¹⁴⁷ Voir arrêt C-527/06, *R. H. H. Renneberg c. Staatssecretaris van Financiën, Rac.* 2008 p. I-07735, et C10/90, *Maria Masgio c. Bundesknappschaft, Rac.* 1991 p. I-01119.

¹⁴⁸ Voir Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail; Directive 98/49/CE du Conseil du 29 juin 1998 relative à la sauvegarde des droits à pension complémentaire des travailleurs salariés et non salariés qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté; Règlement (CE) n° 118/97 du Conseil du 2 décembre 1996 portant modification et mise à jour du règlement (CEE) n° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de

approche est renforcée quand le citoyen européen démontre qu'il ne constitue pas une charge pour les finances publiques de l'État d'accueil, indépendamment de la provenance des ressources ou de la technique employée pour acquérir la nationalité.

On trouve un exemple de ce type d'approche en matière d'allocations familiales qui, selon ce qui est établi par l'arrêt *Bosmann*¹⁴⁹, peuvent être perçues par un travailleur migrant, sujet au régime de sécurité sociale de l'État membre où il exerce son travail, même si elles sont attribuées en application de la législation nationale de l'État membre de résidence, à condition qu'il rentre dans les conditions nécessaires pour l'octroiement de ces allocations selon la législation nationale de cet État. Cela signifie, en d'autres termes, qu'un travailleur migrant qui ne réside pas dans l'État où il travaille, mais y a sa sécurité sociale, a le droit de recevoir des allocations familiales de la part de l'État où il réside, même s'il n'est pas inscrit à son régime de sécurité sociale. Ceci parce que la jurisprudence fait constamment et clairement ressortir¹⁵⁰ que les dispositions du traité concernant la libre circulation des personnes visent à faciliter, pour les citoyens communautaires, l'exercice de toute activité de travail sur tout le territoire de l'Union et font obstacle aux décisions qui pourraient les défavoriser, s'ils entendent exercer une activité économique sur le territoire d'un État membre. Ainsi, comme la Cour l'a déclaré à plusieurs reprises¹⁵¹, le traité ne garantit pas à un travailleur que l'extension ou le transfert de ses activités dans un autre État membre aura des conséquences neutres concernant la sécurité sociale. Compte tenu des différences entre les régimes de sécurité sociale des divers États membres, une telle extension ou transfert peut, selon les cas, être plus ou moins favorable ou défavorable pour les travailleurs sur le plan de la sécurité sociale¹⁵².

leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, et du règlement (CEE) n° 574/72 fixant les modalités d'application du règlement (CEE) n° 1408/71.

¹⁴⁹ Arrêt C-352/06 del 20.05.2008, *Rac.* [2008] p. I-03827.

¹⁵⁰ Voir Arrêt C-480/08, *Maria Teixeira c. London Borough of Lambeth et Secretary of State for the Home Department*; Arrêt C-310/08, *London Borough of Harrow c. Nimco Hassan Ibrahim te Secretary of State for the Home Department*; Arrêt C-103/08, *Arthur Gottwald c. Bezirkshauptmannschaft Bregenz*, *Rac.* 2009 p. I-09117; Affaires joints C-22/08 et C-23/08, *Athanasios Vatsouras (C-22/08) et Josif Koupatantze (C-23/08) c. Arbeitsgemeinschaft (ARGE) Nürnberg 900*, *Rac.* 2009 p. I-04585; Arrêt C-127/08, *Blaise Baheten Metock c. Minister for Justice, Equality and Law Reform*, *Rac.* 2008 p. I-0624; 1 Arrêt C-408/03, *Commissione delle Comunità europee c. Regno del Belgio*, *Rac.* 2006 p. I-02647; Affaires joints C-482/01 et C-493/01, *Georgios Orfanopoulos (C-482/01) et Raffaele Oliveri (C-493/01) c. Land Baden-Württemberg*, *Rac.* 2004, p. I-05257.

¹⁵¹ Voir, inter alia, Arrêt C-318/05, *Commissione c. Germania* (*Rac. Pag.* I-0000, point 114); *Öberg*, point 14, et *Bosman*, point 94.

¹⁵² Voir, arrêts *Piatkowski*, point 34, et *Hervein*, point 51.

Toute la réglementation qui se basait initialement sur les dispositions en matière de libre circulation des travailleurs a trouvé une source et une orientation nouvelles avec l'introduction de l'institution de la citoyenneté européenne. Ainsi a-t-on associé à cette dernière les attributions des allocations chômage, qui sont encadrées par la Cour comme prestations de sécurité sociale, rentrant elles aussi dans le cadre du Règlement 1408/71¹⁵³. Dans l'arrêt *Petersen*¹⁵⁴, en effet, la Cour soutient que les articles 18 CE et 39 CE font obstacle à une disposition nationale qui prévoit la suspension du droit à l'allocation chômage quand le bénéficiaire intéressé réside dans un autre État membre.

Ainsi, même dans le cadre de la catégorie subjective des citoyens qui ne rentrent pas dans le profil des travailleurs, conformément à l'art. 39 TUE, la Cour applique l'interdiction de discrimination sur la base de la nationalité. En ce qui concerne le statut d'étudiant, les arrêts *Raccanelli*¹⁵⁵, *Förster*¹⁵⁶, et *Bidar*¹⁵⁷ affirment que l'interdiction des discriminations basées sur la nationalité concerne non seulement les actes de l'autorité publique, mais aussi les normes de n'importe quelle nature visant à réglementer collectivement le travail subordonné et les prestations de services. Concernant, en particulier, les prestations de sécurité sociale, la Cour a développé ce statut en déclarant qu'un citoyen de l'Union économiquement non actif peut invoquer l'art. 12 CE, s'il a séjourné légalement dans l'État membre d'accueil durant une certaine période ou s'il dispose d'un permis de séjour. On peut donc admettre que la notion de citoyenneté de l'Union, comme est en train de l'envisager la jurisprudence de la Cour, marque un processus d'émancipation des droits communautaires par rapport à leur matrice originelle économique. Par conséquent, alors que les droits aux prestations sociales étaient initialement liés à l'exercice d'activités économiques (en particulier sous forme de travail rétribué, qui est à la base de la notion de travailleur), ils peuvent actuellement être exercés par des citoyens économiquement non actifs sur la base du principe de non-discrimination. Alors qu'auparavant, un État membre devait assumer l'entière responsabilité sociale et fournir des prestations à ceux qui avaient déjà eu accès au marché du travail dans cet État

¹⁵³ Voir le Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Comm, in *JO L 323 del 13.12.1996*, pag. 38.

¹⁵⁴ Arrêt C-228/07 del 11.09.2008, *Rac.* [2008] p. I-06989.

¹⁵⁵ Arrêt C- 94/07 du 17.07.2008, *Rac.* [2008] p. I-05939.

¹⁵⁶ Arrêt C-158/07 du 18.11.2008, *Rac.* [2008] p. I-08507.

¹⁵⁷ Arrêt C-209/03 du 15.03.2005, *Rac.* [2005] p. I-02119.

et qui, par conséquent, avaient contribué dans une certaine mesure à son économie, ce type de solidarité économique doit actuellement être élargi, en principe, à tous les citoyens de l'Union légalement résidents sur son territoire. Cependant, il faut remarquer qu'il reste encore des limites. Comme l'a observé la Cour dans les arrêts *Grzelczyk* et *Bidar*, les États membres doivent aujourd'hui faire preuve d'« une certaine solidarité financière » dans l'organisation et dans l'application de leurs systèmes de sécurité sociale.

On peut suivre le parcours de la jurisprudence en matière de protection des droits sociaux et des prestations sociales à partir de l'affaire *Baumbast*¹⁵⁸ qui a permis à un citoyen allemand, qui avait utilisé son droit de libre circulation au Royaume-Uni, de garder sa résidence dans cet État membre conformément à l'art. 18 CE. Dans l'affaire *Trojani*¹⁵⁹, la Cour a ensuite considéré que, même dans le cas où un citoyen qui résidait occasionnellement en Belgique mais n'avait pas le statut de sujet économique (verdict que la Cour a confié au juge national), celui-ci pouvait tout de même bénéficier de la protection que lui garantissait l'art. 18 CE. Par la suite, l'arrêt *Schwarz*¹⁶⁰ a approfondi cet axe jurisprudentiel, en déléguant au juge national l'application de l'art. 49 CE et de l'art. 18 CE, tout en confirmant, dans les deux cas, l'existence d'une violation. En définitive, malgré la séparation des domaines d'application des articles relatifs respectivement à la citoyenneté et à la libre circulation, cette séparation ne comporte pas de grandes différences dans la pratique¹⁶¹. La Cour de Justice procède à l'obtention d'un niveau homogène de protection dans le domaine de la libre circulation des personnes, en utilisant les normes sur la citoyenneté comme un instrument valable dans ce but.

Comme l'a remarqué l'avocat général Jacobs dans le cadre de l'affaire *Konstantinidis*, « un ressortissant communautaire qui se rend dans un autre État membre en qualité de travailleur salarié ou non salarié au sens des articles 48, 52 ou 59 du traité n'a pas seulement le droit de poursuivre son entreprise ou sa profession et de bénéficier des mêmes conditions de vie et de travail que les ressortissants de l'État d'accueil; il a droit, en outre, à l'assurance que, où qu'il se rende pour gagner sa vie dans la Communauté, il

¹⁵⁸ Arrêt C-413/99, *Baumbast e R c. Secretary of State for the Home Department*, *Rac.* 2002, p. I-0709.

¹⁵⁹ Arrêt C-456/02, *Michel Trojani c. Centre public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS)*, *Rac.* 2004, p. I-07573.

¹⁶⁰ Arrêt C-76/05, *Herbert Schwarz e Marga Gootjes-Schwarz Voir Finanzamt Bergisch Gladbach*, in *Racc.* 2007 p. I-06849.

¹⁶¹ Voir Spaventa, E., « Seeing the wood despite the trees? On the scope of Union citizenship and its constitutional effect », *Common Market Law Review*, 45, 2008, p. 40.

sera traité selon un code commun de valeurs fondamentales, en particulier celles inscrites dans la Convention européenne des droits de l'homme. En d'autres termes, il a le droit d'affirmer "civis europeus sum" et d'invoquer ce statut pour s'opposer à toute violation de ses droits fondamentaux ». De cette manière, la libre circulation des personnes acquiert une identité propre, influencée par des contenus constitutionnels, se transformant en une liberté liée à la dynamique qui caractérise les droits fondamentaux¹⁶².

Ainsi, « la notion de citoyenneté, qui implique *un statut juridique de l'individu*, impose aux États membres de prêter une *attention particulière à la situation juridique de l'individu*. De cette manière, la libre circulation des personnes devient la circulation des libres citoyens. Un changement de perspective qui n'est pas simple, puisque le centre de l'attention est déplacé de la liberté de circulation à l'individu »¹⁶³. Le citoyen titulaire d'une sécurité sociale, selon les divers modèles nationaux, devient le véhicule à travers lequel les prestations sociales circulent sur le territoire communautaire. En ce sens, le bien juridique objet de protection n'est donc plus la prestation elle-même mais, indirectement, l'ensemble des prestations qui garantissent au citoyen le déroulement normal de la vie sociale. On assiste ainsi à la création d'un nouveau modèle de *welfare* communautaire, non plus fondé sur une série de réglementations passées qui imposent l'usufruit de certaines prestations sociales, mais au contraire, sur un ensemble variable de droits exportables et, quoi qu'il en soit, toujours exigibles, tout en conservant les différentes modalités d'attribution prévues par chaque droit national.

¹⁶² Voir Besselink, L., « Dynamics of European and national citizenship: inclusive or exclusive? », *European Constitutional Law Review*, n. 3, vol. I, 2007, pagg. 1 e 2 ; Castro Oliveira, Á., « Workers and other persons: step -by-step from movement to citizenship — Case Law 1995-2001 », *Common Market Law Review* n.39, 200 2; Dougan, M. & Spaventa, E., « Educating Rudy and the (nin-) English patient: A double-bill on residency rights under Article 18 EC », n.28, *European Law Review*, 2003, pagg. 700-704 ; Martin, D. « A Big Step Forward for Union Citizens, but a Step Backwards for Legal Coherence », *European Journal of Migration and Law* 2002, pagg. 136-144 ; O'Leary, S., « Putting flesh on the bones of European Union citizenship », *European Law Review*, 1999, pagg. 75-79; Shaw, J. & Fries, S., « Citizenship of the Union: First Steps in the European Court of Justice », *European Public Law*, 1998, pag. 533.

¹⁶³ Voir les Conclusions de l'avocat général Colomer dans l'arrêt C- 228/07 point 22.

Partie II : L'Europe sociale entre Union et CEDH

Comme nous l'avons déjà souligné, la construction d'un marché commun de prestation de services, obtenue à travers l'application des principes de la solidarité, de la non discrimination et de la citoyenneté communautaire, a déterminé une augmentation de la mobilité des travailleurs communautaires entre États membres. Cette situation comporte d'un côté la nécessité de garantir à cette catégorie des travailleurs la fruition des prestations sociales sur le territoire de l'État d'accueil, et de l'autre la nécessité de garantir aux prestataires de services étrangers l'accès direct aux marchés des différents États membres.

Ces deux exigences sont à la base de l'intervention communautaire en matière de santé, à travers la discipline en matière d'accès transfrontalier aux services d'assistance médicale, et sur le marché du travail, à travers les politiques de la Flexisécurité.

Cependant, l'intervention communautaire dans ces secteurs ne tient pas compte des coûts nationaux liés à la nécessité d'une modification des politiques sociales. Ces coûts se sont multipliés durant ces 20 dernières années et ont comporté un déséquilibre dans les bilans nationaux, bien visible dans la période actuelle et accentué par la crise économique internationale. Dans ce cadre normatif, les droits sociaux sont réglementés, bien qu'avec des modalités et des contenus non comparables aux disciplines constitutionnelles européennes avancées, de la même manière que les autres droits fondamentaux et les libertés économiques de l'Union, dont ils partagent désormais la nature de droit fondamental de l'Union et, en cela, induisent à revoir *funditus* le concept de citoyenneté européenne "à partir de sa capacité d'inclusion sociale effective".

L'introduction de la Charte de Nice et la reconnaissance des droits sociaux comme droits fondamentaux dans le système de l'Union, ne semblent tout d'abord pas suffire à combler la lacune créée par l'inexistence d'une politique sociale au niveau de l'Union. Au contraire, il semble évident qu'une politique sociale sectorielle au niveau de l'Union affaiblit la capacité des systèmes internes d'absorber les changements économiques créés sur le plan supranational. Par ailleurs, comme le soulignent M. Jouen et C. Palpant, « la dimension sociale de la construction européenne est souvent accompagnée d'une certaine ambiguïté, qui vient du fait que la politique sociale de l'Union européenne n'est pas le clone – en plus grand – de la politique sociale dans tel ou tel État-membre. Elle ne se

fonde pas sur les mêmes principes ; le champ de ses activités et de ses instruments sont plus restreints»¹⁶⁴.

C'est dans ce contexte que s'inscrit aussi la proposition d'adhésion de l'Union à la Convention européenne pour la protection des droits fondamentaux qui crée des doutes importants quant à la garantie effective d'un standard de protection des droits fondamentaux plus élevé dans le cadre de l'UE que dans celui des États membres.

L'analyse de la jurisprudence et de la réglementation communautaires révèle, en effet, que la justiciabilité effective des droits sociaux dans l'ordre juridique de l'Union est liée à la nécessité de sauvegarder le bon fonctionnement du marché interne. Cette observation est essentielle pour comprendre l'approche différente de la jurisprudence de la Cour de Justice concernant la protection des droits sociaux fondamentaux par rapport à celle qui concerne les autres droits fondamentaux.

À cette jurisprudence, il est nécessaire d'en ajouter une plus récente, dans laquelle on peut relever une nette asymétrie entre les libertés économiques et les droits sociaux¹⁶⁵. Cette asymétrie dans la protection des droits par rapport aux paramètres constitutionnels nationaux et communautaires rappelle inévitablement l'attention de la doctrine constitutionnelle sur les limites nécessaires à opposer à cette prétention de primauté du droit communautaire sur le droit constitutionnel des libertés et des droits établis par les constitutions nationales.

¹⁶⁴ Marjorie Jouen et Catherine Palpant, « Pour un nouveau contrat social européen », *Notre Europe, Études et recherches* n° 43.

¹⁶⁵ Cfr. S. Giubboni, "Dopo Viking, Laval e Rüffert: in cerca di un nuovo equilibrio fra i diritti sociali e mercato", A. Andreoni, B. Veneziani, *Libertà economiche e diritti sociali ... cit.*, p. 124. En évaluant de façon critique la jurisprudence du Juge communautaire en ce qui concerne l'équilibre entre libertés économiques et droits sociaux, dans l'optique de l'art. 6.1 du Traité de Lisbonne et de l'art. 28 de la Charte de Nice/Strasbourg, une argumentation convaincante souligne que cette jurisprudence constitue une véritable erreur de logique car elle ne considère pas les droits sociaux à l'instar des droits de l'homme, comme nous l'avons rappelé à propos des sentences *Omega* et *Schmidberger* (B. Caruso, "Diritti sociali e libertà economiche sono compatibili nello spazio europeo?", A. Andreoni, B. Veneziani, *Libertà economiche e diritti sociali... cit.*, p. 111). Outre cette limite, il faut observer que ce qui est à relever dans les sentences *Viking*, *Laval* n'est pas tant la non reconnaissance du droit constitutionnel de grève mais plutôt le genre d'équilibre établi entre le droit lui-même et le droit d'établissement de la normative communautaire, qui finit par dégrader l'effectivité de la garantie constitutionnelle reconnue au "droit de négociation et d'actions collectives" garanti par l'art. 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE.

Titre 1 : La liberté de prestation de services et la matière sociale

Dans le cadre de cette étude, il est important de remarquer que les services d'assistance médicale rentrent eux aussi, conformément aux articles 56 et 57 TFUE (ex art. 49 et 50 TCE)¹⁶⁶, dans l'hypothèse de libre circulation des services, si bien qu'ils étaient déjà insérés dans le cadre de la directive sur les services de 2004 et trouveront une nouvelle place dans la directive sur les droits des patients¹⁶⁷.

En général, comme l'affirme l'art. 168 TFUE (ex 152 TCE), les États membres ont la compétence exclusive en matière de santé¹⁶⁸. En particulier, comme l'a récemment réaffirmé la Cour dans l'arrêt *Doc Morris*¹⁶⁹ sur l'application de l'art. 49 TFUE (ex 43 TCE) à la législation autrichienne réglementant les cliniques dentaires, « il appartient aux États membres de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection de la santé publique et la manière dont ce niveau doit être atteint. Ce niveau pouvant varier d'un État membre à l'autre, il convient de reconnaître aux États membres une marge d'appréciation »¹⁷⁰; par conséquent, les systèmes de santé nationaux ne rentrent pas, en principe, dans le cadre d'application de la discipline du marché et de la concurrence. En réalité, la jurisprudence récente nous a habitués à considérer que les systèmes nationaux d'assistance maladie peuvent également entrer en conflit et intéresser le droit communautaire. En effet, un travailleur du domaine de la santé peut, en invoquant le droit communautaire, exercer son activité sur tout le territoire de l'Union, à condition que cette activité soit rémunérée. Par conséquent, il est également possible, à l'inverse, que cette activité soit réglementée sur la base des articles 106 (1) TFUE (ex art. 86 (1) TCE) et 102

¹⁶⁶ Voir les articles 56-62 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union et les articles 62 et 51-54 sur la libre prestation de services.

¹⁶⁷ Voir la proposition de la Directive du Parlement et Conseil sur l'application des droits des patients à le prestations médicales transfrontaliers. COM 2008 414 fin.

¹⁶⁸ Voir les Arrêts C- 238/82, *Duphar BV* par. 16, affaires joints C-159/91 e C-160/91 *Pucet et Pistre* par. 6, Arrêt *Sodemare* par. 27 e *Kohll* par. 17.

¹⁶⁹ Voir L. Hancher et W. Sauter, « One step beyond? From Sodemare to Docmorris: the EU's freedom of establishment case law concerning healthcare », *Common Market Law Review*, 47, 2010 pp. 117-146.

¹⁷⁰ Voir par. 19 affaires joints C-171/07 e C-172/07. (Voir, aussi Arrêt 11.12.2003, C-322/01 *Deutscher Apothekerverband*, *Rac.* Pag. I-14887, point 103 ; Arrêt C-141/07, *Commissione c. Germania*, 11.09.2008, *Rac.* pag. I-6935, point 51, et *Hartlauer*, cit., point 30).

TFUE (ex art. 82 TCE), quand les normes nationales qui favorisent les travailleurs de certaines catégories de services créent des situations de droits exclusifs ou des abus de position dominante.

En effet, « à cet égard, il y a lieu de rappeler que, selon la jurisprudence, la libre prestation des services exige non seulement l'élimination de toute discrimination à l'encontre du prestataire de services établi dans un autre État membre en raison de sa nationalité, mais également la suppression de toute restriction, même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres États membres, lorsqu'elle est de nature à prohiber, à gêner ou à rendre moins attrayantes les activités du prestataire établi dans un autre État membre où il fournit légalement des services analogues »¹⁷¹. L'article 49 TCE, relatif à la libre circulation des services, garantit à un travailleur de ce secteur établi dans un État membre de se déplacer librement sur le territoire d'un autre État membre sans subir de restrictions discriminatoires, puisqu'il est possible de soumettre ce droit exclusivement aux mêmes conditions imposées aux opérateurs économiques nationaux. Le droit communautaire, sauvegardant en partie les prérogatives constitutionnelles nationales, n'empêche toutefois pas que les États membres puissent étendre, dans le cadre des prestations sociales, leurs propres lois et leurs conventions collectives de travail, en matière de minima salariaux, à tout travailleur du domaine des prestations de services opérant sur son territoire, indépendamment du pays où il est établi. La libre prestation de services comporte donc l'obligation pour les États membres de retirer les restrictions qui empêchent les citoyens d'un État membre, établis dans l'un des pays de l'Union européenne, d'exercer leur activité en faveur d'un bénéficiaire qui se trouve dans un autre État membre, ou d'y exercer occasionnellement leur activité aux conditions prévues par la réglementation qui y est en vigueur. Dans ce but, le droit communautaire impose l'interdiction d'interposer des obstacles à la circulation des services, que ce soit envers l'État où la prestation doit être effectuée, ou envers celui dans lequel le travailleur est établi.

La liste d'exemples contenue dans l'art. 50.2, TUE permet de remarquer l'ampleur attribuée par le traité à la notion de services. Cette dernière doit en effet concerner l'exercice d'une activité rétribuée qui ait donc une nature économique réelle et effective,

¹⁷¹ Voir point 78 Arrêt C- 350/07 *Kattner*, *Rac.* 2009 p. I-01513.

même si elle dérive d'un profit indirect et indépendamment de la correspondance entre celui qui est bénéficiaire du service et celui qui le paye, comme l'a spécifié à plusieurs reprises l'interprétation large de la Cour de Justice¹⁷². Par contre, les services pour lesquels n'est prévue aucune rémunération ou tout autre type de compensation économique¹⁷³ sont exclus de la notion communautaire, tout comme les services rendus par l'État ou, de manière plus générale, les activités se présentant comme partie intégrante des fonctions de l'État, ou encore financées par le budget public.

Il faut remarquer que la Cour de Justice opère une subdivision entre les prestations économiques qui peuvent être librement exercées dans les différents États membres, qui retombent dans le cadre du marché intérieur, et celles qui n'en font pas partie¹⁷⁴. La jurisprudence exclut en général que les services qui sont classés comme ayant un caractère « solidaire »¹⁷⁵ puissent rentrer dans la réglementation du marché unique. Les juges excluent notamment que les activités basées sur la logique de la solidarité nationale puissent être considérées comme des activités économiques et, par conséquent, celles-ci ne rentrent pas dans le domaine d'application du droit de concurrence.

Dans ce type d'activité sont compris, avant tout, les services d'assistance médicale. L'importante jurisprudence qui s'est développée à partir de l'affaire *Pucet et Pistre*, et plus récemment de l'affaire *Watts*, montre clairement l'attitude de la Cour. Le principe qui est établi est celui selon lequel le citoyen communautaire qui s'adresse à un médecin dans un État membre différent du sien a droit au remboursement des frais médicaux sans qu'une autorisation préalable de la part de la caisse maladie de l'État où il est inscrit soit nécessaire. Ce type de remboursement devra en outre être versé selon les tarifs de l'État où les prestations ont été effectuées.

¹⁷² Voir Arrêt 4.10.1991, C-159/90, *S.P.U.C. c. Grogan*, *Rac.* 1991, p. I-04685.

¹⁷³ Affaires jointes C-51/96 et C-191/97, *Deliège*, *Rac.* 2000, p. I-02549.

¹⁷⁴ Voir dans ce sens point 16 des affaires jointes, C-286/82 et C-26/83 *Luisi Carbone*, *Rac.* 1984, p. 00377.

¹⁷⁵ Voir Davis, « The effect of Mrs Watt trip to France on the national health service », *King's Law Journal*, 18, p. 157 ; Van de Gronden, « Cross-border healthcare in the EU and the organization of the national health systems of the Member States : the dynamics resulting from the European Court of Justice's free movement and competition law », *Wisconsin international law journal*, 2009, p. 705 ; Hatzopoulos, « Killing national health and insurance systems but healing patients? The european market for healthcare services after the judgement of the ECJ » *Common Market Law Review*, 39, p. 683 ; Hervey, « The current legal framework on the right to seek healthcare abroad in the European Union », *CYELS*, 2007, 9, p. 261.

La Cour ouvre ainsi la route à ce que l'on pourrait définir comme la libre prestation des services médicaux transfrontaliers. Bien que cette liberté paraisse très large, de par son caractère social, elle peut cependant être soumise à certaines limites. Selon l'art. 22 du règlement 1408/71, en effet, le risque de déstabiliser l'équilibre financier des caisses maladies et l'ordre public en matière de santé, peuvent être cause d'une éventuelle autorisation préalable au traitement, toujours, bien entendu, dans les limites du principe de proportionnalité.

En outre, les services médicaux fournis par des entreprises privées ne rentrent pas dans le cadre des prestations exclues du secteur de la concurrence. Dans ces cas-là, en effet, il manquerait le caractère exclusivement social de la prestation et, par conséquent, celle-ci retomberait dans le cadre d'application de la réglementation sur le marché commun. Un exemple de la manière dont la Cour s'oriente en matière de prestations médicales *cross-border* est représenté par l'affaire italienne des assurances responsabilité civile automobile pour les tiers victimes d'accidents de la route. L'arrêt *Commission c. Italie*¹⁷⁶ montre clairement que certains motifs impératifs d'intérêt général peuvent permettre de justifier des restrictions au marché libre en vertu de leur finalité sociale. En Italie, la souscription à une assurance responsabilité civile automobile est obligatoire et, par conséquent, la Cour soutient que les assurances dans ce secteur n'ont pas un véritable pouvoir contractuel. Selon la Commission, en effet, l'obligation de souscription, imposée à toutes les compagnies d'assurance exerçant dans le domaine de la responsabilité civile automobile ainsi qu'à tous les propriétaires de voitures, soumise à la possibilité pour l'ISVAP (Institut pour la Vigilance sur les Assurances Privées) d'émettre des sanctions en cas de violation de cette obligation, est incompatible avec les art. 43 CE et 49 CE. Cette obligation dissuaderait les compagnies d'assurance établies dans d'autres États membres de s'installer ou d'offrir leurs services en Italie et, par conséquent, en compromettrait l'accès au marché italien. Ces compagnies se trouveraient, notamment, dans l'impossibilité de choisir librement leurs services d'assurance et les destinataires des services. De cette manière, elles seraient contraintes de supporter des coûts excessifs par rapport à leurs stratégies d'entreprise. Ces coûts seraient encore plus onéreux pour les compagnies qui entendent exercer en Italie des activités sporadiques.

¹⁷⁶ Arrêt C-518/06 *Commission c. Italie*, Rac. 2009 p. I-03491.

La Cour n'aborde pas tout ce qui concerne les buts sociaux sous-jacents de ce type d'assurance, mais elle base plutôt son raisonnement sur le caractère obligatoire et sur la nécessité d'empêcher des distorsions du marché de référence. Selon la Cour, il existe, en effet, un type de « solidarité d'intérêt général »¹⁷⁷ dans ce secteur, qui justifie en soi l'atteinte portée à la concurrence et au marché commun dans ce domaine précis. Comme le démontre constamment la jurisprudence, une restriction à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services peut être admissible quand il s'avère qu'elle correspond à des motifs impératifs d'intérêt public, qu'elle permet de garantir la réalisation de l'objectif fixé et qu'elle ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour cette réalisation¹⁷⁸.

Ainsi, l'objectif de protection sociale invoqué par la République italienne, entendu essentiellement comme garantie de remboursement adéquat aux victimes d'accidents, peut être considéré comme motif impératif d'intérêt général. Bien que précédant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, ce verdict peut être relié au principe de l'économie sociale de marché, déjà énoncé dans la Constitution européenne et repris par le Traité de Lisbonne. Ce que l'on a défini comme clause horizontale sociale et que l'on retrouve dans l'art. 3 par. 3 TUE prévoit effectivement que l'Union compte parmi ces objectifs celui d'avoir une économie sociale de marché fortement compétitive. Selon de nombreux exégètes¹⁷⁹, cela représenterait le passage d'une Union n'ayant qu'un but mercantile à une Union où le *welfare state* et la solidarité redeviennent des valeurs de base. Suivant ces indications, on peut donc aisément interpréter le verdict en question. La Cour, en effet, reconnaît à l'assurance responsabilité civile automobile italienne la valeur solidaire caractéristique des prestations sociales et reconnaît par conséquent sa faculté à être protégée précisément en tant qu'expression d'une économie sociale, dans laquelle le simple profit et la concurrence entre les entrepreneurs ne sont pas les valeurs principales à protéger.

¹⁷⁷ Voir .B. Petit, « Un regard juridique sur la dynamique du modèle social européen », *Droit Social*, 2010, p. 220.

¹⁷⁸ Voir affaire jointes 5.12.2006 C-94/04 et C-202/04, *Cipolla, Rac.* pag. I-11421, point 61; Arrêt C-250/06, 13.12.2007, *United Pan-Europe Communications Belgium, Rac.* pag.I-11135, point 39, et Arrêt C-212/06 1.04.2008, *Governo della Comunità francese et Governo vallone, Rac.* pag. I-1683, point 55.

¹⁷⁹ Voir M. Ferrera, « Verso una cittadinanza sociale aperta: i nuovi confini del welfare nell'Unione europea », *Rivista italiana di scienza politica*, n. 1/2004, et S. Giubboni, « I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario », *Diritto dell'Unione Europea*, nn. 2-3/2003, S. Giubboni, « Free Movement of Persons and European Solidarity », *European Law Journal*, 2007, p.170-203.

La clause sociale intégrée dans le traité mérite donc une attention toute particulière. La libre prestation de services, en tant que liberté fondamentale protégée par les traités, rencontre, de fait, une nouvelle limite. Le jugement de proportionnalité que la Cour opère chaque fois qu'il y a un conflit entre les libertés garanties par le droit communautaire s'enrichit d'une nouvelle composante : l'élément social. On peut donc affirmer que chaque fois que la prestation de services concerne un secteur lié à celui des prestations sociales *latu senso*, on devra tenir compte de ces buts à caractère solidaire et le jugement de proportionnalité devra par conséquent être adapté à ces derniers. Ce type d'équilibre pourrait avoir un double effet : d'une part, certains craignent une paralysie du marché des prestations des services dans tous les domaines où les États membres pourraient contourner l'interdiction de restrictions à la concurrence en faisant pression à travers le thème des buts sociaux de la réglementation¹⁸⁰. D'autre part, l'introduction d'une nouvelle catégorie de motifs impératifs pourrait pousser vers une nouvelle ère d'harmonisation, précisément dans le secteur des législations nationales du *welfare*, considérant que quand on parle d'économie sociale de marché, on se réfère à toute la série de politiques qui investissent dans la formation, l'éducation, la culture, la sécurité, les aides sociales et l'environnement.

Le manque d'information et, par conséquent, l'impossibilité pour le patient¹⁸¹ de refuser ou de remplacer le service-traitement, prohibent la possibilité de considérer les soins médicaux comme des services au sens communautaire du terme. Dès lors que le service médical est effectué dans le but exclusif de soigner le patient, il ne peut plus être considéré comme un service entendu dans son acception économique, mais il est un service social qui, par conséquent, a d'autres buts que la simple circulation et capitalisation du bien. En d'autres termes, le bien qui devrait être sujet à l'application de la réglementation communautaire n'est pas appréciable économiquement. La protection de la santé des citoyens rentrant dans le paradigme des obligations que l'État a envers ces

¹⁸⁰ Voir S. Giubboni, « Da Roma a Nizza. Libertà economiche e diritti sociali fondamentali nell'Unione europea », *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2004/2, et S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, il Mulino, 2003 et S. Giubboni, « Un certo grado di solidarietà. Libera circolazione delle persone e accesso al welfare nella giurisprudenza della Corte di giustizia CE », in *RDSS*, 1/2008, et M. Poiars Maduro, *Striking the Elusive Balance between Economic Freedom and Social Rights in the EU*, in J. Alston, *EU and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

¹⁸¹ Voir conclusions de l'avocat general Bot dan l'Arrêt *Belgian Dentist* C-446/05 points 114-116.

derniers, elle ne rentre pas dans les logiques de marché et, par conséquent, chaque fois que l'on parle de soins offerts par les systèmes de santé nationaux, le but social dépasse le but économique. Actuellement, la Cour résout donc l'équilibre entre libre prestation de services et garantie de la santé des citoyens en faveur de cette dernière, laissant aux États la liberté d'imposer des critères rigides pour pouvoir effectuer des prestations de services de santé. Il est vrai qu'il existe, néanmoins, des services médicaux dont le but premier n'est pas la garantie de la santé comme paradigme social/national, tels que les services médicaux et paramédicaux effectués par des opérateurs privés non affiliés aux systèmes nationaux de prévention sanitaire.

Dans tous les cas où la prestation de services de santé est effectuée par des sujets privés, l'éventuelle violation des règles du marché commun doit être évaluée à la lumière des critères déjà établis par la jurisprudence concernant l'interprétation des articles 49 et 56 TFUE (ex 43 et 49 TCE). Ainsi, les limites imposées par l'État ne doivent pas être discriminatoires et doivent être justifiées par des motifs d'ordre impératif ou d'intérêt public proportionnels. Le test de proportionnalité doit notamment « tenir compte du fait que si un État membre impose des règles moins strictes que celles applicables dans un autre État membre, cela ne signifie pas en soi que ces dernières sont disproportionnées et, donc, incompatibles avec le droit communautaire. En effet, la seule circonstance qu'un État membre ait choisi un système de protection différent de celui adopté par un autre État membre ne saurait avoir d'incidence sur l'appréciation de la nécessité et de la proportionnalité des dispositions prises en la matière »¹⁸² et, quoi qu'il en soit, il faut tenir compte du fait qu'une appréciation de ce genre peut changer au cours des années, notamment en fonction des progrès réalisés en la matière sur le plan technique et scientifique. Ce que la Cour soutient est donc la légitimité de l'existence de différentes restrictions dans les divers États membres à condition que celles-ci soient proportionnées dans leur contexte spécifique.

Après toutes ces considérations, il apparaît donc clairement qu'il y a une distinction marquée entre, d'une part, les services de santé nationaux, qui ont comme but principal la protection de la santé des citoyens et qui, précisément en raison de cela, ne rentrent pas dans le cadre d'application du droit communautaire puisqu'ils sont justifiés

¹⁸² Voir points 33 et 34 Arrêt *Mac Queen*, C-108/96.

sur la base d'une catégorie de motifs impératifs fondés sur le paramètre du but social, et, d'autre part, les services médicaux effectués par des sujets privés qui, n'étant pas encadrés par les politiques nationales de protection de la santé, rentrent dans le cadre matériel et subjectif d'application du droit communautaire¹⁸³.

Chapitre 1 : L'agenda de Lisbonne, la méthode ouverte de coordination et les nouvelles perspectives de gouvernance en matière sociale

Le tableau présenté ci-dessous illustre la dépense publique des États membres de la Communauté dans la période 1981-1996 pour le maintien des systèmes de sécurité sociale par rapport au PIB des trente années précédant la crise économique.

Tableau 1¹⁸⁴ : total de la dépense pour la protection sociale¹⁸⁵ en pourcentage du PIB des années 1970-2001

	1970	1980	1990	1996	2001
Belgique	18,7	27,6	26,7	28,6	27,5
Danemark	19,6	28,7	29,7	31,4	29,5
Allemagne	21,5	28,8	25,4	29,9	29,8
Grèce	n.a.	9,6	23,2	22,9	27,2
Espagne	8,8	17,9	19,9	21,9	20,1
France	19,2	25,4	27,7	31	30
Irlande	13,8	20,8	19,1	17,8	14,6

¹⁸³ Voir Arrêt C-160/08, *Commissione europea c. Repubblica federale di Germania*, et Arrêt C-341/08, *Domnica Petersen c. Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe*.

¹⁸⁴ Sources ESSPROS 1981 (EUROSTAT, 1981), et EUROSTAT 1996.

¹⁸⁵ Le total des frais comprenant aussi les bénéfices sociaux et les coutures administratives.

Italie	n.a.	19,5	24,4	24,8	25,6
Luxembourg	15,6	26,5	22,6	24,1	21,2
Hollande	19,7	28,8	32,5	30,1	27,6
Autriche	n.a.	n.a.	27,8	29,8	28,4
Portugal	n.a.	12,7	15,6	21,2	23,9
UK	14,3	21,5	23,2	28	27,2
Finlande	n.a.	n.a.	33,6	31,6	25,8
Suède	n.a.	n.a.	37,1	33,9	31,3
UE-15	n.a.	n.a.	27,7	28,4	27,5

En analysant le tableau, on remarque une augmentation constante de la dépense pour les prestations sociales dans tous les États membres jusqu'aux années 1990 et une baisse, plus ou moins importante, avec le début du nouveau millénaire. Cette donnée n'est pas surprenante puisque durant ces dernières années, les progrès scientifiques et technologiques ont effectivement comporté une amélioration et un allongement de la durée de vie dans les pays occidentaux et en Europe. Le vieillissement de la population comporte, d'une part, une dépense publique en hausse pour couvrir les coûts des retraites et, d'autre part, une augmentation des coûts pour les dépenses de santé. Si l'on ajoute à cela l'importante mobilité de la population qui se déplace sur le territoire de l'Union et, par conséquent, la réattribution des ressources publiques envers des citoyens qui ne contribuent pas (partiellement ou intégralement) au financement de ces coûts, on comprend aisément l'augmentation de la dépense publique nationale pour les services d'assistance sociale.

Puisqu'en l'absence de compétences de l'Union dans le domaine social il est impossible pour le bilan UE de prévoir une couverture de dépense dans ce secteur, les États membres doivent trouver des solutions alternatives pour assumer les coûts et éviter l'écroulement des critères financiers fixés par le traité de Maastricht pour les budgets publics.

Selon l'opinion de nombreux spécialistes¹⁸⁶, la connaissance scientifique et l'expérimentation de nouveaux modèles de gestion du *welfare* peuvent être des instruments efficaces pour trouver des solutions adéquates afin de faire face au problème de la gestion des *welfare* nationaux dans une optique intégrée à échelle communautaire, sans devoir remettre en discussion la répartition de compétences entre Union et États membres. À partir des années 1990, on a donc commencé à expérimenter de nouveaux systèmes de coordination des droits nationaux précisément dans ces domaines où la compétence de l'Union est exclue ou imparfaite. Dans le cadre des domaines dont nous traitons ici, il faut signaler la méthode de réglementation particulière utilisée par l'Union. À la différence de la méthode communautaire classique qui se base sur le « command and command »¹⁸⁷, c'est-à-dire sur l'imposition de réglementations uniformes visant à l'harmonisation des droits nationaux, on emploie, au contraire, dans le secteur social une série de mécanismes de réglementation qui sont appelées « new governance », précisément pour les différencier de la méthode classique.

Étant donné la carence de compétence de l'Union dans ces domaines, l'action communautaire se développe à travers une série de processus et de pratiques qui contiennent, certes, des éléments normatifs, mais qui tendent essentiellement à réaliser des prévisions législatives efficaces et transversales dans les États membres.

A. Le méthode ouverte de coordination

Parmi ces processus et pratiques, celle qui est le plus utilisée est la MOC, c'est-à-dire la méthode ouverte de coordination, un processus qui se base sur le partage des connaissances, sur le développement des *meilleures pratiques* et surtout sur l'échange réciproque d'informations et de modèles entre les États membres.

¹⁸⁶ Voir M. Dougan et E. Spaventa, « Wish you weren't here: new models of social solidarity in the European Union », Paper presented to a conference on social welfare and EU law, University of Cambridge, 12-13 June 2003, published in M. Dougan and E. Spaventa (eds.), *Social Welfare and EU Law* Oxford, Hart Publishing, 2005.

¹⁸⁷ Voir Scott J. Trubek, « Mind the gap: law and new approaches to governance in the European Union », *European Law Journal*, 2002, 8, p. 15.

La MOC a été utilisé pour la première fois dans les années 1990 pour coordonner les politiques économiques et fiscales des États membres. Il a ensuite été appliqué à la politique d'emploi et, depuis 2004, il a été étendu par la Stratégie de Lisbonne à de nombreux domaines, parmi lesquels celui de la santé.

Il faut souligner que la MOC n'a pas pour but de créer une politique communautaire de *welfare* structurée, mais plutôt celui de créer une orientation communautaire en matière de *welfare*¹⁸⁸. L'une des critiques qui est le plus souvent adressée à cette méthode de gouvernance est son caractère non contraignant et, par conséquent, le risque d'une libéralisation excessive des politiques de *welfare*¹⁸⁹. La MOC naît, en effet, pour répondre au conflit, établi par la jurisprudence de la Cour de Justice, entre droits sociaux et droits économiques. Cette méthode, qui est clairement une méthode de *soft-law*, n'entend toutefois pas donner des réponses définitives à cette problématique, mais veut, au contraire, encourager une « reflexive attitude »¹⁹⁰ entre les divers acteurs de la politique sociale. Elle a été utilisée dans les secteurs où la législation de l'Union est bloquée parce que « the Treaty bases for the Community action are weak and where diversity among Member States precludes harmonization »¹⁹¹, quand il n'existe que des principes communs, principes qui n'engendrent pas de compétences mais qui peuvent être dotés de valeur contraignante uniquement quand ils sont associés à des compétences.

En mars 2000, le Conseil européen a approuvé ce qu'on appelle la Stratégie de Lisbonne, un plan stratégique visant à transformer l'Union en « *devenir l'économie de la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique du monde, capable d'une croissance économique durable accompagnée d'une amélioration quantitative et qualitative de l'emploi et d'une plus grande cohésion sociale* »¹⁹². La Stratégie de Lisbonne indique deux objectifs : l'augmentation de la compétitivité et le développement

¹⁸⁸ Voir T. K. Hervey, « The european Union's governance of health care and the welfare modernization agenda », *Relation and governance*, 2008, p.107.

¹⁸⁹ Voir Trubek D., Trubek, « New governance and legal reJolation: complementarity, rivalry or transformation », *Columbia Law Journal*, 2007, pp. 539-564.

¹⁹⁰ Voir M. Dawson, « The ambition of social Europe in the open method of co-ordination », *European Law Review*, 2009.

¹⁹¹ Voir F. Sabel and J. Zeittin, *Active welfare, experimental governance, pragmatic constitutionalism: the new transformation of Europe*, Paper presented at the workshop "Opening the MOC", Firenze, European University Institute, 4-5 juillet 2003.

¹⁹² Voir Lisbon European Council, 23-24th March 2000, Presidency Conclusions, http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/00100-r1.en0.htm, para 5.

d'une méthode sociale européenne à travers la cohésion sociale, à atteindre par le biais de la coordination des législations nationales précisément grâce à la MOC. Dans ce domaine, la méthode s'appuie sur trois éléments principaux : la *flexisécurité*, l'utilisation d'instruments non normatifs et une délégation partielle de pouvoirs.

La MOC est entendue également, dans le cadre de la Stratégie, comme une méthode alternative à la méthode communautaire classique, en vue de garantir une coordination minimum des politiques de travail dans les États membres. La stratégie appelée SEE, Stratégie européenne pour l'emploi, élaborée durant le Conseil européen du Luxembourg du 1997, justement pour pallier le problème des différences entre les politiques de l'emploi des États membres et leur compatibilité avec le marché unique, dans une optique de dialogue qui assure le développement d'approches communes afin de garantir des taux d'emploi élevés dans le cadre du marché unique, a été l'un des exemples d'application/ expérimentation de la méthode.

Le mécanisme de la Stratégie se base principalement sur les lignes directrices rédigées annuellement par la Commission, qui doivent être prises en compte par les États quand ils planifient leurs propres politiques de l'emploi. Ces derniers doivent ensuite soumettre un rapport annuel à la Commission dans lequel ils rendent compte des mesures adoptées pour se conformer aux lignes directrices. La Commission évalue les rapports afin de développer les lignes directrices pour l'année suivante et le Conseil peut adresser des recommandations non contraignantes aux États¹⁹³. Les mécanismes que nous venons de décrire se fondent principalement sur l'échange de connaissances et de pratiques entre les composantes administratives et les politiques des systèmes nationaux, assistées par la coopération entre différents acteurs sociaux au niveau européen. La MOC ne touche pas au principe de subsidiarité et ne comporte aucun transfert de compétences de la part des États membres à l'Union. Cette méthode favorise notamment un cadre propice à l'échange d'informations, d'expériences et de *bonnes pratiques*, et, grâce aussi à la participation de tous les opérateurs sociaux y compris les ONG, un processus constant de préparation, de développement et d'évaluation des plans nationaux en matière de lutte contre la pauvreté

¹⁹³ Voir S. Smisman, Reflexive law in support of directly deliberative polyarchy: reflexive-deliberative polyarchy as normative frame of the MOC, in O. De Schutter and S. Deakin (dir.), *Social Rights and Market Forces : Is the Open Method of Coordination of Employment and Social Policies the Future of Social Europe?*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

et l'exclusion sociale. En outre, la méthode favorise l'échange et les relations entre les organisations européennes qui opèrent dans le domaine social, que ce soit au niveau régional ou local. En ce sens, elle apparaît donc comme un instrument *de gouvernance à plusieurs niveaux* qui crée un équilibre entre la nécessité de respecter les diversités des États membres et l'unité de l'action de l'UE dans le secteur social. En pratique, les principaux processus de la méthode sont représentés par les lignes directrices communes qui doivent se retrouver dans les politiques nationales, associées régulièrement à une vérification et à une évaluation : la méthode s'organise donc comme un processus d'apprentissage réciproque qui repose sur des indicateurs prédéterminés et sur la comparaison entre les diverses *best practices*¹⁹⁴.

La MOC est un instrument de *soft-law* parce qu'il ne prévoit justement aucun mécanisme de coercition et, en second lieu, parce que la Cour de Justice ne joue aucun rôle dans la procédure. Elle utilise donc les droits sociaux fondamentaux comme simple paramètre de référence pour le développement de politiques sociales. Les bons résultats que ce dernier a obtenus dans le cadre de la Stratégie de l'emploi ont facilité son extension dans les domaines des politiques d'inclusion sociale et des retraites¹⁹⁵. Il faut toutefois souligner qu'il n'est actuellement pas possible d'évaluer quel est l'impact réel de la MOC sur les systèmes internes, même s'il semble que les acteurs européens y trouvent une voie possible vers l'harmonisation, si bien que le Traité de Lisbonne, bien qu'indirectement, fait référence à la MOC dans certaines normes consacrées à la politique sociale. Par exemple, l'art. 168, 2 TFUE prévoit que l'Union encourage « la coopération entre les États membres visant à améliorer la complémentarité de leurs services de santé dans les régions frontalières » et impose une obligation de coordination « entre eux, en relation avec la Commission, [de] leurs politiques et programmes » respectifs dans ces secteurs.

Comme nous l'avons déjà remarqué, l'efficacité de cette méthode n'est pas certaine mais elle offre, en tout cas, une alternative possible, en favorisant l'occupation et de nouvelles politiques sociales sans créer d'autres contraintes bureaucratiques¹⁹⁶. L'une

¹⁹⁴ Voir N. Bernard, *Between a Rock and a Soft Place: Internal Market versus Open Coordination in EU Social Welfare Law*, in E. Spaventa-M. Dougan, *Social Welfare and EU Law*, Oxford, 2005.

¹⁹⁵ Voir. M. Trubek and L. G. Trubek, « Hard and soft law in the construction of Social Europe: the role of the open method of coordination » *European Law Journal*, No. 3, May 2005, p. 343-364

¹⁹⁶ Voir D. Ashiagbor, « EMU and the shift in the European labour law agenda: from Social Policy to Employment Policy » , *European Law Journal*, 2001/ 7, p. 311.

des critiques qui est souvent adressée au sujet de l'efficacité de cette méthode est l'absence d'un contrôle en vertu de l'art. 230 TUE. Par ailleurs, il est vrai qu'avec l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux, la MOC pourrait devenir le nouveau véhicule à travers lequel mettre en exécution les principes sociaux qui y sont définis¹⁹⁷. En outre, un second facteur positif est celui de la participation massive de tous les acteurs sociaux de la scène européenne aux processus de la MOC, avec, par conséquent, la possibilité d'y trouver un canal préférentiel pour la sensibilisation de l'opinion publique¹⁹⁸ aux problématiques sociales liées à la politique européenne. La MOC a également trouvé sa place dans l'Agenda européen 2005-2010 qui compte justement parmi ses objectifs la mobilité *cross-border* des patients. Elle se propose notamment d'améliorer le système des connaissances médicales au niveau européen et la promotion des systèmes sanitaires¹⁹⁹.

B. La flexisécurité

Traditionnellement, la protection des droits concernant le domaine de la sécurité sociale a été basée sur le règlement 1408/71, qui s'applique aux travailleurs migrants et à leurs familles ainsi qu'aux étudiants et apprentis. Le règlement garantit à ces sujets la possibilité de profiter des mêmes prestations que les citoyens nationaux, aux mêmes conditions, pour obtenir des aides en cas de maladie, maternité, invalidité et retraites.

Suite à la jurisprudence de la Cour de Justice et aux expériences acquises aussi dans le cadre de la MOC, le Conseil et le Parlement ont adopté le Règlement 883/04 qui modifie l'ancien Règlement 1408/71, devenant ainsi le nouveau cadre normatif de référence en la matière et démontrant comment plusieurs approches de *gouvernances* peuvent trouver leur place et des solutions partagées dans le cadre de la politique sociale européenne.

¹⁹⁷ Voir M. Radaelli, *The open method of coordination: a new government architecture for the European Union*, in www.sieps.su.se

¹⁹⁸ Voir Borrás et Jacobson, « The open method of coordination and new governance patterns in the EU », *Journal of European public policy* 11:2 April 2004, p.185.

¹⁹⁹ Voir Résolution législative du Parlement européen du 23 avril 2009 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers (COM(2008)0414 – C6-0257/2008 – 2008/0142(COD))

Le parcours de réexamen du modèle social européen se développe sur trois axes principaux : la *flexisécurité*, l'inclusion sociale et la coordination des systèmes de sécurité sociale. *Flexisécurité* est un terme inspiré du droit danois qui combine deux termes, dont la signification littérale est flexibilité et sécurité, qui prévoit un système qui se fonde sur un marché du travail remarquablement flexible, une forte protection sociale, une formation continue des travailleurs et l'absence de conflictualité entre les organismes sociaux. Il a été adopté dans le domaine européen avec la Stratégie de Lisbonne. Les principes communs de *flexisécurité*, adoptés par le Conseil européen, incluent stratégies de formation permanente (*lifelong learning*), politiques actives sur le marché du travail, systèmes adaptés et soutenables de sécurité sociale. L'évolution du concept, à partir de sa tendance initiale très libérale, s'est concrétisée, notamment grâce à la large consultation des organismes sociaux, des juristes et de la société civile, menée à travers la méthode ouverte de coordination, dans une combinaison de marchés du travail flexibles, avec un taux élevé d'emploi et une sécurité de revenus. Puisque les principes communs régissant la *flexisécurité* comportent la combinaison d'accords contractuels flexibles et fiables, de stratégies de formation permanente, de politiques actives sur le marché du travail et de systèmes de protection sociale modernes, adaptés et soutenables, le droit d'accès aux services de l'emploi prend une valeur qui ne se limite pas au premier contact avec le marché du travail, mais doit couvrir, à la lumière de la Charte de Nice²⁰⁰, toute la vie de travailleur du citoyen européen.

En outre, les politiques de *flexisécurité* devraient, tout d'abord, promouvoir des marchés du travail plus ouverts et inclusifs pour en dépasser la segmentation ; impliquer, ensuite, tant les personnes en dehors qu'à l'intérieur du marché du travail (*insiders* et *outsiders*) ; promouvoir, enfin, plus d'opportunités, d'aides économiques et de mesures de soutien pour faciliter l'accès au travail ou le changement d'activité pour les sans-emploi, ou les personnes ayant un travail précaire ou non déclaré, ou qui sont, d'une manière ou d'une autre, en marge du marché du travail régulier. La flexibilité contractuelle devrait ensuite être accompagnée de transitions sûres d'un emploi à un autre. En ce qui concerne le droit d'accès aux services de l'emploi, élevé au rang de droit social fondamental²⁰¹ et

²⁰⁰ Particulièrement le titre « Solidarité » de la Charte.

²⁰¹ Art. 29 Charte des droits fondamentaux.

inséré dans un contexte de transformation du marché du travail, la nécessité d'une gestion qui implique les organisations de travailleurs et une orientation à la transition entre deux emplois ainsi que la formation permanente, met en cause la responsabilité de choix et d'investissements adaptés.

La seconde ligne directrice a été développée en particulier à partir d'un instrument récent de *soft-law*, la Recommandation du 3 octobre 2008 sur l'implication (ou inclusion) active des personnes exclues du marché du travail. Précédée, elle aussi, de consultations publiques et accompagnée d'une communication de la Commission qui précise que le concept d'inclusion active complète l'activité visant à promouvoir la *flexisécurité* et ouvre la route à des politiques en matière de *basic income*, en observant que « la protection sociale dans les pays privés d'un régime de revenu minimum comme la Grèce et l'Italie a une capacité plus limitée en termes de réduction de la pauvreté ». Les principes communs en matière d'inclusion active dans le marché du travail, qui pour certains aspects équilibrent ceux en matière de *flexisécurité*, ou du moins en atténuent les aspects les plus libéraux, incluent la promotion de travaux de qualité, de meilleures conditions de travail et salariales, de formation permanente, de perspectives de carrière, ainsi que la lutte contre la segmentation du marché du travail, cette fois-ci à travers la promotion du travail stable et un soutien adapté au revenu salarial, notamment grâce à des mécanismes de revenu garanti. Le lien avec le marché du travail se réalise à travers l'opportunité de travail et/ou de formation professionnelle, et s'avère être complémentaire de la philosophie de la *flexisécurité*, dans une optique de construction d'un Etat social actif, qui puisse prévoir des parcours personnalisés vers le travail et des garanties pour ceux qui ne sont pas en mesure de travailler. Dans la philosophie des systèmes européens, qui requiert un cadre de référence commun et des instruments de mise en place nationaux, il faut éliminer les obstacles à l'accès au marché du travail à travers des mesures de type actif et préventif (avec une attention particulière à l'orientation et à la formation personnalisées), adapter les aides et les obstacles dérivant des systèmes fiscaux et de prestations sociales (surtout à travers les aides attribuées aux employeurs et à travers des mécanismes de conditionnalité des prestations) et, enfin, prévoir des normes spécifiques anti-discrimination²⁰².

²⁰² Voir le préambule de la Stratégie de Lisbonne.

La troisième ligne directrice du nouveau modèle social européen est la coordination des systèmes de sécurité sociale. Comme nous l'avons dit précédemment, le rapprochement des législations en matière de sécurité sociale est confié à la protection du travailleur migrant et à la promotion de la mobilité. Ainsi, le Règlement de coordination comprend des prestations en cas de maladie, de maternité et de congés parentaux, d'invalidité, de vieillesse et des assurances contre les accidents du travail et les maladies professionnelles, des aides en cas de chômage et de préretraite, des allocations familiales, et règle également les mécanismes de cumul des versements pour la retraite au sens strict.

Au début de l'année 2010, la Commission a approuvé la nouvelle stratégie européenne pour sortir de la crise et élargir l'économie sociale de marché. Europe 2020²⁰³ vise à un renforcement des politiques de solidarité entre États membres et Union, en choisissant le modèle de l'économie de marché social comme cadre de développement de l'UE pour la prochaine décennie, avec trois priorités : croissance intelligente, croissance soutenable et croissance inclusive, qui se concrétisent en sept initiatives phare. Pour obtenir des résultats, il faut une gouvernance forte et pour cela, Europe 2020 s'appuiera sur deux piliers : une approche thématique qui associe priorités et objectifs principaux et comptes-rendus annuels des États membres, qui les aident à élaborer des stratégies pour rétablir la soutenabilité de la croissance et des finances publiques. Au niveau de l'Union seront adoptées des orientations intégrées qui couvriront les priorités et les buts de l'UE, alors que des recommandations spécifiques seront adressées aux États membres. Les comptes-rendus dans le cadre d'Europe 2020 et l'évaluation du pacte de stabilité et de croissance se feront simultanément, sans modifier la séparation des instruments et l'intégrité du pacte.

Le Conseil européen sera responsable de la nouvelle stratégie, dont il constituera l'élément central. La Commission évaluera les progrès vers la réalisation des objectifs, facilitera les échanges politiques et présentera les propositions nécessaires pour orienter les interventions et faire progresser les initiatives phare de l'UE. Le parlement aura un rôle déterminant pour mobiliser les citoyens et servira de colégislateur pour les initiatives principales.

²⁰³ Communication de la Commission COM(2010) 2020 du 3 mars 2010.

En ce qui concerne le domaine social, la troisième priorité de la stratégie – croissance inclusive – vise, encore une fois, à la croissance de l’emploi comme moyen pour favoriser la cohésion économique-sociale et territoriale. Croissance inclusive signifie, en effet, renforcer la participation des personnes à travers des niveaux d’emploi élevés, investir dans les compétences, combattre la pauvreté et moderniser les marchés du travail, les méthodes de formation et les systèmes de protection sociale pour aider les citoyens à se préparer aux changements et à les gérer et construire une société unie. Il est tout aussi fondamental que les bénéfices de la croissance économique s’étendent à toutes les parties de l’Union, y compris les régions ultrapériphériques, de manière à renforcer la cohésion territoriale. L’objectif est de garantir à tous l’accès et les opportunités durant toute la vie. L’Europe devra exploiter les potentialités de ses forces de travail pour faire face au vieillissement de la population et à l’augmentation de la concurrence globale. Il faudra des politiques en faveur de la parité entre les sexes pour augmenter la participation au marché du travail de façon à favoriser la croissance et la cohésion sociale, et l’Europe devra agir en particulier sur trois fronts : l’emploi, les compétences et la lutte contre la pauvreté.

Les mesures adoptées dans le cadre de ces priorités consisteront en la modernisation et le renforcement des politiques en matière d’emploi, d’instruction et de formation et des systèmes de protection sociale, en augmentant la participation au marché du travail et en réduisant le chômage structurel. Dans cette optique, il sera important de veiller à l’accès aux structures pour les enfants et aux soins pour les autres personnes à charge. Dans ce contexte, il sera fondamental d’appliquer les principes de la *flexisécurité* et de permettre aux personnes d’acquérir de nouvelles compétences pour s’adapter aux changements de conditions et à l’éventuelle réorientation professionnelle. Cela demandera un effort considérable que de lutter contre la pauvreté et l’exclusion sociale et de réduire des inégalités en termes de santé pour faire en sorte que la croissance soit avantageuse pour tous. Il sera tout aussi important de favoriser un vieillissement actif et une bonne santé afin de garantir une cohésion sociale et une productivité plus élevée.

L’initiative phare dans ce domaine s’intitule « Un agenda pour de nouvelles compétences et de nouveaux emplois » et prévoit des lignes directrices d’action pour la Commission ainsi que pour les États membres, l’objectif étant notamment de mettre en place les bases de la modernisation des marchés du travail afin d’augmenter les taux

d'emploi et de garantir la soutenabilité des modèles sociaux. Cela signifie améliorer la participation des personnes à travers l'acquisition de nouvelles compétences pour permettre à la force de travail, actuelle et future, de s'adapter aux changements de conditions et à l'éventuelle réorientation professionnelle, réduire le chômage et augmenter la productivité du travail.

Au niveau de l'Union, la Commission aura un rôle central et devra définir et mettre en place, avec les organismes sociaux européens, la seconde phase du programme *flexisécurité*, pour trouver la manière de mieux gérer les transactions économiques, de lutter contre le chômage et de rehausser les taux d'activité, d'adapter le cadre législatif, en harmonie avec les principes de la réglementation intelligente, aux modèles de travail en évolution (horaires, travailleurs détachés, etc...) et aux nouveaux risques pour la santé et la sécurité au travail. Elle devra faciliter et promouvoir la mobilité de la main-d'œuvre à l'intérieur de l'UE, pour garantir un meilleur équilibre entre l'offre et la demande d'emploi, avec un soutien financier adapté des fonds structurels, en particulier du Fonds Économique Social Européen²⁰⁴, et devra promouvoir une politique de migration des travailleurs qui soit globale et prévoyante, de façon à répondre avec la flexibilité nécessaire aux priorités et aux exigences des marchés de l'emploi. La Commission aura, en outre, le devoir de renforcer la capacité des organismes sociaux pour exploiter au mieux les potentialités de résolution des problèmes du dialogue social à tous les niveaux (UE, national/régional, sectoriel, d'entreprise) et devra promouvoir la collaboration plus intense entre les institutions du marché du travail, y compris les services publics pour l'emploi des États membres. Elle aura par ailleurs le rôle de donner de l'élan au cadre stratégique pour la coopération entre tous les organismes intéressés au niveau de l'instruction et de la formation. Cela signifie, notamment, appliquer les principes de la formation continue également à travers des parcours d'apprentissage flexibles entre les différents secteurs et les niveaux d'instruction et de formation professionnelle, en rendant ces dernières plus attrayantes. Ainsi la Commission devra-t-elle consulter les organismes sociaux européens afin que ceux-ci développent une initiative en ce sens. Elle devra encore faire en sorte que les compétences nécessaires pour l'accès à la formation et l'entrée sur le marché du travail soient acquises et reconnues dans tous les systèmes

²⁰⁴ Voir articles 162-164 du TFUE.

d'enseignement général, professionnel, supérieur et pour adultes et devra tenter de développer un langage et un instrument communs pour l'instruction/formation et le monde du travail²⁰⁵.

Au niveau national, les États membres devront mettre en place leurs propres parcours nationaux de *flexisécurité*, comme l'a établi le Conseil Européen, pour réduire la segmentation du marché du travail et favoriser les transitions, tout en facilitant un meilleur équilibre entre vie au travail et vie privée. Ils devront réexaminer et contrôler régulièrement l'efficacité des systèmes fiscaux et de sécurité sociale pour rendre le travail rentable, avec une attention particulière aux personnes peu qualifiées, en abolissant également les mesures qui découragent le travail indépendant ; ils devront promouvoir de nouvelles formes d'équilibre entre travail et vie privée, parallèlement à la mise en place de politiques de vieillissement actif et de parité des sexes. Les États devront en outre donner de l'élan à l'application du Cadre européen des certifications à travers la création de cadres nationaux des certifications et devront faire en sorte que les compétences nécessaires pour l'accès à la formation et l'entrée sur le marché du travail soient acquises et reconnues dans tous les systèmes d'enseignement général, professionnel, supérieur et pour adultes, y compris l'apprentissage non formel et informel. Enfin, ils devront développer les partenariats entre le secteur de l'instruction/formation et le monde du travail, notamment en associant les organismes sociaux à la planification de l'instruction et de la formation.

Ce qui ressort de tout cela est, en premier lieu, le nouveau rôle que la politique sociale acquiert au niveau européen. Dans un monde qui se globalise de plus en plus, l'Union redécouvre la nécessité de miser sur une croissance qui ne soit pas seulement économique mais aussi plus sociale. Le nouveau paradigme suppose que sans une Union sociale coordonnée, il ne peut y avoir de croissance économique soutenable et durable. Nous sommes donc à l'heure d'un tournant : une fois la stabilité économique obtenue à travers le marché unique, l'Union doit désormais construire le « marché unique social », condition nécessaire à son développement futur et à la compétitivité sur les marchés extérieurs. Pour reprendre les mots du président Barroso²⁰⁶, « la crise est un signal

²⁰⁵ ESCO, European Skills, Competences and Occupational frame work.

²⁰⁶ Voir le préambule du Président J. M. Barroso à la Strategie Europe 2020.

d'alarme. Elle nous fait prendre conscience que s'en tenir à une logique de continuité nous fera progressivement décliner jusqu'à nous reléguer au second rang du nouvel ordre mondial. » Europe 2020 représente donc l'objectif d'obtenir plus d'emplois et une vie meilleure en rappelant que l'Europe « est en mesure de promouvoir une croissance intelligente, soutenable et inclusive, de trouver la manière de créer de nouveaux emplois et d'offrir une orientation à nos sociétés ».

Les objectifs que l'Union s'est fixé pour la décennie qui vient de commencer sont donc très ambitieux et c'est précisément pour cette raison que l'on peut se demander s'il existe aujourd'hui les éléments qui permettent la réalisation de ces objectifs et si le Traité de Lisbonne peut être le Traité qui portera l'Union vers la nouvelle Union sociale.

Chapitre 2 : La Charte des droits fondamentaux : indivisibilité des droits et nouveau rôle des droits sociaux

Comme nous l'avons déjà souligné, l'action la plus évidente en matière de reconnaissance des droits sociaux dans l'acquis communautaire a été, sans nul doute, l'inclusion de la Charte des droits fondamentaux dans le droit primaire de l'Union. Pour la première fois, en effet, les droits sociaux sont reconnus comme fondamentaux et l'on reconnaît l'unité de l'ensemble des droits fondamentaux, en rompant la dichotomie qui existait jusqu'alors entre droits économiques et sociaux, d'une part, et droits civils et politiques, d'autre part. Cette inclusion fonde ce qui a été défini comme la constitutionnalisation de l'Union européenne²⁰⁷.

Les droits sociaux, reconnus par le second paragraphe du préambule de la Charte, se retrouvent, principalement au titre de la solidarité, comme droits des travailleurs, et comme droit d'information et de consultation. Deux autres libertés, celles de réunion et

²⁰⁷ Sur la différence entre Charte des droits fondamentaux et Charte de Nice, Voir : Sciarabba, *Rapporti tra Corti e rapporti tra Carte. Le "clausole orizzontali" della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in Nicolò Zanon, Valerio Onida *Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006, p. 389-458, et la nouvelle édition in *Tra Fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008, G.G. Florida et L.G. Scianella, *Il cantiere della nuova Europa. Tecnica e politica nei lavori della Convenzione europea*, Bologna, 2003.

d'association et la liberté professionnelle, ainsi que le droit au travail, sont, au contraire, reconnues par les articles 12 et 15. En outre, la libre circulation des travailleurs est garantie dans le titre Égalité et dans celui de Citoyenneté. La disposition même des droits sociaux dans la Charte semble suggérer une lecture plus homogène des clauses sociales, qui ne sont pas confinées dans un unique titre, mais sont liées à tous les autres droits fondamentaux en tant que droits nécessaires pour la jouissance des autres droits civils et politiques.

A. Droits sociaux, principes et droits sociaux collectifs

Comme déjà rappelé à plusieurs reprises, la Charte énonce des droits déjà reconnus dans des directives et des arrêts de la Cour de Justice, mais elle introduit également des droits nouveaux, comme le droit à la négociation collective, le droit de grève et la liberté d'association syndicale, expressément exclus du cadre d'harmonisation de l'article 153.5 TFUE. Toutefois, la protection des droits reconnus par la Charte trouve une limite dans le domaine de répartition des compétences entre Union et États membres : en effet, l'article 51 de la Charte exclut que celle-ci puisse trouver des applications dans les matières non soumises à la compétence communautaire. Cette limite apparaît d'autant plus évidente précisément en matière de politique sociale, étant donné la complexité de la répartition de compétences établie par le Traité de Lisbonne²⁰⁸. Et si certains auteurs soutiennent que le

²⁰⁸ Commentaire sur la Charte voir M. Cartabia, *The multilevel protection of fundamental rights in Europe: the European pluralism and the need for a judicial dialogue*, in C. Casonato, *The protection of fundamental rights in Europe: lessons from Canada*, 2003, Trento; A. Barbera, *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, in *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004, p. 89 ; A. Barbera, « *La Carta europea dei diritti: una fonte di ricognizione?* », *Il diritto dell'Unione europea*, 2-3/2001, p. 241; A. Barbera, *La Carta europea dei diritti e la Costituzione italiana*, in *Le libertà e i diritti nella prospettiva europea, Atti della giornata di studio in memoria di Paolo Barile*, Padova, 2002, p. 107 ; A. Spadaro, *Verso la Costituzione europea: il problema delle garanzie giurisdizionali dei diritti*, in *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano, 2003, p. 128 ; U. De Siervo, « *L'ambigua redazione della Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea* », *Diritto pubblico*, 1/2001, p. 50, U. De Siervo « *I diritti fondamentali europei ed i diritti costituzionali italiani (A proposito della Carta dei diritti fondamentali)* », *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, p. 153 ; E. Grosso, *La limitata garanzia dei diritti di partecipazione politica nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in G. Zagrebelsky, *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Roma - Bari, 2003, p. 172 ; A. Barbera, « *La Carta europea*

destin de la Charte est celui d'influencer la répartition de compétences communautaires, celle-ci, opérant une distinction entre droits et principes, veut en réalité endiguer ce phénomène. Selon les explications de la Charte, les principes, lesquels selon l'art. 52.5 peuvent être mis en place par des actes législatifs et exécutifs de la part des Institutions, peuvent être objet de contrôle de la part du juge, exclusivement en référence à la légitimité de l'acte auquel ils se réfèrent. Ainsi, certains droits-libertés comme la liberté professionnelle, le droit à la négociation et à l'action collective ainsi que le droit à la protection contre le licenciement injustifié pourraient être directement protégés. Au contraire, les principes qui ont besoin de l'intervention des autorités compétentes pour leur mise en place, ne seraient pas directement contraignants. Il apparaît donc clairement qu'il faut pouvoir distinguer entre ces deux catégories de droits, distinction qui n'est pas toujours simple et qui peut être risquée si l'on pense, par exemple, à certains arrêts récents comme ceux rendus dans les affaires *Viking*, *Laval*, *Rüffert* et *Commission c. Allemagne*.

Tout d'abord, il faut faire le point sur au moins trois facteurs problématiques qui marquent les limites de l'efficacité de la protection accordée aux droits sociaux par le système communautaire. Bien que la disposition de l'art. 6 du TUE accorde à la Charte la même valeur qu'aux Traités, la Charte n'est pas incluse directement dans le texte du Traité mais elle se présente comme un acte séparé, publié avec le Traité. Cette étrange position a suscité diverses réactions : certains ont voulu lire dans ce choix une volonté du législateur communautaire de donner à la Charte une valeur juridique semblable à celle des Traités, mais en quelque sorte soumise, justifiant cette interprétation précisément par le choix de ne pas en inclure le texte dans le corps même des Traités. Une doctrine majoritaire et la jurisprudence reconnaissent, toutefois, que la Charte a la même valeur juridique que les Traités et que son emplacement à l'extérieur du texte du Traité constitue plutôt un point fort qu'une faiblesse : en effet, en rendant le texte de la Charte plus visible et autonome, cet emplacement *a latere* garantirait à la Charte une meilleure circulation et une plus grande possibilité de jouissance de la part des citoyens, en la rapprochant de textes comme

dei diritti: una fonte di ricognizione ? » , *Rivista di diritto dell'Ue*, 2001, p. 241 et *La Carta europea dei diritti e la Costituzione italiana*, Napoli, 2006, spéc. p. 107 ; M. Cartabia, *Multilevel protection of fundamental rights in Europe - standards and judicial dialogue*, Atti del convegno The protection of fundamental rights in Europe: lessons from Canada, Trento, 2001; O. Chessa, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano, 2002; et *La tutela dei diritti oltre lo Stato. Fra diritto internazionale dei diritti umani e integrazione costituzionale europea*, in R. Nania e P. Ridola, *I diritti costituzionali*, Torino, 2001.

la Déclaration universelle des droits de l'homme et la CEDH, la libérant ainsi d'une vision purement communautaire, l'élèverait au rang de texte autonome de reconnaissance des droits fondamentaux²⁰⁹.

Outre l'emplacement insolite, l'art. 6 fait référence aux explications de la Charte comme des paramètres de référence pour l'interprétation des dispositions qui y sont contenues. Par définition, les explications n'ont pas en soi un statut de loi, mais elles représentent un précieux instrument d'interprétation, destiné à clarifier les dispositions de la Charte. Il est alors naturel de se demander pourquoi un instrument interprétatif non contraignant est explicitement rappelé par le Traité. Certains y ont lu une volonté politique de délimiter la possible expansion interprétative des droits de la part de la Cour, à travers le recours explicite aux sources normatives extra-européennes, citées précisément par les explications, afin d'éviter de dangereuses prises de position de la part du juge. Cet aspect a été souligné justement en rapport avec les droits sociaux. La CEDH étant en effet la référence la plus importante de la Charte et celle-ci ne contenant pas un catalogue de droits sociaux, elle semble vouloir, à travers le recours aux explications, s'assurer un contrôle de la part des organes politiques justement dans l'interprétation de ces droits qui, par leur nature, risquent le plus d'entrer en conflit avec les libertés économiques, d'une part, et d'altérer la répartition de compétences, d'autre part.

En effet, plus encore que pour d'autres droits, les explications mettent en lumière la portée des droits sociaux en rapport avec les actes normatifs communautaires adoptés à leur égard, contraignant leur interprétation dans les strictes limites tracées par les dispositions de droit dérivé, afin d'éviter une lecture trop ample de ceux-ci. La fonction des explications ne vise cependant pas tant à limiter l'interprétation des droits qu'à éviter plutôt une lecture au rabais de ces derniers. L'établissement d'un standard de référence comme la CEDH, reconnu par l'art. 6 alinéa 3, sert en effet à déterminer la limite minimum de protection des droits, sachant que l'Union a la faculté de fixer des standards de protection plus élevés.

²⁰⁹ Voir A. Spadaro, *Sulla giuridicità della Carta europea dei diritti: c'è ma per molti non si vede*, in G. Ferrari, *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001; S. Sciarra, « Diritti sociali. Riflessioni sulla Carta europea dei diritti fondamentali » *Argomenti di diritto del lavoro*, 2001.

Comme nous l'avons déjà rappelé, il n'y a pas, historiquement, de reconnaissance des droits sociaux dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi, l'inclusion de ces derniers dans le texte de la Charte a également une valeur symbolique remarquable : il s'agit en effet du premier texte supranational qui reconnaît la même dignité à ces droits qu'aux droits fondamentaux classiques, lesquels, lus en relation avec les principes du développement soutenable et du modèle social européen contenus dans les Traités, élaborent un nouveau projet de développement de l'expérience européenne. Mais c'est précisément le rôle central de la constitution sociale qui a attiré sur l'inclusion de ces droits dans le texte de la Charte les plus fortes résistances de la part des États membres, qui craignaient de perdre des domaines de compétence, en référence aux matières de politique sociale qui, comme déjà relevé, continuent à rester une compétence de l'État. Nous reviendrons plus loin sur la question du choix de certains États membres d'exclure tout effet contraignant de la Charte à leur égard. Il suffit de rappeler que certains droits sociaux, notamment ceux des travailleurs, exigent la présence d'un système de protection et de garanties particulièrement complexe et coûteux, qui pèse entièrement sur le budget de l'État et constitue souvent l'aiguille de la balance dans les questions de politique interne nationale.

Toujours dans une optique de limitation de la possible expansion de compétences de l'Union, on peut lire les articles 51 et 52, qui délimitent le cadre d'application objectif et subjectif de la Charte²¹⁰.

²¹⁰ L'article 51 affirme que:

1. Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en oeuvre le droit de l'Union. En conséquence, ils respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives et dans le respect des limites des compétences de l'Union telles qu'elles lui sont conférées dans les traités.
2. La présente Charte n'étend pas le champ d'application du droit de l'Union au-delà des compétences de l'Union, ni ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelles pour l'Union et ne modifie pas les compétences et tâches définies dans les traités.

L'article 52 :

1. Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui.
2. Les droits reconnus par la présente Charte qui font l'objet de dispositions dans les traités s'exercent dans les conditions et limites définies par ceux-ci.
3. Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, leur sens et

Du point de vue subjectif, la Charte spécifie qu'elle s'applique aux institutions communautaires et aux États membres quand ils appliquent le droit communautaire. Cela signifie qu'elle devient standard et limite dans l'adoption des actes communautaires, en ce sens que chaque acte communautaire de droit primaire ou dérivé, ainsi que les actes de transposition nationaux, doit respecter les droits qui y sont ratifiés.

L'article 52 s'ouvre avec l'affirmation que les droits fondamentaux ne peuvent être limités que par des normes visant à protéger les intérêts généraux de l'Union. Les droits de la Charte doivent donc être interprétés à la lumière des traditions constitutionnelles des États membres, quand ils sont issus de ces traditions (par. 4). Cette norme reprend le texte du préambule, dans lequel est affirmé le respect des traditions constitutionnelles des États membres, comme le rappelle l'art. 6 TUE. Ainsi, l'Union est tenue de respecter le fait que les droits inclus dans la Charte reçoivent une protection plus élevée dans les systèmes nationaux par rapport au standard fixé au niveau communautaire, selon le principe d'application de la « norme la plus favorable ». La limite à ces dispositions consiste dans le fait que ni la Charte ni le Traité n'obligent la Cour de Justice à appliquer toujours le standard le plus élevé. Encore une fois, la Charte affirme le respect de la CEDH, comme l'exprime l'art. 53 : « Aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, ou tous les États membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des États membres ». Ceci peut être obtenu avec l'interdiction d'interpréter les dispositions de la Charte comme portant atteinte aux niveaux minimum de protection mis en place par les Conventions internationales, que chaque État reconnaît à l'intérieur de son système. Cette clause tente d'éviter un éventuel déséquilibre entre systèmes nationaux et droit de l'Union, en plaçant comme niveau minimum de protection précisément celui qui est défini par les Constitutions nationales et par les sources internationales, dans l'espoir de prévenir de

leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue.

4. Dans la mesure où la présente Charte reconnaît des droits fondamentaux tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, ces droits doivent être interprétés en harmonie avec lesdites traditions.

possibles interventions des Cours constitutionnelles, comme ce fut le cas dans les années 70. Tout aussi significatif, le par. 5 de l'art. 52 souligne que les dispositions de la Charte ne peuvent être invoquées devant un juge que pour le contrôle d'interprétation et de légitimité des actes adoptés par l'Union ou par les États membres dans la mise en œuvre du droit de l'Union. Le discours sur l'efficacité verticale et horizontale de la Charte est résolu en ce sens que celle-ci ne garantit pas l'invocabilité de la part des citoyens des droits qui y sont ratifiés. À la différence de l'art. 2 de notre Constitution, qui détermine la protection immédiate du citoyen contre l'atteinte portée à ses droits, la Charte est invocable seulement de manière indirecte, quand les droits fondamentaux des individus sont violés dans l'application du droit de l'Union.

Il y a ensuite une autre distinction, au paragraphe 5, entre droits et principes, les premiers directement invocables, les seconds, au contraire, ne donnant pas la possibilité de tenter des actions positives, directement invocables par les citoyens envers des institutions communautaires et des États membres, puisqu'ils ne sont appliqués que dans le cadre d'actes législatifs ou exécutifs et, par conséquent, ne peuvent être examinés qu'à travers le contrôle du juge des actes mêmes²¹¹.

L'article 52 délimite donc le cadre objectif d'application de la Charte, approuvant, d'une part, la compétence exclusive de la Cour de Justice et, de l'autre, excluant que les droits qui y sont contenus puissent être immédiatement invocables, en dehors du cadre d'application des normes de droit communautaire. En ce sens, la Charte n'est pas seulement un simple instrument de réglage des droits fondamentaux, mais elle opère exclusivement dans le respect des actes communautaires et des actes nationaux qui les appliquent, excluant ainsi que les droits qui y sont contenus puissent être invoqués par les citoyens envers des normes purement nationales. Il est, au contraire, plus complexe de définir le cadre dans lequel les citoyens peuvent invoquer ces mêmes droits envers des institutions, au vu de la disposition de l'art. 6 TUE : en effet, une atteinte aux droits fondamentaux de la part des systèmes communautaires pourrait être condamnée également en rapport avec des actes qui n'ont pas pour objet la réglementation de droits

²¹¹ Voir D.Castiglione, « From the Charter to the Constitution of Europe? Notes on the constitutionalisation process in the EU », *Queen's papers on Europeanisation*, No 5/2002 ; J.Habermas, « Why Europe Needs a Constitution », *New Left Review*, 2, p. 5-26, 2001.

fondamentaux mais qui peuvent entrer en conflit avec eux. La règle de rattachement posée par l'art. 52.2 devrait éviter l'éventualité d'un élargissement inconditionnel de l'interprétation donnée aux droits fondamentaux, au vu du rappel des normes et des conditions posées par les traités.

Une question très débattue en doctrine est la subdivision entre principes et droits opérée par la Charte. Cette subdivision apparaît particulièrement significative, notamment concernant les droits sociaux. Elle vise à distinguer entre droits pleinement contraignants et droits qui ressemblent plus à des objectifs, auxquels l'Union accorde une reconnaissance, mais qui ne rentrent pas dans sa compétence et, par conséquent, ne doivent pas tant être mis en service que respectés. Même si les droits sociaux considérés par la Charte ne sont pas tous exprimés sous forme de principes, il est certain que la plupart d'entre eux le sont, avec la particularité que nombre de principes/droits sociaux se retrouvent en dehors du titre consacré à la solidarité. En général, on peut affirmer que nombre des droits sociaux recueillis dans la Charte ne rentrent pas dans le cadre de compétences de l'Union, ainsi serait-il impossible de rendre contraignants des droits qui ne peuvent pas être mis en service par l'acquis communautaire. Il existe notamment une série de principes/droits dont la protection est confiée directement aux États membres et dont la reconnaissance apparaît indirectement dans le cadre communautaire, par l'obligation de respecter les principes communs dérivant des Constitutions des États membres. C'est dans ce sens que peuvent être interprétés les articles 34 (sécurité sociale et assistance sociale), 35 (santé) et 36 (services d'intérêt économique général) de la Charte, qui font référence à des droits qui, par nature, peuvent être garantis exclusivement (selon la répartition de compétences actuelle) au niveau national. Dans ces matières, l'Union n'a, en effet, aucune compétence et, par conséquent, une action d'harmonisation de sa part est exclue, ne laissant place qu'à la règle de rattachement. Ainsi, les droits/principes concernés doivent être respectés par l'Union mais leur mise en service et réglementation matérielle sont laissées à l'autonomie des États nationaux, suivant la disposition de l'art. 156 TFUE, qui exclut de l'harmonisation les matières comme la protection et l'inclusion sociale.

La compétence concurrente sanctionnée par l'art. 153, concernant les matières sociales, notamment en référence à l'emploi et au principe de parité, fait en sorte que les

droits qui y sont liés soient énoncés par la Charte comme de véritables droits et non comme des principes. Dans ces domaines, en effet, l'Union non seulement respecte les droits nationaux, mais opère une fonction de coordination, en soutenant et en complétant l'action des États à travers l'émanation d'actes normatifs, lesquels doivent respecter les droits contenus dans les articles 27-33, 37 et 38, dont la protection est, en dernier lieu, confiée à la Cour de Justice. Cependant, cette protection ne s'avère pas toujours adéquate : si les niveaux de protection de droits sociaux que nous pourrions définir comme classiques, telle la protection contre le licenciement abusif ou le droit d'information des travailleurs, sont désormais définis et systématiquement imposés par la Cour, d'autres droits, notamment collectifs, ont du mal à trouver un cadre de protection adéquate et définie. En effet, il faut rappeler que la construction de la protection des droits sociaux effectuée par la Charte ne peut être considérée comme exhaustive, la distinction entre droits et principes soulignant encore une fois la carence de compétences communautaires en la matière et donc l'impossibilité de fixer des standards minimum de protection contraignants, que ce soit pour les institutions ou pour les États membres. Cependant, le choix d'inclure également ces droits dans le catalogue communautaire peut être interprété comme la volonté de l'Union d'aller dans la direction de la construction d'un véritable modèle social européen, comme cela est souhaité par le Traité de Lisbonne.

L'art. 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE reconnaît le droit de négociation et d'action collective en fonction des règles nationales, ainsi que le droit de grève pour la défense des intérêts des travailleurs. Cette reconnaissance marque une nouveauté dans le panorama juridique européen. Les Traités constitutifs ne reconnaissent pas de tels droits : en effet, selon l'art. 153.5, la rémunération, le droit d'association et le droit de grève et de lock-out ne rentrent pas dans les domaines dans lesquels l'Union soutient et complète l'action des États pour atteindre les objectifs fixés par l'art. 151.

Cette exclusion, relevant d'un point de vue purement transnational, n'a pas d'incidence sur la protection de ces droits au niveau national ; en effet, dans le cadre des relations de travail strictement nationales, la compétence de l'État reste entière et, par conséquent, l'action des syndicats et l'action collective continuent de se comporter en fonction des règles prévues par chaque système. Le problème de la protection des intérêts collectifs au niveau supranational se pose à partir du moment où, considérant les libertés

de circulation, on se trouve dans des situations de détachement des travailleurs. Considérant le principe selon lequel les travailleurs détachés sont soumis aux lois du pays d'origine, on rencontre le problème du phénomène de ce que l'on appelle le *dumping social*, quand une réglementation nationale moins protectionniste risque de pousser les employeurs à embaucher du personnel provenant de pays dans lesquels le coût de la main-d'œuvre est inférieur par rapport à celui des travailleurs nationaux, auxquels la réglementation interne assure une série de droits qui finissent par avoir une incidence remarquable sur le coût de rémunération (ou pousse les entreprises à choisir de délocaliser leur activité dans un pays où le coût de la main-d'œuvre est inférieur). Dans de telles situations, où le risque est la perte de postes d'emploi pour les travailleurs nationaux face à l'embauche de main-d'œuvre étrangère à bas coût, soit que les entreprises emploient des travailleurs détachés, soit qu'elles déplacent la production dans un autre État membre, la protection des droits des travailleurs est, en Europe, généralement confiée aux syndicats qui, à travers l'usage d'instruments collectifs comme la grève, deviennent le troisième pôle de négociation entre entreprise et État. La défense des intérêts collectifs des travailleurs par la négociation est confiée aux syndicats qui ont un rôle actif de médiateur entre les intérêts de l'entreprise et ceux des travailleurs. Dans ce cadre s'insère également la protection des travailleurs concernant les règles posées par la libre circulation et par le détachement des travailleurs au sein de l'Union. Le droit communautaire se base là aussi sur deux principes fondamentaux : l'égalité de traitement et la libre circulation. Ainsi, le pays d'accueil ne peut imposer aux entreprises étrangères aucun obstacle à l'exercice de la liberté d'entreprise, que ce soit dans la mesure d'une augmentation du coût du travail, ou en imposant des conditions de travail plus favorables par rapport à celles du pays d'origine. Cette interprétation a été renforcée par la jurisprudence de la Cour de Justice qui, à partir de l'affaire *Säger*²¹², a appliqué l'art. 56 comme norme qui non seulement interdit les traitements discriminatoires envers des prestataires de service étrangers mais

²¹² Arrêt de la Cour (première chambre) du 18 novembre 2010, *Commission européenne contre République portugaise*, C-458/08.

qui sanctionne aussi toute mesure susceptible de freiner ou d'empêcher pour ces derniers l'accès au marché national.

La réglementation communautaire a trouvé une définition avec la directive 96/71 qui a pour objectif de clarifier les règles du marché intérieur des services, en favorisant un climat de concurrence loyale et des mesures qui garantissent le respect des droits des travailleurs. La directive dresse la liste des matières dans lesquelles les entreprises de services étrangères doivent respecter les standards minimum prévus par la réglementation de l'État d'accueil. La liste reflète les compétences communautaires en matière de politique sociale, à l'exception des taux de salaire minimal. Dans le domaine du bâtiment, il est explicitement prévu que l'entreprise étrangère doit respecter également les normes imposées par les contrats collectifs d'application générale. La *ratio* de la directive est donc de définir une série de droits que les États d'accueil sont tenus d'appliquer aux travailleurs détachés, en laissant le reste à la législation du pays d'origine de l'entreprise. Pour contenir l'effet d'expansion du droit national du travail concernant les travailleurs détachés, la directive exige que les États membres ne puissent imposer leur propre réglementation nationale aux entreprises étrangères que pour des motifs d'ordre public. L'interprétation donnée par la Cour de Justice à la notion d'ordre public a été très restrictive ; en effet, « dans le contexte communautaire et notamment en tant que justification d'une dérogation au principe fondamental de la libre prestation de services, cette notion doit être entendue au sens restrictif, de sorte que sa portée ne peut être déterminée unilatéralement par chaque État membre sans le contrôle des Institutions de la Communauté européenne. Par conséquent, l'ordre public ne peut être invoqué qu'en cas de menace effective et suffisamment grave contre l'un des intérêts fondamentaux de la collectivité ». Dans cette optique, il semble que la directive propose plutôt un standard maximum de protection applicable par l'État d'accueil aux travailleurs détachés, sachant que la Cour exclut la possibilité de faire respecter la réglementation nationale même dans les domaines objet d'autres directives européennes (comme les prescriptions sur les obligations d'information et la réglementation du travail à temps partiel et à durée déterminée), puisque l'État d'origine, incluant les directives, satisfait déjà les exigences de

protection des travailleurs²¹³. La Cour exclut donc que les canaux traditionnels de négociation nationale puissent avoir une incidence sur les choix effectués par l'entreprise étrangère, dans le sens qu'ils l'obligeraient à appliquer à ses propres travailleurs détachés les normes nationales en matière de rémunération, puisqu'imposer une obligation de ce genre constituerait un obstacle à la liberté de prestation de services à des coûts inférieurs opposée à l'entreprise étrangère.

Le raisonnement de la Cour s'articule en deux étapes, le premier concernant l'insertion du droit d'action collective parmi les droits fondamentaux reconnus au niveau communautaire (art. 28 Charte de Nice), qui doit être exercé de manière compatible avec les libertés économiques de circulation en vertu des articles 43 et 49 TCE (juste équilibre), le second concernant l'application du test de proportionnalité, comme fil conducteur du juste équilibre. En ce qui concerne le premier cas, l'arrêt *Viking* énonce le principe selon lequel « si l'action collective visant la protection des emplois et des conditions de travail des membres de ce syndicat susceptibles d'être affectés par le changement [...] pouvait, à première vue, être raisonnablement considérée comme relevant de l'objectif de protection des travailleurs ». Comme on peut le remarquer, la perspective communautaire – à la différence de la perspective italienne, par exemple – ne reconnaît pas de priorité des droits sociaux sur les arguments du marché libre, et elle en subordonne même l'exercice au respect d'une double limite : d'une part, l'existence de motifs impératifs d'intérêt général, comme la protection des droits des travailleurs et, d'autre part, l'application du juste équilibre entre les droits et les libertés en la matière. Concernant le second cas, la Cour de Justice affirme expressément pour la première fois que « la Communauté ayant non seulement une finalité économique, mais également une finalité sociale, les droits résultant des dispositions du traité relatives à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux doivent être mis en balance avec les objectifs poursuivis par la politique sociale, parmi lesquels figurent, notamment, ainsi qu'il ressort de l'article 136, alinéa 1, CE, l'amélioration des conditions de vie

²¹³ Voir in ce sens arrêt, *Commission delle Comunità europee cc. Granducato del Lussemburgo* C-319/06 *Rac.* [2008] p. I-04323; arrêt C-36/02, *Omega, Rac.* p. I-9609, point 30; arrêt C-54/99, *Église de scientologie, Rac.* p. I-1335, point 17; arrêt *Commission delle Comunità europee Voir Granducato del Lussemburgo*, points 41 et 60.

et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès, une protection sociale adéquate et le dialogue social ». En application de ce principe, selon l'arrêt *Laval*, une grève ayant pour but d'obtenir la signature d'un contrat collectif est en mesure de justifier une compression des libertés économiques du Traité, « apte à garantir la réalisation de l'objectif visé » sans aller « au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre » ; toutefois, une restriction à la liberté d'établissement peut être admise « en principe, au titre de la protection d'une raison impérieuse d'intérêt général, telle que la protection des travailleurs, à condition qu'il soit établi qu'elles sont aptes à garantir la réalisation de l'objectif légitime poursuivi et ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif », principe affirmé dans l'arrêt *Viking*²¹⁴.

Cette interprétation, comme on le sait, a suscité de fortes critiques de la part de la doctrine juridique et des commentateurs. Les célèbres arrêts *Viking* et *Laval* ont en effet révélé une attitude encore « mercantiliste » de la Cour, qui soumet les droits collectifs de grève et de négociation collective à un test de proportionnalité sévère envers les libertés économiques. La Cour, en interprétant restrictivement la notion d'ordre public, condamne

²¹⁴ Voir Arrêt de la Cour (grande chambre) du 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union contre Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti*, C-438/08, points 81-82 et 89 ; et le commentaire B. Caruso, « I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (Prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking) » ; *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT – 61/2008* ; A. Alaimo, « Il diritto al lavoro fra Costituzione nazionale e Carte europee dei diritti: un diritto «aperto» e «multilivello» » , *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT – 61/2008* ; L. Calcaterra, « Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto » , *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT – 61/2008* ; E. Ales, « Sicurezza sociale e assistenza sociale (art. 34 e 38) » , *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT – 61/2008* ; Pasquarella, M. Ricci, « La tutela della salute dei lavoratori tra dimensione nazionale ed europea » , *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT – 61/2008* ; G. Orlandini, *Viking, Laval e Ruffert I riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano*, in A. Vimercati, *Il conflitto sbilanciato*, Cacucci, Bari, 2009. R. Palladino, « L'autonomia del dialogo sociale europeo nel Trattato di Lisbona » , in *Studi sull'integrazione europea*, 1, 2010, p. 149 ; P. Syrpis, « The Treaty of Lisbon: Much Ado . . . But About What? » , in *Ind Law. Journ.* 37, 3, 2008, p. 219 ; U. Carabelli, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, Bari, 2009 ; M. Ballestrero, « Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero » , in *Lavoro e diritto*, 2, 2008, p. 271 E. Saccà, « Nuovi scenari nazionali del caso Laval. L'ordinamento svedese tra responsabilità per danno "da sciopero" e innovazioni legislative (indotte) » , *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT – 86/2010* ; G. Raimondi, « Diritti fondamentali e libertà economiche: principi europei e tradizioni giuridiche nazionali: l'esperienza della Corte europea dei diritti dell'uomo » , in www.europeanrights.eu.

notamment le droit de grève à une position d'infériorité par rapport à la libre circulation des services. Elle interprète la disposition de l'art 3.7 de la directive dans le sens que la possibilité d'appliquer aux travailleurs des conditions de travail plus favorables doit être considérée exclusivement en référence à la réglementation de l'État d'origine. Concrètement, le juge affirme que l'art. 56 impose d'évaluer la légitimité des obligations posées par l'État d'accueil en fonction du type de protection offerte par l'État d'origine, et quand celle-ci s'avère essentiellement similaire à celle dont bénéficient les travailleurs de l'État d'accueil, elle prive ce dernier de la possibilité de justifier toute entrave à la circulation du service. Concernant notamment la rémunération minimale à appliquer aux travailleurs détachés, il faut tenir compte de l'ensemble des protections dont ces derniers jouissent dans leur pays d'origine, considérant non seulement la rémunération qui y est appliquée mais aussi le régime fiscal et de sécurité sociale. Le problème de l'incidence des droits collectifs des travailleurs dans le cadre du droit communautaire se pose aussi du point de vue du poids à attribuer à la négociation collective nationale. Dans les États membres, celle-ci joue un rôle fondamental dans la dynamique de négociation entre entreprises et travailleurs, et elle est de tendance à être reconnue, même si de diverses manières, comme source autonome de réglementation directement applicable et efficace *erga omnes* pour les travailleurs dans le domaine intéressé. Le problème de l'application de la négociation collective aux entreprises étrangères joue alors un rôle central : en effet, la nature non étatique de cette source normative pose la question de savoir si elle peut vraiment être considérée comme norme impérative et donc ayant une valeur étatique, susceptible d'être considérée de la même manière que les normes nationales de protection minimum des travailleurs rentrant dans la notion d'ordre public conformément à l'art. 3 de la Directive.

Cependant la Cour a critiqué cette interprétation²¹⁵ : en effet, dans l'arrêt *Laval*, elle a affirmé qu'une négociation au cas par cas, comme la négociation collective, ne peut être appliquée aux entreprises étrangères, lesquelles ont le droit de connaître à l'avance et avec précision les obligations auxquelles elles doivent se conformer, avec pour

²¹⁵ Voir L. Zapirain, J. Marcos, « Una nueva encrucijada para el derecho del trabajo: la compatibilidad del ejercicio de los derechos colectivos de la acción sindical con el respeto a las libertades fundamentales del mercado interior comunitario », *Relaciones laborales*, 2008/11 p. 21.

conséquence que la détermination des obligations doit provenir de la loi d'application de la directive et non de la négociation collective. Ainsi, l'action syndicale, visant à la stipulation d'une convention collective qui établisse un surplus de protection par rapport au noyau de normes impératives de protection minimale prévu par la directive, ne peut être considérée comme légitime. En ce sens, le contrat collectif ne peut donc être considéré comme un instrument légitime de réglementation des rapports de travail des travailleurs détachés, quand ce sont les syndicats de l'État d'accueil et non la loi nationale qui en imposent le respect, à travers les mécanismes indiqués par l'art. 3.8 de la directive. C'est alors que le droit de grève, bien que reconnu comme l'un des principes généraux du droit communautaire, doit être assujéti aux exigences de protection des droits reconnus par les Traités et conforme au principe de proportionnalité. L'interprétation de la Cour semble donc exclure la possibilité d'appliquer la négociation collective qui n'est pas reçue par la réglementation nationale (et donc sectorielle et régionale) aux entreprises étrangères comme source de mise en oeuvre de la directive, étant donné sa carence d'efficacité *erga omnes* sur le territoire national. L'un des résultats les plus paradoxaux de cette interprétation, outre la soumission du droit de grève au test de proportionnalité envers la libre prestation de services, est d'entraver l'efficacité de pratiques de négociations qui, au niveau national, jouent un rôle semi-normatif, créant de cette manière un double niveau de droits collectifs. D'une part, le droit communautaire reconnaît les droits collectifs nationaux, mais, de l'autre, il exclut leur capacité expansive envers la réalité européenne. Concrètement, on assiste à la reconnaissance de la légitimité des actions collectives, y compris la grève, sur le plan communautaire, mais cette reconnaissance fait justement en sorte que ces actions puissent subir un équilibre par rapport à la protection des libertés économiques de libre circulation des services et d'établissement. Ainsi, afin qu'elles puissent être justifiées dans le respect de la réglementation communautaire, elles devront : réussir le test de proportionnalité et s'avérer être appliquées de manière non discriminatoire, suivre un objectif légitime compatible avec le Traité, défendre des motifs d'intérêt général parmi lesquels la protection des travailleurs, être adaptées à l'objectif qu'elles poursuivent et, enfin, être nécessaires, dans le sens qu'il n'existe aucun remède alternatif moins restrictif et que la limitation des libertés fondamentales n'aille pas au-delà du strict nécessaire pour atteindre son objectif.

Les arrêts commentés jusqu'à présent ont été rendus immédiatement avant et après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Dans ces arrêts, la Cour reconnaît déjà au droit de grève (approuvé aujourd'hui par l'art. 28 de la Charte) le statut de principe général du système communautaire. Cependant, l'art. 28 prévoit aussi que les actions collectives doivent avoir lieu conformément au droit communautaire, et aux pratiques nationales. Cela a permis à la Cour de confirmer que le droit communautaire de partage des compétences respecte l'exercice des droits syndicaux comme instrument légitime de défense des intérêts des travailleurs, alors que le droit communautaire du marché opère comme limite de l'exercice des droits syndicaux reconnus par les droits nationaux. On peut donc se demander si, face au caractère contraignant reconnu à la Charte, les références au modèle social européen contenues dans le Traité peuvent vraiment déplacer l'aiguille de la balance vers une protection plus marquée des droits sociaux fondamentaux de la part de la Cour de justice, ou si un rôle plus actif de la négociation collective au niveau européen serait au contraire capable de dépasser cette impasse.

Il convient enfin de souligner ici que la Charte ne crée pas de nouvelles voies de recours devant la Cour, elle en élargit la gamme des compétences communautaires ; ainsi, les moyens permettant de faire valoir une possible atteinte aux droits sociaux collectifs de la part des syndicats restent liés à la possibilité d'introduire un recours d'annulation ou de susciter un renvoi préjudiciel en appréciation de validité, en ce qui concerne les actes de l'Union, et, en ce qui concerne les actes nationaux, le recours pour manquement ou le renvoi préjudiciel d'interprétation, réserve faite, toutefois, du problème de légitimation des syndicats à introduire de tels recours. En outre, même dans l'hypothèse d'une future adhésion de l'Union à la CEDH, il faut considérer que cette dernière ne reconnaît pas directement le droit de grève, mais le tire de l'interprétation du droit d'association (art. 11.1) ; ainsi, la coordination entre la jurisprudence des deux Cours pourrait également ne pas aboutir en faveur des droits collectifs. Dans ce climat d'incertitude et dans l'attente que la Cour de justice modifie son axe interprétatif, notamment après la récente condamnation de l'Allemagne, les syndicats européens ont revendiqué le rôle des droits syndicaux transnationaux, y compris la grève, précisément sur la base de la Charte, en demandant, à travers une lettre adressée au Président du Conseil à l'occasion du Conseil des 16 et 17 décembre 2010, une révision du traité de Lisbonne pour inclure un *Social*

Progress Protocol, dont l'art. 3 prévoit que les normes du Traité, notamment les normes sur les libertés économiques, ne peuvent prévaloir sur les droits sociaux fondamentaux²¹⁶.

En effet, considérant la jurisprudence récente, il semblerait aujourd'hui encore impossible d'accorder une plus grande protection aux droits collectifs dans le contexte communautaire sans une intervention législative *ad hoc*. Il existe néanmoins certains facteurs qui pourraient guider le droit communautaire vers un nouvel équilibre entre droits sociaux collectifs et libertés économiques. Tout d'abord, il faut souligner le nouveau rôle du Parlement Européen, relancé aussi par le Traité de Lisbonne, qui octroie une place de protagoniste de la vie démocratique à cette institution, laquelle a déjà fait valoir son poids concernant diverses questions « brûlantes » et qui pourrait jouer un rôle décisif, précisément dans la redéfinition des objectifs sociaux de l'Union. On pourrait même craindre un possible affront entre la Cour de Justice et les Cours Constitutionnelles nationales en matière de défense des droits sociaux collectifs, quand le renvoi préjudiciel doit se dresser contre de telles Cours plutôt que contre des tribunaux ordinaires.

Il semble donc possible de pouvoir affirmer que la définition des équilibres entre droits sociaux collectifs et libertés économiques n'est pas encore définitivement écrite. Ce sera naturellement l'œuvre de la Cour qui devra être sévèrement contrôlée et ce seront probablement les États qui devront de nouveau intervenir pour assainir la fracture, plus encore qu'au niveau de l'application, sur le plan politique.

²¹⁶ L'article 3 du Protocol affirm que "Nothing in the Treaties, and in particular neither economic freedoms nor competition rules shall have priority over fundamental social rights and social progress as defined in Article 2. In case of conflict fundamental social rights shall take precedence.

Economic freedoms cannot be interpreted as granting undertakings the right to exercise them for the purpose or with the effect of evading or circumventing national social and employment laws and practices or for social dumping.

Economic freedoms, as established in the Treaties, shall be interpreted in such a way as not infringing upon the exercise of fundamental social rights as recognised in the Member States and by Union law, including the right to negotiate, conclude and enforce collective agreements and to take collective action, and as not infringing upon the autonomy of social partners when exercising these fundamental rights in pursuit of social interests and the protection of workers".

B. La question des « opting-out »

Le thème de la reconnaissance des droits sociaux collectifs dans le cadre de l'Union européenne apparaît tout à fait d'actualité dans le débat concernant la crise financière en cours et ses répercussions sur les systèmes sociaux nationaux. Dans le cadre de la rédaction de la Charte de Nice, l'inclusion des droits sociaux dans le catalogue de l'Union a été l'objet d'une médiation considérable entre les gouvernements des États membres. C'est en particulier le titre « Solidarité » de la Charte qui a provoqué d'importants débats au Royaume-Uni²¹⁷. Il faut rappeler que, précisément à cause de l'action d'obstruction du gouvernement britannique, il a été décidé de ne pas inclure le texte de la Charte de Nice dans le corps du Traité de Lisbonne et d'opter en faveur d'un renvoi indirect.

Le Royaume-Uni soutient depuis toujours la position selon laquelle l'introduction de la Charte de Nice dans le droit primaire européen et l'élargissement des pouvoirs de l'Union en termes de justice pénale détermineraient, sur le plan de la politique sociale, une atteinte contre les intérêts économiques nationaux et, sur le plan de la justice, une perte d'autonomie et une altération des traditions de la *common law*. Concernant les droits économiques et sociaux, le gouvernement britannique s'est toujours montré hostile à leur incorporation dans un texte même de l'Union, aux côtés des droits civils et politiques, au point de soutenir fortement la distinction entre principes et droits, distinction qui a d'ailleurs été reprise par la Charte. Il a été précédemment montré comment la distinction entre droits et principes crée une dichotomie entre droits civils et politiques, d'une part, et droits sociaux et économiques, de l'autre, sachant que la plupart des droits sociaux reconnus par la Charte sont exprimés sous forme de principes, qui se caractérisent essentiellement par un manque de justiciabilité, ne pouvant être invoqués devant un juge qu'aux fins de l'interprétation et du contrôle de légalité des actes (de l'UE ou des États membres, quand ils appliquent le droit de l'UE), selon la disposition de l'art. 52.5 de la Charte. Selon la reconstruction qui a été opérée, les principes doivent, en effet, être

²¹⁷ Sur la position du Royaume Unit voir Open Europe, « Guide to the Constitutional Treaty » , <http://www.open-europe.co.uk>. Et aussi M. Dougan, « The Treaty of Lisbon 2007: Winning minds, not hearts », *Common Market Law Review*, 2008, p. 617; M. Migliazza, I diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea e il limite dell'equity » , *Diritti individuali*, p. 583.

considérés en tant que « factors to be taken into account by courts when interpreting legislation but which do not in and of themselves create enforceable rights »²¹⁸.

Malgré ce fait et malgré les décisions confirmant que la Charte doit être appliquée exclusivement dans le cas de matières rentrant dans le cadre des compétences de l'Union, le Royaume-Uni n'a accepté l'inclusion de la Charte dans le Traité de Lisbonne, à travers le renvoi indirect, qu'à la condition de l'introduction de l'« opting-out », « opting-out » qui a pris la forme du Protocole joint au Traité qui contient (ou devrait contenir) un instrument juridique capable d'empêcher que les dispositions de la Charte de Nice ne puissent être invoquées comme contraignantes devant les tribunaux britanniques. La volonté politique des auteurs du Protocole, si on la considère également à la lumière des procédures précédentes, semble donc vouloir qualifier de manière restrictive, voire même éliminer de possibles évolutions au sens d'élargissement du droit de l'Union européenne, qui se baseraient sur ou s'inspireraient de la Charte²¹⁹.

Ce choix a suscité de nombreuses critiques de la part de la doctrine et de la société civile et il paraît nettement en contraste par rapport à la jurisprudence des Cours anglaises et de la Chambre des Lords²²⁰ en matière de relations entre droit européen et droit national et de protection des droits de l'homme, qui, depuis plus de vingt ans, reconnaissent bien la

²¹⁸ House of Lords Constitution Committee, European Union (Amendment) Bill and the Lisbon Treaty: Implications for the UK Constitution, 6th Report, 2007-8, HL Paper 84, par. 60-61.

²¹⁹ Voir M. Dougan, « The Treaty of Lisbon 2007: Winning minds, not hearts », *Common Market Law Review*, 2008, p. 617 ; M. Migliazza, *I diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea e il limite dell'equity*, *Diritti individuali*, p. 583.

²²⁰ Voir l'arrêt de la Chambre des Lords: *Garland c. British Rail Engineering Ltd* [1983] 2 AC 751, *Pickstone c. Freemans plc* [1989] AC 66, *Litster c. Forth Dry Dock & Engineering Co Ltd* [1990] 1 AC 546, *Regina c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd (No 2)* [1991] 1 AC 603, et *Dabas c. High Court of Justice in Madrid, Spain* [2007] 2 WLR 254.

Aussi arrêt *R. c. Secretary of State for Transport ex p Factortame Ltd (Interim Relief Order)* [1990] UKHL 7 (26 July 1990), [1990] 2 LLR 365, [1990] 2 Lloyd's Rep 365, [1990] UKHL 7, [1990] 2 Lloyds Rep. 365, ou se affirme que:

“Some public comments on the decision of the Court of Justice, affirming the jurisdiction of the courts of member states to override national legislation if necessary to enable interim relief to be granted in protection of rights under Community law, have suggested that this was a novel and dangerous invasion by a Community institution of the sovereignty of the United Kingdom Parliament. But such comments are based on a misconception. If the supremacy within the European Community of Community law over the national law of member states was not always inherent in the EEC Treaty it was certainly well established in the jurisprudence of the Court of Justice long before the United Kingdom joined the Community. Thus whatever limitation of its sovereignty Parliament accepted when it enacted the European Communities Act 1972 was entirely voluntary. Under the terms of the 1972 Act it has always been clear that it was the duty of a United Kingdom court, when delivering final judgment, to override any rule of national law found to be in conflict with any directly enforceable rule of Community law. [...] Thus there is nothing in any way novel in according supremacy to rules of Community law in those areas to which they apply [...]”

primauté du droit communautaire sur le droit interne et appliquent les normes européennes comme partie intégrante du droit anglais, même sur le plan du principe de l'interprétation conforme du droit interne par rapport au droit communautaire.

La Pologne s'est elle aussi ralliée à l'« opting-out » britannique, adoptant cependant une position différente, davantage influencée par la préoccupation d'empêcher que la Charte ne limite son propre droit de légiférer en matière de moralité publique, droit des familles, avortement, droit des homosexuels, etc... Étrangement, la Pologne, bien qu'ayant adhéré *in toto* au Protocole n° 30, a en effet souhaité souligner, en l'adoptant, son respect envers les droits sociaux du Titre IV de la Charte, en vertu et dans l'esprit du mouvement *Solidarnosc*, qui « respecte intégralement les droits sociaux et du travail »²²¹. Attentive à l'incidence des droits fondamentaux de la personne, qui peuvent avoir de nouvelles et d'importantes applications de caractère social, éthique ou religieux, la Pologne a rappelé, dans la Déclaration (n° 61) relative à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, que « la Charte ne porte atteinte en aucune manière au droit des États membres de légiférer dans le domaine de la moralité publique, du droit de la famille ainsi que de la protection de la dignité humaine et du respect de l'intégrité humaine physique et morale ». Ce rappel souligne les réserves de cet État membre concernant les « incursions » du droit de l'Union dans les domaines indiqués, à travers l'activité interprétative de la Cour de Justice.

Ainsi, l'adhésion au Protocole n° 30 de la part de la Pologne et du Royaume-Uni est exclusivement caractérisée par le dénominateur commun de la contestation d'une intervention croissante de l'Union dans des domaines sensibles de leurs propres systèmes nationaux, sachant que les craintes des deux États ont, toutefois, un objet différent en ce qui concerne le niveau de protection souhaité. Malgré cette différence, le Protocole est unique et s'applique sans distinction aux deux pays. Du point de vue de la forme, le Protocole se compose de deux articles contenant trois dispositions qui ont pour objet la compétence juridictionnelle, l'invocabilité en justice des normes de la Charte et, enfin, la qualification de la nature et des effets du renvoi effectué par certaines normes de la Charte aux législations ou procédures nationales.

²²¹ Voir S. Amadeo, « Il protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta a Polonia e Regno Unito e la tutela "asimmetrica" dei diritti fondamentali: molti problemi, qualche soluzione », *Il Diritto dell'Ue*, Anno XIV Fasc. 3 – 2009, p. 84.

Le premier article affirme que *la Charte n'étend pas la faculté de la Cour de justice de l'Union européenne, ou de toute juridiction de la Pologne ou du Royaume-Uni, d'estimer que les lois, règlements ou dispositions, pratiques ou action administratives de la Pologne ou du Royaume-Uni sont incompatibles avec les droits, les libertés et les principes fondamentaux qu'elle réaffirme*. Il a été soutenu que cette disposition visait à éviter que les tribunaux nationaux de ces deux pays utilisent les dispositions de la Charte pour introduire de nouveaux droits dans le droit interne, afin d'éviter une éventuelle application à des cas relevant purement de la réglementation nationale. Cependant, cette prévision ne semble rien dire de plus que ce qui est déjà affirmé par l'art. 51 de la Charte même, confirmant de fait que la Charte s'applique seulement aux cas rentant dans le cadre d'application du droit communautaire et qu'elle doit être considérée, pour les tribunaux britanniques et polonais, comme un instrument reconnaissant des droits fondamentaux déjà garantis, en fait, par les réglementations internes. Le contenu de la norme semblerait limiter la compétence juridictionnelle, mais de façon très ambiguë. La compétence n'est, en effet, pas seulement exclue : la norme bloque plutôt un éventuel élargissement de la compétence des juges qui leur permettrait de vérifier la conformité du droit interne (polonais, britannique) avec la Charte.

Néanmoins, une partie importante de la doctrine soutient que, puisqu'il n'y a pas de relation exclusive et verticale entre les systèmes juridiques du Royaume-Uni et de la Pologne et la Cour de Justice, une décision prise par la Cour dans un cas concernant l'un des droits reconnus par la Charte de Nice, dans tout autre État membre, peut avoir quoi qu'il en soit un effet contraignant pour les Cours britanniques et polonaises. Considérant le fait que la jurisprudence de la Cour fait partie des sources du droit communautaire, tout comme les autres catalogues des droits de l'homme du droit international, en cohérence également avec les principes déjà affirmés par la jurisprudence de la Chambre des Lords et des Cours polonaises, il semble impossible que la jurisprudence sur la Charte de Nice reste totalement inappliqué pour le Cour britanniques et polonaises. La disposition du second alinéa de l'art. 1 du Protocole examiné, précise que, en particulier, et pour dissiper tout doute, rien dans le titre IV de la Charte ne crée des droits justiciables applicables à la Pologne ou au Royaume-Uni, sauf dans la mesure où la Pologne ou le Royaume-Uni ont prévu de tels droits dans leur législation nationale.

Comme nous l'avons déjà relevé, bien que la Charte inclue nombre de droits sociaux sous forme de principes, certains d'entre eux sont formulés de la même manière que de véritables droits. Notamment, les articles 28 et 30 de la Charte en matière de grève et de licenciement injustifié, ont constitué les principaux obstacles à la reconnaissance de la part du gouvernement britannique de l'inclusion du Titre « Solidarité ». Il faut remarquer que le droit de grève n'est pas techniquement inclus dans la législation britannique. En effet, le droit du travail anglais ne garantit pas un véritable droit de grève, comme on l'entend dans l'acception continentale du droit, au profit (des membres) des *Trade Unions*, mais il leur permet plutôt d'exercer ce droit sur la base d'une immunité. Le système anglais des immunités prévoit que les actions de grève menées par les *Trade Unions* soient justifiées uniquement quand elles respectent les caractéristiques imposées par la loi. A la lumière de cet état de fait, il est facile de comprendre que le gouvernement britannique craignait la possibilité d'une incorporation du droit de grève de nature continentale dans le droit anglais, à travers « la porte de derrière », c'est-à-dire à travers l'application de la Charte par des tribunaux nationaux.

Cependant, la portée réelle de l'article 1.2 du Protocole reste obscure, sachant que les juges britanniques eux-mêmes ont souvent fait et continuent de faire expressément référence à la Charte, même si son texte ne devrait pas créer de droits invocables devant un organe judiciaire interne en matière de solidarité sociale, droits des travailleurs, famille, sécurité sociale, santé, protection de l'environnement et des consommateurs, à moins qu'il ne s'agisse de droits déjà garantis par la réglementation nationale²²². Bien qu'il n'existe aucune jurisprudence spécifique quant à la valeur et la portée exactes du Protocole, si l'on devait tendre vers une interprétation selon laquelle le Protocole limite la portée ou l'incidence des dispositions de la Charte, cela aurait pour effet de diminuer la protection des droits fondamentaux offerte aux citoyens en Pologne et au Royaume-Uni et donc de miner les efforts de l'UE pour atteindre et maintenir un niveau de protection uniformément élevé.

²²² Voir les arrêts des Cour Britannique sur l'application du droit communautaire : *Garland c. British Rail Engineering Ltd* [1983] 2 AC 751, *Pickstone c. Freemans plc* [1989] AC 66, *Litster c. Forth Dry Dock & Engineering Co Ltd* [1990] 1 AC 546, *Regina c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd (No 2)* [1991] 1 AC 603, et *Dabas c. High Court of Justice in Madrid, Spain* [2007] 2 WLR 254.

Sur le plan pragmatique de la garantie des droits sociaux de la part des pays signataires du Protocole, en dépit de l'exclusion explicite du titre « Solidarité » de la Charte en ce qui les concerne, il paraît toutefois improbable que, dans un cas spécifique relevant du droit européen, les Cours anglaises ou polonaises puissent être totalement indifférentes à toute exigence de protection des droits sociaux. On retrouve déjà un indice de cette tendance dans la célèbre affaire *Viking*, concernant le conflit entre liberté de circulation et droit de grève. Contrairement aux attentes de la société Viking, qui avait choisi de citer non pas le syndicat finlandais, mais l'union des syndicats européens, pour affirmer la juridiction des tribunaux anglais, supposés être davantage *employers friendly*, le juge Mummery de la Cour d'Appel a bien soumis dix questions préliminaires à la Cour de Justice, nombre d'entre elles portant sur l'extension du droit de grève dans le cadre communautaire. Ainsi, à l'état actuel des choses, le Protocole ne semble pas altérer la position juridique qui prévaudrait s'il n'existait pas. Par conséquent, les effets éventuels de ses dispositions sembleraient s'appliquer aussi bien aux autres États membres qu'à la Pologne et au Royaume-Uni.

Bien qu'on ne puisse affirmer que le Protocole n° 30 a une nature exclusive effective, ni par rapport à l'application de la Charte, ni par rapport à l'application de son titre IV, le gouvernement tchèque, au moment de la ratification du Traité de Lisbonne, a proposé à la Grande-Bretagne et à la Pologne une modification des Traités, concernant l'adhésion au Protocole relatif à l'application de la Charte, pour la République Tchèque, à ajouter à la signature du Traité d'adhésion de la Croatie²²³. Les motifs officiels pour lesquels Václav Klaus, président tchèque, a insisté afin que la République tchèque adhère au Protocole, sont attribués à la crainte soudaine concernant l'impact de la Charte sur la validité des décrets Beneš, relatifs à l'expropriation et à l'expulsion de personnes appartenant à la minorité allemande de la Tchécoslovaquie après la deuxième guerre mondiale. Étant donné l'urgence de l'approbation du Traité de Lisbonne, les chefs d'État ou de gouvernement réunis en Conseil européen les 29 et 30 octobre 2009 avaient convenu que, à l'acte de la conclusion du premier Traité d'adhésion et conformément aux normes constitutionnelles respectives, ils auraient joint au Traité sur l'Union européenne et au

²²³ Voir Helena Bončková, Hubert Smekal, « Fragmentace společných hodnot? Výjimky z Listiny základních práv Evropské unie /Fragmentalization of Common Values? Opt-outs from the Charter of Fundamental Rights of the European Union » , *Soucasna Evropa*, 02, 2010.

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne un Protocole sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne concernant aussi à la République tchèque. Le Traité d'adhésion de la Croatie à l'Union a été signé dernièrement, ce qui devrait rendre effective la clause d'adhésion de la République tchèque au Protocole n° 30, avec, par conséquent, l'exclusion de l'application de la Charte des droits fondamentaux également envers la République tchèque²²⁴. La portée exclusive du Protocole, c'est-à-dire sa capacité d'exclure l'application de la Charte à l'égard du Royaume-Uni, de la Pologne et de la République tchèque, n'est pas certaine. Vu l'absence de jurisprudence spécifique, il est impossible d'évaluer la portée effective de l'opt-out. Ce qui paraît certain est que les juges britanniques n'ont aucune difficulté à appliquer le droit de l'Union, même celui de la Charte, dans les litiges internes, même après la ratification du Protocole, étant donné la nature récongnitive de la Charte même.

A la lumière de ces informations, on peut affirmer que la nature exclusive du Protocole pourrait apparaître si la Cour de Justice élargissait outre mesure la portée du droit communautaire, en dehors de ses compétences (et donc aussi en dehors des limites imposées par la CEDH), hypothèse qui reste peu probable, ce qui rend le Protocole essentiellement ineffectif dans l'immédiat. A la lumière de ce qui a été argumenté dans ce chapitre, on peut tirer quelques conclusions préliminaires. L'inclusion des droits sociaux dans le texte de la Charte des droits fondamentaux ne semble pas garantir à ces derniers la priorité par rapport à d'autres droits reconnus par le droit de l'Union, sachant qu'« elle permet tout au plus aux droits sociaux de poser des limites (proportionnées et justifiées par des raisons impératives d'intérêt général) aux libertés économiques ». Il semble donc qu'à l'état actuel des choses, le risque d'un « équilibre déséquilibré » entre droits sociaux et libertés économiques soit encore présent, étant donné que fait défaut « un statut juridique de ces droits qui leur donne la même importance, la même place et (au moins) la même dignité que les libertés économiques : statut que le droit européen n'a pas (encore) su mettre sur pied ».

Dans ce contexte, les droits sociaux semblent, encore une fois, destinés à jouer « seulement sur la défensive par rapport à des dynamiques économiques globales

²²⁴ Voir le document CO EUR-PREP 33 POLGE 133 IST 400-Bruxelles, 6 septembre 2011 (07.09) (OR. en); 13840/11.

considérées irréversibles et irrésistibles ». A la lumière de la faiblesse de la solution normative qui s'est dessinée sur le plan communautaire, il faut remarquer que le plus grand risque ne consiste pas tant dans la possibilité d'un équilibre déséquilibré entre droits fondamentaux et libertés économiques, que dans l'absence de critères normatifs aptes à opérer un équilibrage entre les uns et les autres²²⁵.

Certes, il faut dire que la Charte de Nice représente un moment important dans la construction de l'Europe sociale, à condition que l'on recherche non pas un modèle à poser face aux Constitutions respectives de chaque État membre de l'UE mais le *dénominateur commun* destiné à opérer comme paramètre d'*harmonisation cohésive*. On a déjà observé, et pas seulement en doctrine, que la distinction entre normes-principes et normes-droits est susceptible de déterminer de nombreuses difficultés dans un contexte d'application. En effet, suite à la Charte, l'Union et les États membres ont été obligés de promouvoir les droits et les principes qui y sont contenus. Comme nous l'avons rappelé à plusieurs reprises, il n'est toutefois pas suffisant que les droits sociaux soient inclus dans un *Bill of rights*, pour que leur garantie sur le plan de l'Union puisse être assurée. En effet, les États membres restent les dépositaires de l'application réelle des droits sociaux, sachant que le domaine de compétences entre États membres et Union ne peut être dépassé par les dispositions de la Charte. A la lumière de ces données, on peut affirmer que la justiciabilité effective des droits sociaux dans le cadre de l'Union reste liée à la volonté politique des États et il semble impossible d'affirmer que l'usage inspirateur et propulsif de la Charte de la part de la jurisprudence, dans la cadre plus ample et flexible des principes généraux, soit renforcé en faveur de l'homogénéité applicative des garanties sociales fondamentales dans le système de l'Union.

Malgré cela, il faut certainement admettre que le Traité de Lisbonne a valorisé la structure sociale européenne à travers : a) les dispositions générales du TUE en référence aux valeurs qui infiltrent les objectifs de l'Union ; b) les droits contenus dans la Charte de Nice ; c) les principes généraux classiques de l'Union européenne ; d) les droits de

²²⁵ Voir G. Bronzini, « Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della Cedu: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa ? », *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2009, II, 975 ; P. Ridola La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e lo sviluppo storico del costituzionalismo europeo, in P. Costanzo, *La Carta europea dei diritti*, Genova, 2002, 22 ; F. Amato, « La tutela dei diritti fondamentali sociali e del lavoro nella globalizzazione dell'economia », *RDSS*, 2006, 581.

l'homme contenus dans la CEDH quand on « perfectionnera » l'adhésion formelle de l'UE à la Convention européenne ; e) les traditions constitutionnelles communes aux États membres . Cette valorisation de la dimension sociale de l'Union n'est cependant pas tout à fait complète en raison de certains éléments encore irrésolus. Les points faibles de l'Europe restent notamment : une approche régulatrice de la dimension sociale de type toujours plus *soft* (la méthode de la coordination) ; la subsistance de certains *deficits* de compétences ; le manque d'indications de critères d'équilibre entre droits sociaux et libertés économiques et de la présence simultanée (irrésolue par manque d'un juste équilibre adapté) des deux notions d'économie sociale et d'économie de marché.

Titre 2 : Les rapports entre Union européenne et CEDH

L'un des thèmes les plus discutés en ce moment au sein de L'UE est l'adhésion de celle-ci à la Convention européenne pour la protection des droits fondamentaux.

Comme on le sait, le Traité de Lisbonne a expressément prévu la possibilité de l'adhésion de l'Union à la Convention, dépassant l'impasse juridique déjà révélée par la Cour de justice dans son avis 2/94²²⁶.

L'aspect qui nous intéresse le plus pour notre étude est le rapport qui s'instaurera entre la jurisprudence de la Cour de Justice et celle de la Cour de Strasbourg, avec une attention particulière concernant le thème des droits sociaux. Si, sur le plan de la protection des droits fondamentaux de première génération (civils et politiques), la jurisprudence de la Cour de Luxembourg se base presque à la lettre sur les dispositions de la CEDH, tenant également compte du texte de la Charte des droits fondamentaux qui en prévoit un rappel ; dans le domaine des droits sociaux et économiques, il n'est en revanche pas possible d'effectuer un tel rappel. D'une part, le catalogue conventionnel ne comprend pas les droits sociaux et leur protection (quand elle existe) est garantie sur la base de l'interprétation évolutive opérée par la Cour de Strasbourg, dans les limites dérivant d'une telle technique ; d'autre part, la Charte des droits fondamentaux de l'Union, reconnaissant l'indivisibilité des différentes catégories de droits fondamentaux, inclut explicitement certains droits sociaux dans son propre texte, attribuant à la Cour de Justice une compétence juridictionnelle dans ce domaine également.

Cette donnée nous amène à nous demander si la future adhésion ne risque pas de générer des conflits jurisprudentiels entre les deux Cours, sachant qu'elles ont des domaines de juridiction distincts et seulement partiellement superposables.

²²⁶ Avis de la Cour du 28 mars 1996, Adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Rec. 1996 I-01759.

Concernant l'aspect de la protection des droits sociaux, différents types de problématiques surgissent : l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne et par conséquent de la Charte des droits fondamentaux attribue à l'Union un nouveau mandat. Parmi ses objectifs, l'UE ne compte plus seulement la construction et la protection du marché unique, mais aussi celui d'un développement soutenable de l'Europe où les droits fondamentaux jouent un rôle important, et en particulier parmi ceux-ci (sachant que la garantie des droits fondamentaux de première génération est déjà efficacement assurée par la CEDH et par le droit même de l'Union) les droits sociaux, notamment dans le domaine du travail. Dans ce cadre, la Charte des droits fondamentaux attribue à la Cour de Justice la compétence de garantir leur application, dans les limites des compétences attribuées à l'Union par les Traités. La Cour de Justice a donc le rôle de vérifier le respect des standards définis par les droits sociaux à la réglementation communautaire, qu'elle soit primaire ou secondaire. Cependant, puisque le rôle de la Cour de Justice est celui de garantir une application efficace du droit communautaire et non celui de défendre exclusivement les droits fondamentaux, comme cela s'est déjà produit, elle opérera toujours un équilibre entre "intérêts communautaires" et "intérêts individuels" avec le résultat qu'elle pourrait sacrifier les seconds au profit des premiers. Le nœud de la question est donc le suivant : la Cour de Justice n'est pas uniquement juge des droits de l'homme, mais aussi juge de l'acquis communautaire, étant donné que la juridiction absolue en matière de droits de l'homme en Europe revient à la CEDH. Il est donc possible d'imaginer que les deux Cours puissent opérer des reconstructions différentes de la portée et de la protection des droits sociaux, créant une insécurité juridique et d'éventuels conflits jurisprudentiels.

Depuis que l'Union a pris également en charge la protection des droits fondamentaux, à travers la jurisprudence *Hendelgesellschaft* et le Traité d'Amsterdam, on a assisté à un décollage dans le système de protection des droits de l'homme en Europe. En effet, jusqu'à l'entrée en vigueur de la Charte, qui a la même valeur que les Traités et garantit donc aux droits fondamentaux le rang de droit primaire de l'UE, ceux-ci faisaient partie de l'*acquis communautaire* sous forme de principes généraux du droit, limitant leur action seulement au droit dérivé. En outre, la Convention européenne a été elle-même incorporée dans le système communautaire et interprétée par la Cour de Justice selon le « filtre » des

exigences de ce dernier, créant par conséquent deux juridictions distinctes des droits de l'homme sur le territoire européen.

Avec l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, le cadre normatif de référence subit quelques modifications. Sachant que la Charte a la même valeur que les Traités, ses dispositions doivent être appliquées à tous les sujets et à tous les actes de droit communautaire et la Cour de Justice devient compétente pour veiller sur l'application correcte de cet instrument, de la part de l'Union et de ses États membres²²⁷.

La particularité du mécanisme réside dans le fait que la Cour de Justice n'étant pas juge exclusif des droits fondamentaux, elle opère toujours, dans sa surveillance du respect des standards de la Charte, un équilibre en se référant, *in primis*, aux quatre libertés fondamentales, et ensuite aux objectifs de l'Union même. Cela signifie que le jugement concernant le respect des droits fondamentaux n'est pas absolu mais relatif, en référence à la garantie de l'*acquis* communautaire. Ceci explique le motif pour lequel cet équilibre apparaît, dans certaines décisions de la Cour, pour ainsi dire « déséquilibré », quand il tend à sacrifier les droits de l'individu au profit des intérêts de l'Union, portant dans certains cas à comprimer fortement la protection des droits sociaux.

Bien que l'on ne puisse affirmer que la Cour de Strasbourg soit une juridiction spécialisée dans la protection des droits sociaux, nous avons déjà illustré comment, à travers sa jurisprudence, certains de ces droits ont trouvé une reconnaissance manifeste. Ce qui pourrait se produire, surtout en vue de la ratification du Protocole n°12 et de l'adhésion, c'est qu'à l'avenir, l'application du principe de non discrimination comme il est entendu par la CEDH, finisse par admettre dans tous les domaines du droit communautaire, comme pour les droits nationaux, l'harmonisation des conditions pour la jouissance des droits sociaux. Dans ce cas, ces derniers ne pourraient même plus être limités à travers la théorie de la marge d'appréciation de l'État, considérant la différence qui existe entre les exigences de protection d'une société démocratique – exception admise pour la réalisation de la marge d'appréciation de l'État – et celles de la préservation des particularités du système juridique de l'Union – particularités qui ne devraient pas influencer sur le standard de

²²⁷ Voir « Editorial comments. Relations between international courts and community courts: Mutual deference or subordination ? », *Common Market Law Review*, 2005, pp. 584-585, et A. Von Bogdandy, « The European Union as a human rights organization? Human rights and the core of the European Union », *Common Market Law Review*, 2000, p. 1333.

protection offert par le système communautaire (sachant que techniquement l'Union n'est pas un État et que les exigences de protection des particularités de l'acquis communautaire ne semblent pas assimilables aux exigences dérivant d'un besoin social impératif, à la lumière de la jurisprudence de la CEDH).

Cette perspective pourrait s'avérer possible si la Cour de Strasbourg était chargée d'un recours de la part d'un particulier qui invoquerait la violation de l'un de ses droits sociaux sur la base du principe de non discrimination, de la part d'une norme étatique dérivant du droit communautaire.

À la lumière de la théorie de la marge d'appréciation²²⁸, élaboré par la Cour de Strasbourg, le doute reste concernant la possibilité de réinterpréter les dispositions conventionnelles qui se réfèrent à l'intérêt pour la sécurité de la nation, la sécurité publique, l'intérêt économique général, la prévention de désordres ou crimes, la protection de la santé publique, la protection de la morale ou la protection des droits et des libertés d'autrui, dans le cadre communautaire. Une partie de la doctrine se montre fortement critique envers cette perspective, sachant que le droit conventionnel est un droit autonome par rapport aux droits nationaux et de l'Union et c'est précisément cette autonomie qui en garantit l'efficacité, attribuant aux droits et aux libertés garantis la signification qui ressort du contexte de la Convention et non de celui des systèmes nationaux, en cohérence avec l'exigence d'élaborer un droit européen commun en la matière²²⁹.

Quoi qu'il en soit, il faut souligner que, comme la doctrine l'a mis en lumière, même dans les cas où le contraste entre les deux juridictions²³⁰ a été le plus important, les deux Cours se sont montrées conscientes du « risque bien trop élevé de perte de prestige dans cette

²²⁸ Sur l'argument voir R. St. J. Macdonal, *The margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *International law at the time of its codification: Essay in honour of Roberto Ago*, Giuffrè 1987 qui p. 123. et P. Mahoney, « Judicial activism and judicial self-restraint in the European Court of Human Rights: two sides of the same coins », *Human Rights Law Journal*, 11/1990 p. 81.

²²⁹ Voir P. Pustorino, *L'interpretazione della CEDU nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Napoli 1998 ; O. Jacot-Guillarmond, Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in *La Convention Européenne des droits de l'homme- Commentaire article par article*, sous la direction de Louis Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux, Pierre Henri Imbert", Paris, 1999.

²³⁰ Voir les arrêts 16 mars 1988, *Society for the protection of the Unborn Children Ltd. c. Open Door Counselling Ltd.* Conclusion de l'Avocat Général dans l'arrêt *The Society for the Unborn children Ireland LTD c. Stephen Grogan*, C-59/90, *Rac.* 1991 p. I-04685 ; *TV10 c. Commissariaat voor de Media*, C- 23/93, *Rac.* I-1994, p. 4795 ss. . Et aussi le commentaire Douglas-Scott, « A tale of two Courts: Luxembourg and the growing European human rights acquis », *Common Market Law Review*, 2006, Vol. 43, 3, p. 639.

éventualité, pour qu'elles ne tentent pas d'y remédier»²³¹. Ainsi, la perspective des conséquences néfastes d'un conflit *in eternum* entre leurs orientations jurisprudentielles respectives, a poussé les Cours de Luxembourg et de Strasbourg, bien que « génétiquement différentes »²³², à promouvoir le lancement d'un parcours de rapprochement des deux systèmes de protection, perspective dont il faut espérer la continuité dans les rapports futurs, même après l'adhésion.

Chapitre 1 : L'adhésion de l'Union à la CEDH

Comme nous le savons, le thème de l'adhésion de l'UE à la Convention européenne de protection des droits de l'homme occupe les juristes européens depuis désormais deux décennies.

À la moitié des années 90, sur la base de l'art. 300 TCE, la Commission européenne demanda à la Cour de Justice un avis concernant l'adhésion possible à la CEDH de la Communauté de l'époque²³³.

Le célèbre avis, rendu par la Cour le 28 mars 1996, donna une réponse négative. Ce refus était dû essentiellement à deux raisons : d'une part, aucune compétence en matière de droits de l'homme n'était attribuée à la Communauté, qui était à l'époque privée de personnalité juridique ; d'autre part « une telle modification du régime de la protection des droits de l'homme dans la Communauté, dont les implications institutionnelles revêtiraient un caractère fondamental tant pour la Communauté que pour les États membres, présenterait une certaine importance constitutionnelle dépassant les limites contenues dans

²³¹ Voir M.E. Gennusa, *La Cedu e l'Unione Europea*, op.cit. p.106.

²³² Voir G. Demuro, *I rapporti fra la Corte di giustizia delle comunità europee e la Corte europea dei diritti dell'uomo. Problemi e prospettive, relazione al Convegno su La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Catanzaro, 31 maggio-1 giugno 2002; in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/copanello020531/demuro.html>.

²³³ Voir G. Tiberi, « La questione dell'adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo al vaglio della Corte di Giustizia », *Riv. it. Dir. Pubbl. com.*, 1997, p.437, M. De Stefano, « L'Unione europea e la convenzione di salvaguardia dei diritti dell'uomo. Ipotesi sui futuri rapporti Corte europea-Corte di Giustizia: una Corte costituzionale per l'Europa ? », *Riv. Internaz. Dir. Uomo*, 1998, p. 59, et B. Conforti, « Note sui rapporti tra diritto comunitario e diritto europeo dei diritti fondamentali », *Riv. Internaz. Dir. Uomo*, 2000, p. 4 ; et Rossi L. S., « Il parere 2/94 sull'adesione della comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo », *Diritto dell'Ue*, 1996 p. 843.

l'art. 235. Une telle modification ne peut être réalisée qu'à travers une révision du Traité »²³⁴. La volonté d'adhérer à la Convention reposait sur l'hypothèse que, la Communauté étant dépourvue d'un *bill of rights* propre, l'adhésion aurait pu combler le manque croissant, en matière de droits de l'homme, que la jurisprudence « héroïque » de la Cour de Luxembourg avait jusqu'alors rempli, non sans doutes, concernant la légitimité de cette juridiction. Cependant, l'un des arguments qui jouait davantage en défaveur d'une adhésion était la question délicate de l'inévitable soumission du droit communautaire à un examen de la part de la CEDH. Adhérer à la Convention signifie en effet accepter avant tout la juridiction exclusive et supranationale de la Cour de Strasbourg dans le domaine de la protection des droits de l'homme. Ceci a toujours créé des doutes, considérant que les textes des Traités attribuent de manière exclusive à la Cour de justice la compétence en matière d'interprétation et de garantie du droit communautaire.

Sans parler ici de « jalousies » entre les deux Cours, il semble évident que soumettre le droit communautaire, qui n'est pas un droit étatique, à l'examen d'une Cour internationale, compétente exclusivement en matière de droits fondamentaux, peut créer des difficultés quant à la répartition de compétences entre les deux juridictions.

La longue gestation de la Constitution européenne et de la Charte des droits fondamentaux d'abord, et du Traité de Lisbonne ensuite, ont quoi qu'il en soit vu une amélioration en faveur d'une révision des Traités afin de donner à l'Union les instruments pour adhérer à la Convention. Parmi les principaux motifs soutenant l'adhésion, il y avait l'exigence d'aligner les dispositions de la Charte à celles qui étaient contenues dans la Convention ; la nécessité que la jurisprudence des deux Cours évolue d'un même pas, créant l'opportunité de développer un système cohérent de protection des droits fondamentaux sur tout le continent, avec la promesse d'une Europe vraiment unie par la loi et par les

²³⁴ Sur l'avis n. 2/1994 concernant l'adhésion, voir les commentaires G. Gaja, « Opinion 2/94 », *Common Market Law Review*, 1996, p.973, S. O'Leary « Current topic: Accession by the European Community to the European Convention on Human Rights, The Opinion of the ECJ », *European Human Rights Law Review*, 1996, p. 362 ; O. De Schutter e Y. Lejeune, « L'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme, a propos de l'avis 2/94 de la Cour de justice des Communautés », *Chaires de droit européen*, 1996, p. 555 ; E. Pagano, « I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht », *Diritto dell'Unione europea*, 1996, p. 163 ; L. Betten- N. Grief, *Eu Law and Human Rights*, London- New York, 1998, p. 111-123; P. Wachsmann, « L'avis 2/94 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *Revue du droit eur.*, juill-sept, 1996 ; C. Zanghi, Un'altra critica al parere n. 2/1994 della Corte sull'adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, *in Scritti in onore di G.F. Mancini*, Milano 1998, p. 1101.

valeurs ; et enfin la possibilité pour l'Union d'être représentée devant la Cour de Strasbourg, avec pour conséquence un contrôle efficace des actes communautaires directement de la part de cette dernière et pas seulement de ses États membres.

Afin d'atteindre ces objectifs, l'art. 6 du Traité de Lisbonne a été modifié et l'actuel par. 2 prévoit que l'Union adhère à la Convention²³⁵, soulignant que les droits qu'elle protège font partie du droit communautaire, en tant que principes généraux. À la lumière de cet article, le rôle qui devrait être attribué à certains des droits contenus dans la Convention – également en vertu de la disposition combinée des art. 52 et 53 de la Charte de Nice – devrait donc permettre à la Cour de Justice d'intégrer parmi ses propres paramètres de jugement les autres articles et protocoles de la CEDH, non équivalents aux droits reconnus par la Charte, attribuant à ceux-ci un rang normatif essentiellement comparable aux articles de la Convention couverts par la Charte. Le renvoi aux principes généraux dans l'art. 6 TUE risque toutefois de dévaluer le contenu novateur qui pourrait découler de l'adhésion et d'une lecture orientée des clauses horizontales de la Charte, considérant que ceux-ci ont, dans la jurisprudence, une valeur souvent inférieure par rapport au droit primaire²³⁶. Certains, dans la doctrine, souligne toutefois que l'adhésion devrait raviver le dialogue entre les Cours européennes afin d'éviter des hypothèses de querelle ouverte, favorisant un développement jurisprudentiel coordonné, qui s'éloigne du modèle des « contre-limites » qui s'est développé au sein de l'Union²³⁷.

Le mandat d'adhésion contenu dans l'art. 6 TUE devrait donc résoudre les problèmes déjà soulevés par la Cour de Justice dans l'avis 2/94, sachant que le Traité de Lisbonne attribue explicitement à l'Union la compétence d'adhérer à la Convention, définissant dans le Protocole 8 de ce même Traité les modalités selon lesquelles cette adhésion devra avoir lieu. Selon ce qui est prévu par le Protocole, celle-ci devra avant tout respecter les

²³⁵ Dans le texte anglais "shall adhere".

²³⁶ Voir L. M. Diez-Picazo, *Le relazioni tra Unione europea e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in S. P. Panunzio, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli 2005, p. 280 et, G. Ress, *La Carta europea dei diritti fondamentali e la protezione giurisdizionale*, in V. Atripaldi e R. Miccù, *L'omogeneità costituzionale nell'unione europea*, Padova 2003, p. 376

²³⁷ Voir C. Pinelli, « Judicial Protection of human rights in Europe and the limits of the judge-made system » *Diritto dell'UE*, 1996, p. 1005-1006, ou se affirme que: "the relationship between national judges and the European Court of Human rights can then be considered far more flexible than that between the Constitutional Courts and ECJ, in the sense that only in the latter case the Courts have built together a network where every decision takes into account the other Court's possible reaction. The success of the dialogue of national Courts with the Strasbourg Court seems to rely less on the institutionalisation of their relationship than on cultural factors of our age, frequently depicted as "the age of human right"".

compétences et les caractéristiques spécifiques de l'Union, avec une attention particulière aux modalités de participation de l'UE aux systèmes de contrôle de la Convention, ainsi que les mécanismes nécessaires pour garantir que les procédures lancées par des États non membres et les demandes individuelles soient adressées correctement selon les cas aux États membres et/ou à l'Union.

Le Protocole 8, né pour donner des indications de nature technico-juridique concernant les difficultés que le processus d'adhésion comportera pour les deux institutions juridiques, semble toutefois restreint et non exhaustif, laissant irrésolue toute une série de problématiques qui seront en revanche au centre des négociations pour l'adhésion. Il faut rappeler que, concernant la Convention, cette dernière aussi a dû être rectifiée afin de prévoir explicitement la possibilité qu'une organisation *sui generis* comme l'Union puisse également y adhérer. En particulier, le protocole 14 a modifié l'art. 59(2) CEDH qui dispose aujourd'hui que « l'Union européenne pourra accéder à la Convention ».

Sur la base de ces dispositions ont été lancées, à partir de juin 2010, les négociations pour l'adhésion qui ont déjà mené à la rédaction d'un premier *draft* du Traité d'adhésion. Sans vouloir analyser dans le détail le résultat du travail du groupe de négociateurs, il convient toutefois de relever les questions qui ont été davantage au centre des discussions durant les négociations, et qui avaient précédemment été discutées par le Conseil européen pour établir le contenu du mandat donné à la Commission pour conclure les négociations.

Les domaines qui ont posé le plus de problèmes par rapport à une adhésion efficace peuvent être regroupés en cinq macro-problèmes : tout d'abord, la question concernant l'adhésion aux protocoles de la Convention, sachant que les États membres n'ont pas tous ratifié tous les protocoles de la CEDH et que le Traité de Lisbonne ne prend aucune disposition à ce sujet²³⁸.

²³⁸ Voir le discours du Vice-Président de la Commission Madam Redig qui a affirmé "four of the Protocols to the Convention have not been ratified by all Member States. As a matter of fundamental rights policy, the Commission is deeply convinced that any of these Protocols may be of potential relevance as regards the exercise of the Union's powers. Certain guarantees enshrined in these Protocols are also reflected in the Charter. An accession of the EU also to these Protocols is therefore highly desirable as matter of principle. However, at the present stage, Member States are still divided on the issue of an accession of the EU to the Protocols that have not been ratified by all of them. The Commission proposes therefore a two-stage approach, in the interest of a swift agreement on the negotiation directives: At the first stage, the EU should be granted the right to accede to any of the existing and future Protocols to the Convention. At a later stage, it can then be decided to which Protocols the Union will accede in addition to the Convention itself".

En second lieu intervient la question de la représentation de l'Union à l'intérieur des organismes du Conseil d'Europe, notamment devant la Cour de Strasbourg. Ceci, en effet, comporte d'une part le fait d'instituer un mécanisme qui permette la participation correcte d'un juge de l'Union dans les jugements qui l'impliquent – même dans la question interne de la nomination de ce juge – et, d'autre part, les modalités de participation de l'Union aux réunions des membres du Comité des Ministres du Conseil d'Europe.

Troisièmement, les difficultés liées à la garantie des limites posées par l'art. 344 TFUE, qui définit la soumission de toutes les controverses entre États membres à la juridiction exclusive de la Cour de Justice, par rapport à ce qui est résolu au contraire par l'art. 55 CEDH qui prévoit la soumission exclusive à la CEDH des questions concernant la violation d'un droit conventionnel de la part d'un État signataire contre un autre.

Enfin, le dernier problème concerne le contrôle de la Cour de Strasbourg par rapport aux actes de l'Union dans les domaines de la PESC. Comme nous le savons, la compétence de la Cour de Justice est exclue dans ce domaine (ex art. 275 TFUE), sauf pour les mesures restrictives adoptées envers les individus. Sachant que la juridiction de Strasbourg s'applique à toutes les questions qui entrent en jeu dans le cadre de la juridiction de la partie contractante, le risque est d'attribuer à la Cour de Strasbourg une compétence plus grande qu'à celle de Luxembourg.

L'un des nœuds centraux est en outre la question de la définition du mécanisme de *correspondency* (ou *litisconsortium*) devant la CEDH. Ce mécanisme devrait réguler la représentation de l'Union et des États membres quand la violation de la Convention dérive d'un acte communautaire. La plus grande difficulté consiste, dans ce cas, en l'identification exacte du sujet auteur de la violation, État membre ou Union, s'il s'agit d'une violation provenant d'actes de droit secondaire qui comporte ou pas une discrétionnalité applicative de la part des États membres.

Il faut en outre évaluer le problème de la possibilité d'un contrôle de la CEDH envers le droit primaire de l'Union, ainsi que la question posée par l'exécution des arrêts rendus par la Cour de Strasbourg, tant sur le plan de la responsabilité que sur celui de l'exécution à proprement dit des arrêts de condamnation²³⁹.

²³⁹ Voir A. Ruggeri, *Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti*

Intervient enfin la question concernant le fait que la juridiction de la Cour de Justice trouve des restrictions dans le système d'accès à cette dernière, en référence aux limites posées à l'introduction d'un recours individuel (art. 240 bis et 240 ter TFUE), qui demeurent même après l'élargissement de cette faculté pour les individus, dérivant du nouveau Traité (art. 230.4 TFUE). Quand l'adhésion de l'Union à la Convention sera opérée, le recours direct contre des actes de ses institutions pourra être exercé seulement après avoir épuisé les possibilités de recours au juge de l'Union (le juge interne par rapport au système CEDH). À ce propos et en relation aux limites à l'accès à la Cour UE, il convient de renvoyer à l'article 13 de la Convention, qui demande que soit assuré, conformément à tous les droits cités dans la Convention, un recours efficace à l'intérieur du système considéré, puisque c'est seulement de cette manière que la CEDH a la possibilité d'intervenir, avec une fonction auxiliaire, quand les recours internes n'ont pas remédié à la violation dont le demandeur se plaint.

Afin de promouvoir le processus d'adhésion et de trouver une solution aux questions qui ont été soulevées ici, le 17 mars 2010, la Commission a présenté les directives de négociation pour l'adhésion de l'UE à la Convention et le 4 juin 2010, les ministres européens de la justice lui ont attribué le mandat pour mener les négociations elle-même ; parallèlement, le 26 mai 2010, le Comité des Ministres du Conseil d'Europe a donné pour mission spécifique à son Comité directeur pour les droits de l'homme d'élaborer avec la Commission l'instrument juridique nécessaire pour l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH.

A. La Cour de Strasbourg e la Cour de Luxembourg : rivalité ou affinité ?

L'aspect qui intéresse essentiellement cette étude parmi les principaux problèmes liés à l'adhésion de l'Union au système CEDH est représenté par le contrôle que la Cour

fondamentali e nella costruzione di un ordinamento intercostituzionale, in www.federalismi.it n. 9/2009, p. 14 ; D. Spielmann, Human Rights case law in the Strasbourg and Luxembourg: conflicts, inconstitutions, and complementarities, in P. Alston, *The Eu and human rights*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 764.

de Strasbourg pourra exercer, une fois que l'adhésion aura eu lieu, concernant les actes communautaires²⁴⁰.

La question, qui s'est déjà posée concrètement pour les actes de mise en œuvre ainsi que pour les actes de simple exécution du droit de l'Union de la part des États membres, se posera également à l'avenir par rapport aux actes adoptés par les Institutions même.

Il convient de commencer par une importante entrée en matière : la Cour de Strasbourg a affirmé depuis 1958 que la signature d'un Traité international, différent de la CEDH, qui prévoit des obligations pour les États signataires, ne compromet pas l'application de la Convention. Cette position a été reprise dans l'arrêt *M & Co. c. Allemagne* où la Commission européenne des droits de l'homme a affirmé que "member states are responsible for all act and omission of their domestic organs allegedly violating the Convention regardless of whether the act or omission in question is a consequence of domestic law or...of necessity to comply with international obligations".

Cette affirmation comporte l'obligation pour les États membres de respecter le droit conventionnel, même quand ils appliquent le droit de l'Union. Cependant, alors qu'il est possible d'attribuer à l'État une violation de la CEDH, dans le cas où il a une discrétionnalité dans l'application du droit communautaire, il est plus difficile de le faire quand l'acte étatique est de simple exécution, étant donné le risque d'une condamnation pour violation des normes communautaires. Malgré cela, la Cour de Strasbourg a toujours soutenu que le transfert de pouvoirs à une organisation internationale comme la Communauté européenne ne respecte la Convention que si, à l'intérieure de cette organisation, les droits fondamentaux reçoivent "*an equivalent protection*" à celle que garantit la CEDH, jugement d'équivalence qui devrait être effectué non pas de manière abstraite mais en relation à un cas concret.

Que se passe-t-il quand la Cour de Strasbourg relève une violation de la Convention de la part d'un État membre pour un acte non discrétionnel, mais de simple exécution du droit de l'Union ou d'exécution du droit primaire ?

²⁴⁰ Voir Besselink L., *The European Union and the ECHR: from sovereign immunity in Bosphorus to full scrutiny under the reform treaty?*, in Borefijn I., Goldschmidt J., *Changing perceptions of sovereignty and human rights, essay in honour of Claes Flinterman*, Intersentia 2008, p. 295 ; Bultrini A., « La responsabilité des états membres de l'Union européenne pour les violations de la CEDH », *Rev. Trim. droits de l'homme*, 2002 p. 5 ss ; Cannizzaro E., « Sulla responsabilità internazionale per condotte di stati membri dell'Unione europea: in margine al caso Bosphorus », *Riv. Dir. Internaz.*, 2005 p. 762.

La question est essentiellement de distinguer les hypothèses de recours qui ont pour objet un acte national de mise en œuvre du droit communautaire (qui se distingue en actes nationaux discrétionnaires et actes contraints), de celles qui ont pour objet un acte de l'Union à proprement dit (qui se distingue entre recours exclusivement contre l'Union et ceux qui mettent aussi en cause ses États membres).

Le premier cas au cours duquel la Cour de Strasbourg s'est occupée directement d'un acte lié au système communautaire a été celui du célèbre arrêt *Matthews c. Royaume-Uni*²⁴¹. L'une des données les plus intéressantes par rapport à cet arrêt réside dans le fait que la décision du Conseil (adoptée sur la base de l'art. 138 TCE), ayant nature de droit primaire, ne pouvait pas être assujettie à la juridiction de la Cour de Luxembourg, démontrant de fait la possibilité d'un contraste entre le système conventionnel et le système communautaire, même au niveau du droit primaire. Cette décision, fortement critiquée par la doctrine, suppose en effet que la responsabilité *ratione materiae* du Royaume-Uni et, conjointement, des autres États membres, descende de la libre souscription des accords discutés, lesquels, ne respectant pas la Convention, ne revêtent pas la qualité d'actes ordinaires de la Communauté, mais d'instruments effectivement associables au droit international. L'hypothèse d'une telle solution se retrouve dans le fait que – dans le respect du caractère matériel et objectif de la protection offerte par les juges de Strasbourg – il ne peut y avoir aucune distinction entre législation européenne et législation intérieure, quand cela comporte une violation des droits garantis par la CEDH et sans qu'il y ait le contrôle du juge communautaire.

Cet arrêt ne résout toutefois pas le problème de la responsabilité d'un État membre et de l'Union et ne représente qu'une exception dans le panorama jurisprudentiel de la CEDH. L'évolution jurisprudentielle suivante, qui s'est développée avec l'affaire *Bosphorus*, démontre que la Cour de Strasbourg ne relève aucune incompatibilité de sa propre juridiction dans le cas cité, mais finit par admettre la non violation de l'art. 1 du Protocole 1 de la part de l'Irlande, remarquant un "fair and proportionate balance" entre le droit de propriété individuelle et l'intérêt général à la sécurité nationale. La donnée intéressante de cette décision réside dans l'affirmation selon laquelle, considérant la reconnaissance du

²⁴¹ Arrêt Cour EDH, 18 février 1999, *Matthews contre Royaume-Uni*, préc.

principe de la protection équivalente accordée au droit communautaire, la Cour de Strasbourg se réserve la possibilité d'évaluer concrètement cette équivalence, sur la base de son propre rôle d'instrument constitutionnel de l'ordre public européen, quand celui-ci s'avère "manifestly deficient". En d'autres termes, en évaluant la compatibilité avec la Convention d'une forme d'interférence avec le droit de propriété, la Cour a attribué une importance particulière au fait que la mesure étatique avait été adoptée afin de mettre en place un acte communautaire, considérant donc que "compliance with EC law by a contracting Party constitutes a legitimate general interest objective within the meaning of Art. 1 of Protocol 1". C'est donc par rapport à cet intérêt que la Cour a mené le processus d'équilibrage prévu par l'art. 1 du premier Protocole, concluant que "State action taken in compliance with such legal obligation is justified as long as the relevant organisation is considered to protect fundamental rights, as regards both the substantive guarantees offered and the mechanisms controlling their observance, in a manner which can be considered at least equivalent to that for which the Convention provides", et précisant enfin que le jugement de protection équivalente doit être sujet à un réexamen à la lumière des changements intervenus par la suite en la matière.

La jurisprudence de la CEDH dans ce contexte, avec bien des incertitudes, semble essentiellement caractérisée par la présence de deux types de jugement. D'une part, à partir de l'arrêt *C.F.D.T*²⁴², les systèmes de contrôle ont réaffirmé l'inadmissibilité *ratione personarum* de recours ayant pour objet des actes communautaires qui ne nécessitaient pas l'exécution ou la transposition au niveau national ; d'autre part, avec la décision rendue dans l'affaire *M. & Co*²⁴³, on a au contraire vérifié que la responsabilité des États pour violation de la CEDH n'est pas reconnue si ces derniers mettent en œuvre un acte communautaire sans avoir, dans ce cadre, aucun pouvoir discrétionnel à condition que à l'intérieur de cette organisation les droits fondamentaux reçoivent une protection équivalente à celle garantie par la CEDH.

De cette manière, la Cour préserve la séparation du système communautaire par rapport à la Convention et, en même temps, sauvegarde, à travers le principe de la « protection équivalente », une opérativité résiduelle de la Convention dans les domaines du droit

²⁴² Arrêt Cour EDH *C.F.D.T c. Uk* ric. n. 8030/77 du 10 juillet 1978.

²⁴³ Arrêt Cour EDH *M. & Co* du 9 février 1990, spéc point 51.

national qui sont davantage en contact étroit avec le droit communautaire. Elle précise en effet pour la première fois, à cette occasion, que pour pouvoir parler de « protection équivalente », l'organisation internationale d'où proviennent les actes discutés doit garantir de manière équivalente à la CEDH non seulement les droits fondamentaux essentiels, mais aussi les droits judiciaires, c'est-à-dire des voies de recours juridictionnel visant à assurer effectivement le respect de ces derniers.

Par conséquent, quand on s'est assuré que l'organisation garantit une protection équivalente – soutient la Cour – on doit présumer que l'action des autorités étatiques est conforme à la CEDH, dans la mesure où celles-ci se limitent à mettre en œuvre les obligations supranationales²⁴⁴.

Une seconde hypothèse de conflit, entre droit de l'Union et droit conventionnel, est celle qui peut être déterminée suite à la transposition (ou à la non-transposition) d'une directive de la part d'un État membre. Ce cas particulier a été traité par la Cour de Strasbourg dans l'arrêt *Dangeville c. France*²⁴⁵, reposant sur la non-transposition d'une directive en matière de droit tributaire, où elle a relevé une violation du droit de propriété défini à l'art. 1 du Protocole additionnel.

Le même principe a été réaffirmé dans l'arrêt *Cabinet Diot c. France*²⁴⁶, non sans soulever des doutes quant à la possibilité d'une altération des qualités requises prévues par le droit communautaire afin que l'on puisse identifier une responsabilité extracontractuelle de la part des États membres pour violation de la réglementation communautaire.

Les arrêts présentés jusqu'ici avaient pour objet des actes ou des omissions des États membres liés, à différents titres, au droit de l'Union. Il y a néanmoins eu des cas où l'on a tenté d'obtenir une décision de la Cour de Strasbourg sur des actes de l'Union même. Dans ces cas, on a tenté de proposer le recours contre tous et contre chacun des États

²⁴⁴ C'est dans ce cadre jurisprudentiel que s'insère l'arrêt relatif à l'affaire *Bosphorus* selon Costello C., « The Bosphorus ruling on the European Court of Human Rights: fundamental rights and blurred boundaries », *Europe, Human Rights Law Review*, 6(1), 2006, p. 87; Lock T., « Beyond Bosphorus: the European Court of Human Rights Case law on responsibility of member states of International Organizations under the European convention on human Rights », *Human Rights Law Review*, 10/2010, p. 529.

²⁴⁵ Arrêt Cour EDH *Dangeville v. Francia*, ric. N. 36677/97 du 16 mars 2002.

²⁴⁶ Arrêt Cour EDH *Cabinet Diot e Gras Savoye* du 22 juillet 2003, et les commentaires Bultrini A., « La responsabilité des états membres de l'Union européenne pour les violations de la CEDH », *Rev. Trim. droits de l'homme*, 2002 p. 5 ; e Cannizzaro E., « Sulla responsabilità internazionale per condotta di stati membri dell'Unione europea: in margine al caso Bosphorus », *Riv. Dir. Internaz.*, 2005 p. 762.

membres appartenant à l'Union, sur la base du principe selon lequel les actes de l'Union sont dans tous les cas imputables à l'ensemble des États membres.

La première de ces tentatives a eu lieu dans l'affaire *Segi contre Autriche, Belgique, Danemark, Finlande, France, Allemagne, Grèce, Irlande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, Espagne, Suède, et Royaume-Uni*²⁴⁷. L'affaire concernait l'inclusion d'une organisation précise sur la liste des organisations considérées comme terroristes pour l'Union, inclusion considérée par les requérants comme non-conforme aux art. 6, 10, 11, et 13 de la Convention. La Cour de Strasbourg rejeta le recours, sans évaluer l'existence de la légitimation passive de l'ensemble des États membres et sans entrer dans le fond de la question, se limitant à constater que les requérants ne coïncidaient pas avec les entités incluses sur la liste, et n'avaient donc aucun intérêt dans ce recours puisqu'elles n'étaient pas directement « victimes de la violation » conformément à l'art. 34 de la Convention. Une autre décision, ou plutôt rejet, a eu lieu dans l'affaire concernant une autre association basque qui se plaignait de la violation des mêmes articles de la CEDH, de la part de deux positions communes adoptées dans le cadre PESC en matière de protection contre le terrorisme. La décision affirme le refus d'admissibilité de l'affaire, basée sur le manque de violation effective des droits, et souligne le fait que dans ce cas concret, les deux requérants auraient pu s'adresser à la juridiction communautaire pour un recours d'annulation, étant donné les ouvertures en matière de recours individuel offert par l'arrêt *Jégo-Quéré et Cie S. A.*, du Tribunal de première instance. Les affaires suivantes, c'est-à-dire le refus d'admissibilité du recours de la part du Tribunal, montrent que le principe de la protection équivalente, élaboré par la jurisprudence de Strasbourg, risque de comporter dans la pratique des manques de protection des individus, finissant par démontrer qu'il existe encore de nombreux problèmes sur le plan d'une coordination complète des deux jurisprudences.

L'occasion pour s'exprimer sur la légitimation passive de l'ensemble des États membres envers des recours sur des actes de l'Union s'est présentée de nouveau avec l'arrêt *DSR Senator Lines contre Autriche, Belgique, Danemark, Finlande, France, Allemagne, Grèce,*

²⁴⁷ Arrêt Cour EDH *Segi e altri v. Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia; Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Spagna, Svezia e Regno Unito*, ric. N. 64622/02 du 23 mars 2002.

*Irlande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, Espagne, Suède, et Royaume-Uni*²⁴⁸, portant sur une sanction pour violation du droit communautaire de la concurrence.

La Cour de Strasbourg attendit presque quatre ans pour délibérer sur l'affaire, et entre temps, le Tribunal annula sa décision, avec pour conséquence un rejet de part de la Cour européenne pour manque d'intérêt de la part du recourant et donc perte de la qualité de « victime de la violation ».

Dans ce filon jurisprudentiel s'insère également la décision *Emesa Sugar*²⁴⁹, plus récente, où la Cour de Strasbourg a déclaré l'inadmissibilité d'un recours, où la société requérante se plaignait d'une violation de l'article 6, concernant une décision de la Cour de Justice, qui avait considéré que l'impossibilité pour les parties à la procédure de répliquer aux conclusions de l'Avocat Général n'était pas en contraste avec cet article. Il faut remarquer que la déclaration d'inadmissibilité évite dans ce cas d'ouvrir un conflit de jurisprudence, au cas où les deux Cours soient arrivées à des conclusions divergentes sur le point en question²⁵⁰.

Ces arrêts, que nous pouvons définir comme prudents, ne résolvent pas en réalité la question de savoir si un acte de l'Union européenne peut être soumis à un contrôle à travers un recours envers tous les États membres.

Au contraire, dans tous les cas où des actes communautaires ont été soumis à la CEDH, avec un recours direct envers un seul État membre, elle a toujours déclaré l'inadmissibilité *ratione personae* de ces procédures.

On constate donc à la lumière de ces décisions que, suite à l'adhésion, des situations comme celles-ci pourraient être admises par la juridiction de Strasbourg en comblant la lacune dérivant de la séparation de l'Union du système conventionnel, qui reste autrement exclu du système de contrôle de la CEDH.

Le concept de « protection équivalente », élaboré par les juges de Strasbourg, devrait servir à moduler le rapport entre deux exigences intimement en contraste : d'une part la réaffirmation de la CEDH comme standard minimum de protection des droits

²⁴⁸ Arrêt Cour EDH « *DSR Senator Lines v. Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia; Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Spagna, Svezia e Regno Unito* », ric. 56672/00 du 10 mars 2004.

²⁴⁹ Arrêt Cour EDH « *Emesa Sugar N. V. v. Olanda*, ric. n. 62023/00 du 14.01.2005 ».

²⁵⁰ Voir sur le point 4.2.2000 ordonnance *Emesa Sugar N. V.* C-17/98, Rac. p. I-665 et Arrêt Cour EDH du 20.2.1996 *Vermeulen v. Belgio* ric. N. 19075/91.

fondamentaux dans la zone européenne, de l'autre la sauvegarde de la séparation formelle de l'Union du système conventionnel, mais, comme ces cas le démontrent, il n'est pas suffisant pour activer un contrôle sur le droit primaire de l'Union. On peut donc se demander de quelle manière ce concept de protection équivalente devra être revu suite à l'adhésion, sachant que le mécanisme n'aurait plus aucune raison d'exister, puisque le droit de l'Union est soumis à la CEDH et que la Cour de Strasbourg peut contrôler directement le droit primaire.

Quoi qu'il en soit, la Cour de Strasbourg ne n'est pas seulement limitée à se confronter avec le droit communautaire à l'occasion de décisions pour violation de la Convention (déclarées admissibles ou non), mais elle a souvent utilisé la jurisprudence de la Cour de Justice pour innover et approfondir la portée des droits contenus dans le catalogue conventionnel. En effet, la CEDH, même quand la réglementation communautaire n'est pas en cause, s'est souvent inspirée de la jurisprudence et de la réglementation de l'Union, comme celle-ci prend du reste en considération, afin de développer sa propre jurisprudence, celle que produisent les Cours suprêmes et constitutionnelles nationales.

Un exemple de ces références est constitué par une série d'arrêts qui ont pour objet l'interprétation de la notion d'autorité publique en rapport avec le droit civil comme le prévoit l'art. 6 CEDH. Par le passé, la Cour de Strasbourg avait donné une interprétation très large au concept de droit civil, comme le confirme l'art. 6, arrivant à y réinsérer d'amples domaines du droit public. Dans l'arrêt *Pellegrin*²⁵¹, en faisant explicitement référence à l'arrêt *Commission c. Belgique* de la Cour de Justice et à la définition de "service public" qui y est donnée, elle a exclu du concept de droit civil les autorités publiques responsables de la protection des intérêts généraux de l'État.

Une approche similaire a été observée par la CEDH en matière de discriminations sur les retraites, ainsi que de droit au nom, avec une référence explicite à la Charte de Nice.

Mais le contraire est également vrai, et il y a aussi des cas où la jurisprudence de la Cour européenne et celle de Luxembourg se sont trouvées en contraste : par exemple les arrêts *Hochst* et *Dow Benelux* opposés à *Chappell c. Royaume Uni* et *Niemietz c. Allemagne* où la Cour de Justice a refusé d'accorder aux locaux professionnels la même protection accordée par la CEDH au domicile privé, ainsi que les arrêts *Orkem* et

²⁵¹ Arrêt Cour EDH *Pellegrin v. Francia*, ric. N. 28541 du 8 decembr 1999.

Mannesmannröhren-Werke AG c. Commissione où la Cour a refusé de reconnaître le droit à la non auto-incrimination, contrairement à ce qu'a soutenu la Cour de Strasbourg dans l'affaire *Funke c. France*²⁵².

Enfin, nous souhaitons attirer l'attention sur la récente décision *MSS c. Belgique et Grèce*²⁵³, dans laquelle la Cour de Strasbourg s'est prononcée sur l'allocation de responsabilité entre les États, pour violation de la Convention (art. 2, 3, 13) dans l'application du Règlement Dublin. La Cour s'est exprimée en constatant la responsabilité de chacun des deux États membres pour les violations contestées, en condamnant aux dépens (condamnation solidaire), et en suggérant des mesures d'exécution immédiate.

Cet arrêt montre comment, dans l'optique de la future adhésion, il est nécessaire que le mécanisme du *litisconsortium*, prévu par le Traité d'adhésion, assure une décision de la Cour de Justice dans les premières phases de la procédure devant la CEDH, afin d'éviter des décisions concernant la répartition de responsabilités, surtout dans le cas où le recours est présenté envers l'Union et envers un ou plusieurs de ses États membres. Il apparaît en effet de façon évidente que la Cour de Strasbourg se montre favorable quand il s'agit d'attribuer des responsabilités aux États qui ont violé la Convention, que la violation soit attribuable à un seul État ou à plusieurs. Dans l'optique de l'adhésion, une éventuelle condamnation solidaire d'un État membre et de l'Union créerait d'importantes difficultés sur le plan de la répartition de responsabilités, répartition qui ne pourrait pas être effectuée par la Cour de Strasbourg, à moins de ne pas altérer le système prévu par les Traités et les rapports entre l'Union et ses États membres.

B. L'application de la CEDH dans l'ordre juridique communautaire

Pour aborder le thème des rapports entre le système de l'Union et la CEDH du point de vue communautaire, il est nécessaire de partir de la référence effectuée par l'art. 6

²⁵² Arrêt de la Cour de Justice *Hoechst*, C-46/87 et 227/88; *Dow Benelux* C-85/87, et arrêt *Orkem v. Commissione* C-384/87 e *Mannesmannröhren-Werke AG v. Commissione* C-411/04, et arrêt de la Cour EDH *Funke v. Francia* (cit.).

²⁵³ Arrêt Cour EDH *MSS v. Belgio e Germania*, ric. n. 30696/09 du 21 janvier 2011, violation art. 2, 3, e 13 Cedh.

TUE aux droits fondamentaux et notamment au second paragraphe de cet article, où il est prévu que l'Union respecte les droits fondamentaux dérivant des traditions constitutionnelles des États membres ainsi que de la CEDH même.

Comme nous le savons, le mécanisme d'hétéro-intégration, basé sur le paramètre des traditions constitutionnelles communes et des instruments internationaux de protection, a été affirmé par la Cour de Justice à partir de l'arrêt *Nold*²⁵⁴ et, par la suite, positivisé à travers l'insertion de l'art. F.2. dans le Traité de Maastricht. Depuis 1974, date de ratification de la CEDH dans tous les États membres de l'Union, la Cour de Justice a en effet commencé à faire référence à celle-ci dans les cas ayant pour objet des droits fondamentaux.

Dans les renvois de plus en plus nombreux effectués par la jurisprudence communautaire à la Convention, il est évident que celle-ci est vue comme instrument privilégié d'apparition des traditions communes, parce qu'elle permet de dépasser les incertitudes et les ambiguïtés liées à l'hétéro-généité intrinsèque aux traditions communes même ; toutefois, la Cour de Justice utilise la CEDH uniquement comme paramètre de référence, sachant qu'elle n'a pas, dans le système communautaire, le statut des Conventions et des Traités internationaux signés par l'Union, si bien que la jurisprudence conventionnelle a été peu citée par le passé, alors qu'aujourd'hui, les références de la Cour de Justice à celle-ci apparaissent de plus en plus fréquemment²⁵⁵.

Certes, il convient de prêter attention à une donnée : la référence à la CEDH, à travers le mécanisme d'hétéro-intégration, basé sur les principes généraux du droit communautaire, a permis à la Cour de Justice de dicter les délais, les modes et l'intensité de l'opérativité indirecte de la Convention à l'intérieur du système de l'Union et en partie – à travers celle-ci et en référence aux actes nationaux qui rentrent dans sa sphère d'efficacité – dans les systèmes nationaux.

L'évolution jurisprudentielle récente de la Cour de Justice, dans la lignée d'une attention croissante portée à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, soulève cependant quelques problèmes de coordination entre les deux systèmes : dans certains cas, la Cour de

²⁵⁴ Voir arrêt C- 4/73 du 14 mai 1974 et *Rutili* C-36/75 du 28 octobre 1975.

²⁵⁵ Voir G. Demuro, I rapporti tra Corte di Giustizia delle Comunità europee e Corte europea dei diritti dell'uomo cit. spéc. p. 45 in P. Falzea A. Spadaro L. Ventura, *La corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Giappichelli 2003.

Luxembourg utilise les décisions de la CEDH comme référence minimum pour élever ensuite les standards de protection, alors que dans d'autres cas, on assiste à des reconnaissances partielles des droits pacifiquement admis par le droit conventionnel. Le plus grand risque de ce type d'opérations est celui de dénaturer le rôle de la CEDH comme contrôleur externe du système des droits de l'homme en Europe, pour lequel les diversités des systèmes juridiques par rapport à la protection objective des droits sont essentiellement insignifiantes.

La Cour de justice tend en effet souvent à "communautariser" les droits contenus dans la CEDH, revendiquant pour elle la notion/portée communautaire de certaines notions importantes pour l'application d'un droit fondamental, comme elle l'a fait par exemple dans l'arrêt *Karlsson* où l'on peut lire que « les restrictions à l'exercice de ces droits peuvent être effectuées, en particulier dans le cadre d'une organisation commune de marché, pourvu que ces restrictions répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté et ne se résolvent pas, considérant le but poursuivi, en une intervention disproportionnée et inadmissible qui compromettrait l'essence de ces droits »²⁵⁶. Cette affirmation, selon laquelle la Cour de Justice jouirait d'une certaine autonomie en posant les conditions d'équilibre entre les droits fondamentaux et la sauvegarde des intérêts de l'Union, risque de transformer le renvoi aux traditions constitutionnelles et à la CEDH en un simple renvoi formel. Une confirmation dans ce sens semble se présenter dans l'arrêt *Schmidberger* où la Cour affirme que « même les droits à la liberté d'expression et à la liberté de réunion pacifique garantis par la CEDH [...] n'apparaissent pas comme des prérogatives absolues, mais sont considérés à la lumière de leur fonction sociale. Par conséquent, des restrictions à l'exercice de ces droits peuvent être apportées, à condition que ces restrictions répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général de l'Union et ne constituent pas, par rapport au but poursuivi par ces restrictions, une intervention disproportionnée et inacceptable au point de compromettre l'essence même du droit »²⁵⁷. Considérant que les art. 10 et 11 de la CEDH prévoient que la liberté de réunion et la liberté d'expression soient elles aussi assujetties à certaines limitations justifiées par des objectifs d'intérêt général, la Cour de Justice

²⁵⁶ Arrêt C-292/93 du 13 avril 2000.

²⁵⁷ Arrêt C-112/00 du 12 juin 2003, cit. point 80.

identifie cet intérêt général dans la garantie de la libre circulation des marchandises. Bien que dans ce cas spécifique les juges de Luxembourg résolvent l'équilibrage en faveur des libertés d'expression et de manifestation, il reste des doutes quant à la possibilité d'équilibrer de manière autonome des libertés garanties par la Convention et des principes essentiels du système communautaire.

L'adhésion devrait donc comporter l'insertion du modèle de reconnaissance des droits fondamentaux de l'Union, à l'intérieur d'un mécanisme de protection des droits, subsidiaire et résiduel, contribuant à diminuer l'isolement des arguments employés par les juges communautaires et à alimenter les occasions de dialogue intrajudiciaire. Par ailleurs, cela favoriserait l'ouverture des raisons communautaires aux instances et aux sollicitations d'un système de protection des droits fondamentaux actif dans un contexte culturel plus ample que l'Europe communautaire. Ainsi, par exemple, l'emploi sélectif de la part de la Cour de Justice d'arguments d'hétéro-intégration – dérivant des traditions constitutionnelles communes et de la CEDH même – sera appelé inévitablement à se confronter avec les clauses les plus denses de valeur employées par la Convention, comme les notions de « société démocratique », de « protection des droits et des libertés d'autrui », et de « protection de la morale ».

Comme nous l'avons déjà rappelé, le système communautaire ne connaît pas ce type de clauses générales, considérant que ce n'est pas un État et que, par conséquent, il n'est pas sujet à la définition de société/nation/people et morale, mais connaît au contraire la formule plus générale d'« intérêt du système communautaire » avec toutes les particularités qui appartiennent à cette dernière. Pour cette raison, les notions contenues dans le catalogue conventionnel, afin qu'elles puissent trouver des applications envers l'Union, doivent être réinterprétées à la lumière des particularités propres au système communautaire.

C'est dans ce sens que semble s'exprimer la Cour de Justice dans une récente décision²⁵⁸ où, en effectuant le contrôle requis sur la légitimité de la directive du Conseil n. 91/308/CEE et faisant référence à la Charte de Nice (pas encore au Traité de Lisbonne) et à la Convention européenne, en relation au droit à un procès équitable, a exprimé le

²⁵⁸ Arrêt C-305/05 *Ordre des barreaux francophones et germanophone c. Conseil des ministres*, du 26 juillet 2007, point 28 de la décision.

principe selon lequel « les États membres sont en effet tenus non seulement d'interpréter leur droit national de façon conforme au droit communautaire, mais aussi à veiller à ne pas se baser sur une interprétation d'un texte de droit dérivé qui entre en conflit avec les droits fondamentaux protégés par le système juridique communautaire ou avec les autres principes généraux du droit communautaire » et s'est prononcée avec un renvoi direct à l'art. 6 de la CEDH, comme il est interprété par la Cour européenne, en ce sens que « les obligations d'information et de collaboration avec les autorités responsables pour la lutte contre le recyclage prévus par l'art.6, n.1, de la directive 91/308/CEE et imposés aux avocats par l'art. 2-bis, point 5, de cette directive, tenant compte de l'art. 6, n.3.2 de celle-ci, ne violent pas le droit à un procès équitable, comme le garantissent les art. 6 de la CEDH et 6, n.2, du Traité UE ».

Néanmoins, dans une série de décisions récentes, la Cour de Justice semble citer la Convention et la jurisprudence de Strasbourg principalement dans l'intention de trouver des limites aux droits de l'homme dans le but d'un « équilibre communautaire correct », montrant une préférence pour ce qui a été défini une coopération conflictuelle.

Dans arrêt *J. Mc B*²⁵⁹, par exemple, la Cour cite la jurisprudence de Strasbourg afin de repérer les limites aux droits du père d'un mineur, affirmant que :

« De plus, il résulte de l'article 52, paragraphe 3, de la charte que, dans la mesure où celle-ci contient des droits correspondant à des droits garantis par la CEDH, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère celle-ci. Cependant, cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue. Aux termes de l'article 7 de la même charte, «[t]oute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications». Le libellé de l'article 8, paragraphe 1, de la CEDH est identique à celui dudit article 7, sauf dans la mesure où il utilise les termes «sa correspondance» au lieu et place de «ses communications». Cela étant, il y a lieu de constater que cet article 7 contient des droits correspondant à ceux garantis par l'article 8, paragraphe 1, de la CEDH. Il convient donc de donner à l'article 7 de la charte le même sens et la même portée que ceux conférés à l'article 8, paragraphe 1, de la CEDH, tel

²⁵⁹ Arrêt *J Mc B*. C-400/10 - PPU du 5 octobre 2010, points 53-56.

qu'interprété par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

La Cour européenne des droits de l'homme a déjà examiné une affaire dont les faits étaient analogues à ceux de l'affaire au principal, l'enfant d'un couple non marié ayant été emmené dans un autre État par sa mère, qui disposait seule de l'autorité parentale sur cet enfant. À cet égard, elle a jugé, en substance, qu'une législation nationale qui accorde, de plein droit, l'autorité parentale relative à un tel enfant uniquement à la mère de celui-ci n'est pas contraire à l'article 8 de la CEDH interprété à la lumière de la convention de La Haye de 1980, pour autant qu'elle autorise le père de l'enfant, non investi de l'autorité parentale, à demander au juge national compétent la modification de l'attribution de cette autorité.

Il s'ensuit que, aux fins de l'application du règlement n° 2201/2003 pour déterminer le caractère licite du déplacement d'un enfant, lequel est emmené dans un autre État membre par sa mère, le père naturel de cet enfant doit avoir le droit de s'adresser à la juridiction nationale compétente, avant le déplacement, afin de demander qu'un droit de garde de son enfant lui soit conféré, ce qui constitue l'essence même du droit d'un père naturel à une vie privée et familiale dans un tel contexte.

En effet, la Cour européenne des droits de l'homme a également jugé qu'une législation nationale qui n'accorde au père naturel aucune possibilité d'obtenir un droit de garde de son enfant en l'absence de l'accord de la mère constitue une discrimination injustifiée à l'encontre du père et viole donc l'article 14 de la CEDH, lu en combinaison avec l'article 8 de celle-ci. »

La Cour conclut par conséquent pour la compatibilité de la réglementation interne avec le règlement discuté, en utilisant les références à la jurisprudence EDH non pas dans un sens constructif, comme on pourrait s'y attendre aux fins de l'élargissement de la protection, mais dans un sens restrictif en se limitant à « s'approprier » des limites au droit exprimées par cette jurisprudence afin d'affirmer l'application correcte d'un règlement communautaire.

Dans l'affaire *DEB*²⁶⁰, la Cour de Justice utilise encore le renvoi à la CEDH pour définir les limites au droit à la défense gratuite, soutenant que :

« L'examen de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme montre que, à plusieurs reprises, cette juridiction a rappelé que le droit d'accès à un tribunal constitue un élément inhérent au droit à un procès équitable qu'énonce l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH. Il importe à cet égard qu'un plaideur se voie offrir la possibilité de défendre utilement sa cause devant le tribunal. Toutefois, le droit d'accès aux tribunaux n'est pas absolu.

Statuant au sujet de l'aide judiciaire sous la forme de l'assistance d'un avocat, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que la question de savoir si l'octroi d'une aide judiciaire est nécessaire pour que la procédure soit équitable doit être tranchée au regard des faits et circonstances particuliers de chaque espèce et dépend notamment de la gravité de l'enjeu pour le requérant, de la complexité du droit et de la procédure applicables, ainsi que de la capacité du requérant de défendre effectivement sa cause. Il peut cependant être tenu compte de la situation financière du plaideur ou de ses chances de succès dans la procédure (Cour eur. D. H., arrêt *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, précité, § 62).

S'agissant de l'aide judiciaire sous la forme d'une dispense de payer les frais de procédure ou une *cautio judicatum solvi* avant l'introduction d'une action en justice, la Cour européenne des droits de l'homme a de même examiné l'ensemble des circonstances afin de vérifier si les limitations appliquées au droit d'accès aux tribunaux n'avaient pas atteint le droit dans sa substance même, si elles tendaient à un but légitime et s'il existait un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Il ressort de ces décisions que l'aide judiciaire peut couvrir tant l'assistance d'un avocat que la dispense de payer les frais de procédure.

La Cour européenne des droits de l'homme a par ailleurs jugé que, si une procédure de sélection pour les affaires peut être instaurée afin de vérifier si

²⁶⁰ Arrêt *DEB*, C-279/09 du 22 décembre 2010 points 45-52.

l'aide judiciaire peut être octroyée, cette procédure doit fonctionner de manière non arbitraire.

Ladite Cour a eu l'occasion d'examiner la situation d'une société commerciale qui avait sollicité l'aide judiciaire, alors que la législation française ne prévoit cette aide que pour les personnes physiques et, à titre exceptionnel, pour les personnes morales à but non lucratif ayant leur siège en France et ne disposant pas de ressources suffisantes. Elle a considéré que la différence de traitement entre les sociétés commerciales, d'une part, et les personnes physiques ainsi que les personnes morales à but non lucratif, d'autre part, repose sur une justification objective et raisonnable, qui tient au régime fiscal de l'aide juridique, celui-ci prévoyant la possibilité de déduire la totalité des frais de procès du résultat fiscal imposable et de reporter un résultat déficitaire sur un exercice fiscal ultérieur (Cour eur. D. H., décision VP Diffusion Sarl c. France du 26 août 2008, p. 4, 5 et 7).

De même, s'agissant d'une communauté d'usagers de biens communaux ruraux sollicitant l'assistance judiciaire pour s'opposer à une action en revendication de propriété d'un terrain, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré qu'il importe de tenir compte du fait que les fonds approuvés par les associations et les sociétés privées pour leur défense juridique résultent des fonds acceptés, approuvés et versés par leurs membres et a souligné que la demande était formulée pour intervenir dans un litige civil portant sur la propriété d'un terrain, litige dont l'issue n'affecterait que les membres des communautés en cause (Cour eur. D. H., décision CMVMC O'Limo c. Espagne du 24 novembre 2009, point 26). La Cour en a conclu que le refus d'accorder l'aide judiciaire gratuite à la communauté requérante n'avait pas atteint dans sa substance même le droit d'accès à un tribunal de cette dernière.

Il ressort de l'examen de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que l'octroi de l'aide juridictionnelle à des personnes morales n'est pas en principe exclu, mais qu'il doit être apprécié au regard des règles applicables et de la situation de la société concernée. »

La Cour de Justice soutient en substance que le principe de la protection juridictionnelle effective, d'après l'art. 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, doit être interprété dans le sens de ne pas exclure l'invocabilité de la part des personnes juridiques. En outre, elle poursuit en affirmant que le bénéfice accordé, dans son application, peut comprendre l'exonération du paiement anticipé des frais judiciaires et/ou l'assistance légale. Toutefois, à ce sujet, il est du ressort du juge national de vérifier si les conditions d'autorisation de l'aide judiciaire constituent une limitation du droit d'accès à la justice qui compromette l'essence même de ce droit, si elles tendent à un but légitime et s'il existe un lien raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but poursuivi, refusant ainsi une portée absolue au principe du procès équitable.

Ces arrêts montrent comment, dans de nombreux cas, la Cour de Justice est peu favorable à s'approprier de la jurisprudence de Strasbourg pour élargir les protections offertes par son propre système, mais préfère l'utiliser pour justifier les limites imposées par le système communautaire à l'exercice de certains droits, dans une optique qui semble pour le moins peu conforme avec la jurisprudence conventionnelle, qui admet des limitations uniquement dans des circonstances particulièrement significatives. Même le Tribunal de premier degré semble se baser sur les positions de la Cour : dans l'affaire *Phyo Tay Za*²⁶¹ en effet, il cite la jurisprudence CEDH mais en rappelant que le règlement discuté a été promulgué précisément dans l'objectif de la protection des droits de l'homme :

« Selon une jurisprudence constante, le droit de propriété, consacré notamment par l'article 6, paragraphe 2, UE ainsi que par l'article 1er du protocole additionnel à la CEDH et réaffirmé à l'article 17, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, fait partie des principes généraux du droit. Ce principe n'apparaît toutefois pas comme une prérogative absolue, mais doit être pris en considération par rapport à sa fonction dans la société. Par conséquent, des restrictions peuvent être apportées à l'usage du droit de propriété, à condition que ces restrictions répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté et ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une

²⁶¹ Tribunal du première instance, arrêt T-181/08 du 19 mai 2010 points 156-163.

intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même du droit ainsi garanti (voir arrêt Kadi, point 47 supra, points 355 et 356, et la jurisprudence citée).

Il convient de relever que, même si la mesure du gel des avoirs du requérant, qui est une mesure conservatoire, n'est pas censée priver celui-ci de sa propriété, elle comporte une restriction à l'exercice du droit de propriété du requérant. Cette restriction doit être qualifiée de considérable eu égard à la portée générale de la mesure de gel et compte tenu du fait que celle-ci est applicable, en vertu du règlement n° 2297/2003, depuis décembre 2003 (voir point 24 ci-dessus).

Se pose dès lors la question de savoir si cette restriction à l'exercice du droit de propriété du requérant peut être justifiée.

À cet égard, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Il y a donc lieu de rechercher si l'équilibre a été maintenu entre les exigences de l'intérêt général et l'intérêt du ou des individus concernés. Ce faisant, une grande marge d'appréciation doit être reconnue au législateur tant pour choisir les modalités de mise en œuvre que pour juger si leurs conséquences se trouvent légitimées, dans l'intérêt général, par le souci d'atteindre l'objectif de la législation en cause.

De plus, il y a lieu de relever que l'importance des objectifs poursuivis par une réglementation prévoyant des sanctions peut être de nature à justifier des conséquences négatives, même considérables, pour certaines personnes concernées, y compris celles qui n'ont aucune responsabilité quant à la situation ayant conduit à l'adoption des mesures concernées, mais qui se trouvent affectées notamment dans leurs droits de propriété.

Or, en l'espèce, il ressort du considérant 6 du règlement litigieux que son objectif est, compte tenu des violations graves et répétées des droits de l'homme perpétrées de longue date par le régime militaire du Myanmar, de contribuer au moyen du renouvellement et du renforcement des mesures restrictives prises à l'encontre de l'Union du Myanmar à promouvoir le

respect des droits fondamentaux et de viser ainsi à protéger les principes éthiques de la société.

Le Conseil a, à bon droit, estimé que l'objectif d'intérêt général poursuivi par le règlement litigieux est fondamental pour la communauté internationale. Ainsi que le Conseil l'a souligné dans le mémoire en défense, il convient de relever que, depuis de nombreuses années, l'Union européenne, des États tiers, des organisations internationales et des organisations non gouvernementales se sont efforcés d'exercer des pressions de diverses manières sur le régime militaire du Myanmar et les personnes qui y sont associées en vue d'améliorer la situation politique dans ce pays.

Au regard de l'importance d'un tel objectif d'intérêt général, le gel de tous les fonds et ressources économiques des membres du gouvernement du Myanmar et des personnes qui leur sont associées ne saurait, en soi, passer pour inadéquat ou disproportionné. »

Dans ce cas, le Tribunal n'ébauche même pas un équilibrage réel entre les intérêts, se contentant de réaffirmer la conformité du règlement sur la base de la nécessité de sauvegarder les droits de l'homme du Myanmar et de l'importance des objectifs poursuivis par la réglementation. Ainsi, la prévision de sanctions, dans un tel contexte, est considérée comme justifiée même si elle produit des conséquences négatives pour des sujets qui n'ont rien à voir avec la situation concrète.

Enfin, dans l'arrêt *CNOP*²⁶², afin d'évaluer l'incidence sur la liberté du domicile de la lutte contre les panneaux, le Tribunal cite également la jurisprudence CEDH pour se baser ensuite sur la jurisprudence UE :

« À cet égard, en ce qui concerne la nature de la décision attaquée et le contexte dans lequel elle est intervenue, même si les requérants font valoir à juste titre que, en vertu de la jurisprudence, la protection de la vie privée prévue à l'article 8 de la CEDH doit être respectée et la protection du domicile est étendue aux locaux commerciaux des sociétés [voir, en ce sens, Cour eur. D. H., arrêt *Colas Est e.a./France* du 16 avril 2002, § 41 ; voir également, à propos du règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962,

²⁶² Arrêt du tribunal du Première instance, *CNOP* T-23/09 du 26 octobre 2010, point 40.

premier règlement d'application des articles [81 CE] et [82 CE] (JO 1962, 13, p. 204), arrêt *Roquette Frères*, point 28 supra, point 27, et ordonnance de la Cour du 17 novembre 2005, *Minoan Lines/Commission*, C-121/04 P, non publiée au Recueil, point 31], la Cour a également souligné qu'il est important de sauvegarder l'effet utile des inspections comme instrument nécessaire pour permettre à la Commission d'exercer ses fonctions de gardienne du traité en matière de concurrence. Ainsi, afin de sauvegarder l'utilité du droit d'accès de la Commission aux locaux commerciaux de l'entreprise visée par une procédure d'application des articles 81 CE et 82 CE, ce droit implique la faculté de rechercher des éléments d'information divers qui ne sont pas encore connus ou pleinement identifiés (voir, à propos du règlement n° 17, arrêt de la Cour du 21 septembre 1989, *Hoechst/Commission*, 46/87 et 227/88, Rec. p. I-2859, point 27, et ordonnance *Minoan Lines/Commission*, précitée, point 36). »

Dans ce cas précis, bien que le Tribunal cite la jurisprudence CEDH, elle le fait pour confirmer l'autonomie communautaire de la notion d'entreprise, comme elle est développée par la jurisprudence *Roquette Frères* citée, concluant ainsi avec le rejet du recours.

Il ressort clairement de ces récents arrêts qu'il existe une tension entre les deux Cours, l'une, celle de Luxembourg, qui tend à assurer la cohérence et la particularité de l'acquis communautaire et l'autre, celle de Strasbourg, concentrée sur sa mission de sauvegarde des droits de l'homme. Il semble donc particulièrement difficile d'imaginer que l'adhésion puisse à elle seule résoudre ces divergences juridictionnelles.

Il apparaît en effet évident que la Cour de Justice non seulement applique de fait la jurisprudence CEDH à travers le prisme communautaire, mais se garde surtout de reconnaître simplement le caractère contraignant de la Convention et l'autorité suprême de son juge. Ainsi, malgré la richesse des références aux décisions de la Cour européenne des droits, le juge communautaire, dans une perspective strictement orthodoxe, semble présenter la CEDH comme une source de *guidelines* et considère les observations de sa Cour comme des « considérations générales ».

Il est en effet évident qu'utiliser la jurisprudence de la CEDH afin de repérer les limites à la portée des droits qui y sont consacrés, pour légitimer des actes communautaires discutés pour violation des droits fondamentaux, apparaît pour le moins en contraste avec les objectifs de la CEDH même, qui admet certes des dérogations à sa propre garantie, mais seulement quand ces dérogations sont nécessaires pour poursuivre des buts supérieurs qui sont en rapport avec la protection de la société civile. Ce qui ressort de la jurisprudence reportée ici est, certainement, la tension entre deux systèmes qui opèrent et se situent dans deux milieux différents. Il est toutefois nécessaire que, en vue de l'adhésion, des divergences de ce type soient résolues, sachant que les exigences propres au système communautaire pourraient ne pas être réintroduites dans le cadre d'opérativité de la marge d'appréciation étatique attribuée par la CEDH aux parties contractantes, en risquant d'augmenter les cas de violation du droit conventionnel de la part de l'Union.

En particulier, dans un contexte délicat comme celui des droits sociaux, où les protections offertes par la CEDH n'apparaissent pas fortes et les standards proposés sont toujours minimales, l'idée que la Cour de Justice utilise la jurisprudence CEDH afin de justifier des limitations à l'exercice de ces droits, risquerait de créer une course au rabais des standards sociaux, avec un échec évident de toute perspective de correctif social dans le modèle strictement économique de l'Union.

Chapitre 2 : Entre Charte des droits fondamentaux de l'UE et CEDH : quelle place pour les droits sociaux ?

Dans le dernier chapitre, nous avons tenté d'illustrer le rapport entre les jurisprudences des deux cours européennes en matière de reconnaissance des droits fondamentaux. Malheureusement, il n'existe aujourd'hui aucune jurisprudence qui illustre le rapport entre les deux systèmes en matière de droits sociaux. Cependant, l'absence de référence aux droits sociaux dans le dialogue jurisprudentiel européen n'est pas

véritablement une surprise²⁶³, comme le démontre la reconstruction opérée dans cette étude. Ainsi, l'adhésion de l'Union à la CEDH pose la question d'un tel rapport ; en effet, la Charte de Nice introduit dans l'ordre communautaire le thème de la justiciabilité des droits sociaux, mais, en même temps, le Traité de Lisbonne exclut une compétence exclusive de l'Union dans les domaines sociaux.

Au contraire, la jurisprudence EDH reconnaît un grand nombre de droits sociaux²⁶⁴ et, après l'adhésion, on aura la possibilité d'évaluer la justiciabilité de ces droits dans le système communautaire.

Comme nous l'avons répété plusieurs fois, la CEDH constitue aujourd'hui le standard de référence minimum de la protection des droits de l'homme en Europe. D'un côté, cela signifie que les États signataires de la CEDH ne peuvent pas adopter des standards de

²⁶³ Ou contraire la jurisprudence de la Cour de Strasbourg en matière de droits sociaux national è plutôt riche.

Voir en matière de respect de la vie privée, les arrêts *Peck v. UK*, ric. N. 44647/98, *Niemietz* 1992, *Rotaru v. Romania*, 2000 *Amann v. Svizzera* 2000, *Hannover v. Germania*, ric. N. 59320/00 del 2005, *Pretty v. UK*, ric. N. 2346/02, du 24 avril 2002, *X v. Islanda*, ric. N. 6825/74 du 18 mai 1976, par. 87, *Goodwin v. UK*, ric. N. 28957/95 du 11 juillet 2002, avec le commentaire de N.A Moreham, *The right to respect for private life in the European Convention on Human Rights : a re-examination* », *European Human Rights Law Review*, 1/ 2008, p. 44-79. Sur le droit au logement P. Lambert, *Le droit au logement dans la Convention européenne des droits de l'homme, Le droit au logement: vers la reconnaissance d'un droit fondamental de l'être humain*, Actes du colloque du 19 octobre 2007 / organisé par l'Institut des droits de l'homme du barreau de Bruxelles; en partenariat avec l'Institut des droits de l'homme du barreau de Paris ... [et al.]. - Bruxelles : Bruyant : Nemesis, 2009. - p. 13-20.

En matière de santé voir les arrêts *Powell and Rayner c. UK*, ric. N. 9310/81 du 21 février 1990, et *Erikson c. Italie* ric. N. 37900/97 du 9 septembre 1999, *Calvelli c. Italie*, ric. N. 32967/96 du 17 janvier 1996, *H v. Francia*, ric. N. 10073/82 du 24 octobre 1989, *X c. Francia*, ric. 18020/91 du 31 mars 1992, *Burdov c. Russie*, ric. N. 33509/04 du 15 janvier 2009, *Francesco Lombardo c. Italie*, ric. N. 11519/85 du 26 novembre 1992, *Massa c. Italie*, ric. N. 14399/88 du 24 agosto 1993, e *Paskhalidis c. Grèce*, ric. N. 20416/92 e 22857/93 du 19 mars 1997, *Khudobin c. Russie*, ric. N. 59696/00 du 26 octobre 2006, *Kalashnikov c. Russie*, ric. N. 47095/99 du 17 juillet 2002.

En matière de éducation voir G. Van Bueren, *Education : Whose right is it anyway ?*, in Heffernan, L. (ed.) *Human rights. A European perspective*. Dublin : The Round Hall Press - Irish Centre for European Law, 1994, p. 339-349 et les arrêts *Timisishev c. Russie*, ric. N. 55762/00 e 55974/00 du 13 décembre 2000, *Sampanis c. Grèce*, ric. N. 32526/05 du 6 juin 2006, *D e H c. Repubblica Ceca*, ric. N. 57325/00 du 13 novembre 2007.

²⁶⁴ Compris les droits sociaux collectifs. Voir à cet propos J. Sarkin, « Developing the right to work: intersecting and dialoguing human rights and economic policy », *Human Rights Quarterly: a comparative and international journal of the social sciences, humanities, and law*, vol. 33, no. 1 (Feb. 2011), p. 1-42. Et J.-P. Margénaud, *Les droits européens des salariés devant la Cour EDH: une amplification de la méthode d'interprétation évolutive*, in *Les droits sociaux et la CEDH*, Actes du colloque du Concours Habeas Corpus / APIDH (ed.). - Sarrebruck : Editions universitaires européennes, 2010. - p. 28-38 ; I. E. Koch, *Human rights as indivisible rights*, Nijhoff Publisher 2009, p. 230. Et aussi les arrêts *De Santa, Lapalorcia, Abenavoli c. Italie*, ric. N. 25574/94, 25587/94, 25586/94, 25839/94 du 2 septembre 1997 et *Nicodemo c. Italie* du 2 septembre 1997, et *Pellegrin c. Francia*, du 8 décembre 1999.

protection inférieurs, et, de l'autre, qu'ils ont la faculté de prévoir une protection plus large. Ainsi, le standard conventionnel éventuellement plus bas que celui prévu par le droit interne ou par un autre Traité, ne peut pas être utilisé pour diminuer le niveau de protection dérivant de ces derniers (art. 53 CEDH).

Cette double fonction des standards posés par la Convention, qui a pour but d'assurer constamment la prédominance du standard de protection le plus élevé entre droit conventionnel et droit interne, a été repris aussi par la Charte des droits fondamentaux, afin de garantir la coordination entre les dispositions communautaires et les dispositions conventionnelles.

Cependant, le mécanisme prévu par les rédacteurs de la Charte semble avoir au moins deux limites intrinsèques. D'une part, la prévision de l'art. 52.3 n'a de sens que si elle est lue en liaison avec ce qui est décrété par les explications de la Charte, qui n'ont cependant aucune valeur contraignante ; d'autre part, ni la clause de correspondance ni l'article 53 ne font référence à la jurisprudence de Strasbourg, qui, comme nous l'avons dit, est la véritable dépositaire du contenu/interprétation actuel des droits inscrits dans le catalogue conventionnel, et notamment les droits sociaux.

Du premier point de vue, l'absence de caractère contraignant des explications du Praesidium risque de rendre inutile l'affirmation selon laquelle les droits contenus dans la Charte correspondant à ceux de la CEDH, doivent être interprétés de manière conforme à celle-ci. En effet, rien n'exclut que la Cour de Justice – non contrainte par les explications du Praesidium – puisse leur donner une interprétation différente, même et précisément à la lumière du fait qu'aucun renvoi à la Jurisprudence de Strasbourg n'est effectué par la Charte. Actuellement, il est toutefois impossible de faire référence aux droits fondamentaux de la CEDH sans prendre en considération la jurisprudence de sa Cour. Comme nous l'avons déjà montré, la plupart des droits de seconde génération ne sont pas contenus dans le texte de la Convention, mais ils peuvent être tirés de la jurisprudence évolutive de la CEDH. L'absence de références à ce paramètre jurisprudentiel dans la Charte risque de laisser une bonne partie des droits élaborés par la jurisprudence de Strasbourg en-dehors du mécanisme prévu par la Clause de correspondance, et, par conséquent, de créer un déséquilibre précisément dans une matière, celle des droits de

seconde génération, avec une référence particulière aux droits sociaux et économiques, qui méritera peut-être, pour sa nouveauté, une approche conjointe des deux jurisprudences²⁶⁵.

Un deuxième aspect problématique est d'établir concrètement l'opérativité des limites prévues pour jouir des droits de la CEDH, en référence au catalogue communautaire. Si, pour l'interprétation de la Charte de Nice, on fait référence aux droits contenus dans la Convention, on devrait supposer que, pour les droits qui trouvent un correspondant dans la CEDH, les limites aussi devraient reproduire les indications provenant de Strasbourg. Cependant, on souligne en doctrine que les clauses générales de limitation prévues par la CEDH – fondées sur l'ordre/intérêt public – pourraient être interprétées « au sens communautaire » de la Cour de Justice, altérant donc le rapport entre droits CEDH et droits de la Charte. En effet « Eu law does not contain procedural safeguards guaranteeing that the Convention principles will effectively be taken into account when the Charter is the object of interpretation and application. Especially when there is no case law of the European Court on a given point, it may be hard to find the right standard for the interpretation of the corresponding provision of the Charter »²⁶⁶, avec le risque que les juges de Luxembourg effectuent un équilibrage autonome, considérant l'absence dans la Charte d'une notion semblable à celle de « société démocratique » prévue par la CEDH et de sa substitution avec la formule « finalités d'intérêt général reconnues par l'Union »²⁶⁷.

Concrètement, sur 50 articles de la Charte, seulement 11 bénéficient de la possibilité d'application directe de la clause de correspondance. En effet, la Charte contient des droits qui n'ont pas d'équivalent dans le texte de la Convention, d'autant plus qu'il y a des droits dont la reconnaissance est intervenue de manière jurisprudentielle à travers la Cour de Strasbourg : par exemple, le droit à la protection des données personnelles déduit de l'art. 8 de la Convention et mentionné expressément à l'art. 8 de la Charte ; la liberté des médias et leur pluralisme, tirée de l'art. 10 de la Convention et mentionnée expressément à l'art. 11/2 de la Charte ; l'interdiction d'expulsion des étrangers vers un pays où l'intéressé risque d'être soumis à des traitements inhumains, tiré de l'art. 3 de la Convention et

²⁶⁵ Voir M. Fischbach, « Le Conseil d'Europe et la Charte de droits fondamentaux de l'Union européenne », *R. D. U. H.*, Septembre 2000, vol. 12 n. 1-2, p. 8.

²⁶⁶ Voir P. Lemmens, « The relation between the Charter and the ECHR », *Maastricht journal of european and comparative law*, 2001/8, p. 49.

²⁶⁷ Voir U. Villani, « I diritti fondamentali tra Carta di Nizza. Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di costituzione europea », *Diritto dell' UE*, 2004 p. 103.

mentionné expressément à l’art 19/2 de la Charte ; ainsi se pose le problème de savoir si de tels droits « correspondent » ou non à ceux qui sont indiqués dans la CEDH. Le fait que les juges de Luxembourg soient dégagés de l’obligation d’interprétation conforme à la jurisprudence CEDH risque donc de créer un double standard de protection des droits fondamentaux en Europe et en particulier, ceux de deuxième, troisième et quatrième générations.

Cependant, la pratique quotidienne démontre que les deux Cours ne sont pas constamment en compétition et même que précisément l’absence d’obligations hiérarchiques entre les deux *bill of rights*, alimente le dialogue entre les deux, favorisant (ce qui devrait être) un cercle vertueux de protection.

A. L’avenir des droits sociaux en Europe entre doctrine du marge d’appréciation et Charte de Nice

À la lumière de ce qui a été argumenté jusqu’ici, il apparaît de façon évidente que l’adhésion de l’UE à la CEDH, outre les problématiques de type institutionnel et en matière d’accès aux recours, crée des doutes importants quant à la garantie effective d’un standard de protection des droits fondamentaux plus élevé à l’intérieur de l’UE.

En effet, si, d’une part, la jurisprudence de la Cour de Justice apparaît autonome, dans la définition de ses propres standards de protection (à travers l’utilisation du test de proportionnalité typique de cette juridiction), en outre fortement sélective par rapport à l’application de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg (dans le sens que la Cour de Justice, n’ayant pas l’obligation d’interprétation conforme par rapport à la jurisprudence CEDH, semble l’utiliser uniquement dans les cas où celle-ci confirme directement ou indirectement le droit de l’Union), la perplexité la plus grande concerne l’amplitude et la définition de la marge d’appréciation concernant précisément les particularités du droit de l’UE.

Dans l’optique de l’adhésion, il faut en effet se demander comment la théorie de la marge d’appréciation peut évoluer afin d’incorporer les particularités du droit de l’Union parmi celles qui sont admises comme dérogations. Puisqu’il n’est pas possible d’effectuer un

parallèle entre les raisons d'ordre impératif que les États peuvent invoquer pour déroger aux droits de la Convention, et celles que l'Union pourrait faire valoir, se pose le problème de savoir quelle sera l'attitude de la CEDH dans ce sens.

Dans le domaine de la matière sociale, notamment, les dispositions communautaires ne coïncidant pas avec les dispositions de la Convention, tant dans l'amplitude que dans le contenu, sera-il possible d'éviter des conflits entre les deux jurisprudences ? La CEDH pourrait-elle jouer un rôle d'incitation envers la Cour de Justice, en la poussant à changer son propre *modus operandi* dans l'équilibrage des intérêts, en faveur d'une plus grande attention aux droits sociaux fondamentaux ? À la lumière d'une interprétation restrictive de la marge d'appréciation envers des spécificités (toutes économiques) de l'Union, des affaires comme *Viking* et *Laval* pourraient-elles être résolues en faveur des droits sociaux plutôt qu'en défense du marché commun ?

En d'autres termes, est-il possible que l'application différente de la théorie de la marge d'appréciation, concernant les spécificités du système de l'Union, puisse favoriser une meilleure garantie des droits sociaux de la part de la Cour de Justice ? Ou bien la CEDH acceptera-t-elle de jouer un rôle de soumission par rapport au droit de l'Union, à travers une interprétation de la marge d'appréciation qui assimile la protection des quatre libertés fondamentales aux valeurs clé des systèmes nationaux ?

En effet, suite à l'adhésion, on devrait prévoir l'application de la théorie de la marge d'appréciation étatique au droit de l'Union, avec les importantes difficultés liées à la nature juridique de l'Union même.

En particulier, alors que les États peuvent invoquer, comme motifs de dérogation, la protection de la vie démocratique ou de la société, l'Union pourra au maximum invoquer la protection des spécificités propres au système de l'Union, spécificités qui s'incarnent dans la défense des quatre libertés fondamentales et du marché commun.

L'évaluation des spécificités du système Union qui doivent être sauvegardées est en effet tirée non seulement des dispositions de droit primaire, bien entendu, mais aussi de la Cour de Justice à travers l'expérimentation du test de proportionnalité qui, en substance, sert à effectuer un équilibrage entre les intérêts de l'Union et ceux des États ou des individus, dans les cas de droits fondamentaux.

Ainsi, alors que dans le cas de la marge d'appréciation étatique, la dérogation est admise quand elle ne compromet pas de façon discriminatoire un droit fondamental, dans le cas du test de proportionnalité, elle est admise quand elle ne compromet pas le droit de l'Union.

Les deux tests ne sont pas superposables et encore moins compatibles, ni dans leurs buts ni dans leurs modalités pratiques. Cependant, en cas d'adhésion, les deux tests viendraient à être comparés : en effet, la dérogation admise au droit conventionnel sur la base de la marge d'appréciation – dans ce cas communautaire –, devrait se baser sur l'évaluation de la capacité de l'équilibrage, obtenu à travers le test de proportionnalité, à être admis comme dérogation par la Cour de Strasbourg. C'est-à-dire que le test de proportionnalité communautaire devrait être évalué comme étant capable de garantir la sauvegarde des spécificités de l'Union et, par conséquent, la proportionnalité du non-respect du droit de l'individu, et rentrant donc dûment dans le cadre d'application de la marge d'appréciation.

À la lumière d'une adhésion de l'UE à la CEDH, le problème est donc de savoir comment la théorie de la marge d'appréciation étatique peut s'appliquer à l'Union, et si son interprétation sera élargie ou restreinte.

En effet, la marge d'appréciation pourrait être invoquée par l'Union même afin de sauvegarder des choix normatifs qui sont en contraste avec la Convention²⁶⁸.

En matière de droits sociaux particulièrement, la marge d'appréciation (de l'UE) pourrait devenir le bouclier derrière lequel la Cour de Justice pourrait se protéger du contrôle de la CEDH : par exemple en matière de grève, répétant des arrêts comme *Viking* et *Laval*, sur la base de dérogations dérivant de la protection des spécificités du système UE.

D'un deuxième point de vue, on peut s'interroger sur le fait que même la doctrine de la protection équivalente continuera d'inspirer la Cour de Strasbourg quand cette dernière sera appelée à examiner la compatibilité des actes adoptés par l'UE avec la CEDH, sachant que cette doctrine, comme nous l'avons dit, implique un niveau de contrôle réduit, permettant aux États parties de respecter les obligations dérivant de la participation à d'autres organisations internationales comme la CE/UE, sans exclure leur responsabilité au sein de la Convention.

Bien que la réalisation de cette dernière hypothèse semble pour le moins vraisemblable, elle nous paraît non seulement juridiquement injustifiée mais aussi politiquement

²⁶⁸ Voir dans ce sens affaires joints C-402/05 P e C-415/05 P, *Kadi e Al Barakaat c. Consiglio*, point 308.

inoportune. D'un point de vue juridique, une fois que l'Union deviendra partie contractante de la Convention, les États membres de l'Union et de la Convention ne se trouveront plus, en effet, devant la nécessité/difficulté de concilier le respect de deux différentes catégories d'obligations internationales potentiellement en conflit. À ce sujet, il faut remarquer que même la concurrence entre les deux Cours, pour acquérir le statut de "constitutional symbol" sur l'échiquier européen, pourrait produire un effet positif sur la protection des droits fondamentaux : si la Cour de Luxembourg, jusqu'à aujourd'hui totalement réticente à exercer son propre contrôle sur les actes des Institutions européennes en matière de droits fondamentaux, veut « gagner la partie pour la primauté, elle pourra difficilement insister encore dans la demande d'accorder cette immunité aux actes de l'Union ».

Ainsi, la réalisation d'une politique des « deux pays deux mesures » dans le système européen signale une rupture au centre du système de protection des droits fondamentaux, « un revers délicat » de la jurisprudence de Luxembourg qui a toujours résolu le dilemme entre les exigences de maintenir le rôle de garant de l'équilibre institutionnel de l'Union et de protection des droits fondamentaux également envers les Institutions, en faveur des premières²⁶⁹.

Il est particulièrement significatif de souligner que le processus d'adhésion au droit du Conseil d'Europe concerne exclusivement l'adhésion à la CEDH, mais pas celle aux autres Chartes de droits et, notamment, pas à la Charte sociale européenne.

Certes, la nature juridique différente de cet instrument et sa subsidiarité dans le système des sources du Conseil d'Europe, peuvent fournir une première explication de la raison pour laquelle l'Union n'a pas décidé d'y adhérer. Cependant, si, d'une part, il y a eu de nombreuses propositions dans ce sens, il est d'autre part indubitable que la Charte sociale européenne est un instrument qui a influencé l'évolution du droit social européen²⁷⁰.

²⁶⁹ Voir M. Shapiro, *The European Court of Justice*, in P. Craig, G. De Burca (eds), *The evolution of EU Law*, Oxford University Press, 1999, p. 343 ; A. Von Bogadney, *Comunità di diritti fondamentali come meta dell'integrazione? I diritti fondamentali e la natura dell'Unione europea*, *Diritto pubblico*, 2001, p. 882; C. Pinelli, *I diritti fondamentali in Europa*, op. cit..

²⁷⁰ Voir J.-F. Akandij-Kombe, *Charte sociale européenne*, p. 159 s, et F. Sudre « Le protocole additionnel à la CSE prévoyant un système de réclamation collective », *Revue générale de droit international public (RGIDP)*, 1996, n. 3, p. 715-739. F. Sudre « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme: un exercice de «jurisprudence fiction» », *Revue trimestrielle des droits de l'homme (RTDH)*, n. 55, 2003, p. 755-779.

Le texte du Traité de Lisbonne semble néanmoins “oublier” cet instrument, par rapport à l’Acte Unique Européen de 1986 qui lui reconnaissait au contraire, dans le Préambule, la même importance, par rapport à la CEDH, dans la promotion de la démocratie à travers les droits fondamentaux. En effet, à l’actuel art. 151 TFUE, bien que reprenant l’art. 136 TCE, le Traité se limite à établir que : « l’Union et les États membres, conscients des droits sociaux fondamentaux, tels que ceux énoncés dans la charte sociale européenne signée à Turin le 18 octobre 1961 [...], ont [des] objectifs », prenant ainsi une signification avant tout symbolique, mais aussi d’une remarquable importance au niveau pratique. Ainsi, à son tour, l’art. 153 TFUE, *ex art.* 137 TCE, précise, au premier alinéa, que pour atteindre les objectifs établis dans l’art. 151 TFUE, l’Union se limite à soutenir et compléter l’action des États membres et que les dispositions adoptées par l’UE « ne portent pas atteinte à la faculté reconnue aux États membres de définir les principes fondamentaux de leur système de sécurité sociale et ne doivent pas en affecter sensiblement l’équilibre financier » (alinéa 4).

Toutefois, en analysant le texte de la Charte de Nice, il résulte que pas moins de 15 de ses articles (sans compter les paragraphes) s’inspireraient de dispositions de la CSE ou de la CSER. Malgré cette donnée, la jurisprudence communautaire a toujours été réticente à se référer à la Charte sociale européenne comme source, ne serait-ce que simplement réognitive, des droits sociaux²⁷¹.

D’autre part, les États membres de l’UE sont contraints par la Charte de Nice ainsi que par la CSE et/ou par la CSER, puisque tous sont distinctement membres du Conseil d’Europe

²⁷¹ Beaucoup des droits sociaux reconnus par la Charte de Nice correspondent à celles de la Charte Sociale européenne. En particulier l’art. 14 Charte de Nice (Droit à l’éducation) correspond à l’art. 10 CSE; le § 1 du l’art. 15, (liberté professionnelle et droit au travail) à l’art. 1, § 2, CSE, le § 3 de l’art. 15 Charte de Nice à le § 4 de l’art. 19 CSE; l’art. 21.1 (Non discrimination) des articles 20 et E (Part V) CSER; l’art. 23.1 (Parité entre homme et femme) à l’art. 20 CSER; l’art. 25 (droit des vieillards) à l’art. 23 CSER; l’art. 26 (Intégration des personnes handicapées) à l’art. 15 CSE; l’art. 27 (droit à l’information et à la consultation des travailleurs au sein de l’entreprise) à l’art. 21 CSER; l’art. 28 (Droit de négociation et d’actions collectives) à l’art. 6 CSE; l’art. 29 (Droit d’accès aux services de placement) à l’art. 1, § 3, CSE; l’art. 30 (Protection en cas de licenciement injustifié) à l’art. 24 CSER; l’art. 31.1 (Conditions de travail justes et équitables) à l’art. 3 CSE et à l’art. 26 CSER; l’art. 31.2 dall’art. 2 CSE; l’art. 32 (Interdiction du travail des enfants et protection des jeunes au travail) à l’art. 7 CSE; l’art. 33.1 (Vie familiale et vie professionnelle) à l’art. 16 CSE; l’art. 33.2 à l’art. 8 CSE e dall’art. 27 CSER; l’art. 34.1 (Sécurité sociale et aide sociale) à l’art. 12 CSE; l’art. 34.2 à l’art. 12, § 4, et à l’art. 13, § 4, CSE; l’art. 34.3 à l’art. 13 CSE et à les articles 30 et 31 CSER; l’art. 35 (Protection de la santé) à les articles 11 et 13 CSE.

et ont ratifié la CSE et/ou la CSER, et pourtant il n'existe aucune coordination entre les instruments respectifs de protection.

En effet, on ne peut ignorer, sans parler du reste, que la non-adhésion de l'UE à la CSE-CSER risque de produire des conséquences précisément sur le plan pratique, jurisprudentiel, puisque face à des décisions contrastantes sur le même objet de la part de la Cour de Luxembourg et du Comité Européen des droits Sociaux (CEDS), les opérateurs juridiques nationaux se trouveraient pour le moins dans un sérieux embarras, ne pouvant pas utiliser la même clause interprétative complétée dans l'art. 52.3 de la Charte de Nice. Mais plus encore : considérant le poids juridique différent des deux systèmes (et en vue de l'adhésion à la CEDH, de la possible convergence de la jurisprudence EDU) force est de reconnaître que les juges internes préféreront ne pas s'éloigner des interprétations fournies par la Cour de Justice, avec, par conséquent, l'exclusion de solutions davantage centrées sur la valorisation de l'élément social.

Comme certains l'ont très justement écrit, ce qui semble alors certainement nécessaire est de « favoriser le rééquilibre des valeurs, à travers les mécanismes de la solidarité entre les États et à l'intérieur de chacun d'entre eux, par rapport aux règles du marché et de la concurrence, pour éviter que l'Europe sociale, éternelle cendrillon par rapport aux raisons de l'orthodoxie macréconomique et aux impératifs de la globalisation des marchés, succombe dans la perception et dans les espoirs des citoyens, ne survivant que dans les rêves et dans les écrits des exégètes »²⁷².

L'adhésion de l'Union européenne à la CEDH et les autres nouveautés introduites par le Traité de Lisbonne, pourraient agir comme incitation pour le développement d'une politique européenne active, même en matière de droits sociaux fondamentaux, une protection promotionnelle à juxtaposer à la protection judiciaire déjà existante. De nombreux facteurs ont, jusqu'ici, perturbé les équilibres entre politique et juridiction en matière de droits fondamentaux, dont certains peuvent être rappelés en suivant un ordre chronologique : pensons avant tout à l'expérimentation de nouvelles stratégies en matière de droits sociaux et de lutte contre la discrimination ; à la valorisation croissante de la

²⁷² G. Tiberi, « L'effettività dei diritti fondamentali nell'Unione Europea: verso una politica dei diritti fondamentali decisa a Bruxelles? » *Astrid Rassegna* n. 62, anno 3 n. 21, 21.12.2007 ; P. Alston J.H.H. Weiler, An «Ever closer Union» in Need of a Human Rights Policy, in *The EU and Human Rights*, Oxford, 1999.

Charte sociale européenne tant au niveau européen, notamment au sein du Comité européen des droits sociaux, qu'au niveau national, à la procédure introduite par le Traité de Nice impliquant l'attribution à la Commission du pouvoir de proposer au Conseil de constater la violation grave de la part d'un État membre des principes prévus par l'art. 6.1 TUE ; l'adoption de la part du Conseil européen, datant de novembre 2004, du Programme de l'Aia ; la disposition normative de l'art. 51 de la Charte qui prévoit que l'Union et les États « respectent les droits, observent les principes et en incitent l'application selon les compétences respectives » ; la diffusion du recours à l'analyse d'impact de la réglementation, en vertu des décisions de la Commission de mars 2001 et de mai 2005 ; la récente institution de l'Agence de l'Union européenne pour les droits fondamentaux ; ou encore le mémorandum d'accord entre l'Union européenne et le Conseil d'Europe pour le développement de la coopération réciproque.

Les initiatives mentionnées ci-dessus semblent toutes aller dans le sens d'une importante exigence de dépasser la dyscrasie entre politique et juridiction dans la protection des droits fondamentaux en Europe. Une nouvelle ligne directrice annonciatrice d'objectifs importants et encore inédits, mais qui se place dans l'axe de la promotion de l'"effectivité" des droits fondamentaux dans l'Union européenne, également des droits sociaux, thème qui, comme l'a affirmé la doctrine la plus éminente, représente le véritable "défi du constitutionalisme contemporain"²⁷³.

²⁷³ Voir Onida, *Spunti in tema di Stato costituzionale e di diritti fondamentali*, op. cit., p. 59.

Conclusion

Le cadre normatif communautaire des droits sociaux soulève de nombreuses perplexités en ce qui concerne la discipline positive de situations juridiques et l'extension à ces droits de la nature de droits inviolables et, par là, de principes suprêmes constitutifs du système juridique démocratique, et, enfin, leur caractère 'justiciable'. La question qui se pose est celle de l'existence d'un raccord entre le principe d'égalité formelle et le principe de non discrimination, comme dans les traditions constitutionnelles communes les plus avancées des Etats membres de l'Union Européenne. Les dispositions de la Charte sur l'égalité substantielle (artt. 20, 21 et 23) semblent limiter ce principe au domaine des rapports entre les sexes et exclusivement sous la forme spécifique de l'action positive.

Pour ces raisons, la discipline des droits sociaux de l'Union ne correspond pas à sa conception dans les systèmes constitutionnels nationaux à base sociale, dans lesquels "les droits sociaux sont imaginés comme une condition *a priori* de l'action des pouvoirs publics et les intérêts sociaux qui y sont liés comme de simples *reflexinteresse*"²⁷⁴. Ce qui émerge de ces droits, dans l'action et pour la réalisation des finalités du système juridique européen, est donc leur fonction d'instrument - on pourrait même dire leur 'fonctionnalisation' - pour les exigences de développement économique et de compétitivité du marché commun européen.

Dans le contexte plus général de la politique sociale de l'Union, règlementée par le Titre X du TFUE (art. 151-161), et de la mise en évidence que leur reconnaissance constitutionnelle ne modifie pas l'organisation des compétences de l'Union, les droits sociaux se transforment en paramètres de légitimité normative qui n'assument plus une validité intrinsèque mais une nature de droits complémentaires aux libertés économiques et réservent leur reconnaissance et leur tutelle aux Etats membres.

Dans la construction du système juridique de l'Union, les droits sociaux conservent, donc, la nature

de droits 'résiduels' et 'instrumentaux' pour les objectifs économiques du marché unique européen. Cette nature a été confirmée, par exemple, par la directive du Parlement européen et du Conseil sur les services du marché intérieur (contrasté par les Parlements nationaux et, surtout, par des forces et des mouvements sociaux et culturels), qui a été finalisée,

²⁷⁴ Voir Luciani M., "Diritti sociali e ... *cit.* Dans le même sens cfr. aussi G. Azzariti, "Uguaglianza e solidarietà nella Carta ... *cit.*

dans l'intention du propositur et de la Commission, à "... établir un cadre juridique qui élimine les obstacles à la liberté d'établissement des fournisseurs de services et à la libre circulation des services entre les Etats membres, et garantisse aux fournisseurs et aux destinataires des services la sécurité juridique nécessaire à l'exercice de ces deux libertés fondamentales du traité"²⁷⁵.

Ainsi, la normative de l'Union en matière sociale se limite encore à régler des dispositions programmatiques, en prévoyant de simples 'objectifs', bien que renforcés par rapport au contenu matériel des formulations de traités. En d'autres termes, de véritables contenus prescriptifs feraient défaut pour la réalisation des institutions européennes, si ce n'est dans l'optique de la 'fonctionnalité sociale' du marché commun, pour assurer, comme nous l'avons déjà souligné, la "compétitivité de l'économie de la Communauté".

La Cour de Justice a suivi cette orientation lorsqu'elle a établi, après avoir assumé en un premier temps l'existence de limitations aux droits économiques²⁷⁶, que les droits fondamentaux reconnus par la Cour n'apparaissent pas comme des prérogatives absolues et doivent être considérés en relation à leur fonction dans la société. Il est donc possible de poser des restrictions à l'exercice de ces droits, en particulier dans le cadre d'une organisation commune de marché, pourvu que ces restrictions répondent effectivement aux objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté et ne se résolvent pas, étant donné leur but, en une intervention disproportionnée et inadmissible qui serait préjudiciable à la substance de ces droits"²⁷⁷.

L'inclusion même des droits sociaux dans la Charte de Nice semble identifier une solution interlocutoire, depuis l'absence d'un critère interprétatif adéquat pour le Juge de Luxembourg, à la fixation des niveaux essentiels des droits sociaux.

²⁷⁵ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, *JO L 376 du 27.12.2006*, p. 36–68.

²⁷⁶ Voir arrêt 14 mai 1974, *Nold*, cause 4/73, *Rec.*, 1974, p. 491; arrêt 13 décembre 1979, *Hauer*, cause 44/79, *Rec.*, 1979, p. 3727, pour laquelle voir entre autres F. Mancini, "La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di Giustizia delle Comunità europee", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, n. 1.

²⁷⁷ Arrêt *Wachauf*, sent. 13 juillet 1989, cause 5/88, *Rec.* 1988, p. 2609, où la CGCE reconnaît que "les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour garantit le respect. Dans cette tâche elle est tenue à se conformer aux traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, de façon à ce que des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus par les constitutions de ces états ne puissent pas être admis dans la Communauté". Sur ce point v. aussi, entre autres, U. De Siervo, "L'ambigua redazione della Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione Europea", in *Diritto pubblico*, 2001.

Deuxièmement de la comparaison des systèmes européens ressort l'importance des réformes et transformations qui y ont été opérées dans la dernière décennie, à la suite de difficultés d'ordre économique ou financier, de la persistance d'un chômage élevé mais aussi de la mutation des risques et besoins sociaux (vieillesse de la population, évolution de la famille, etc.). Il en ressort également quelques enjeux majeurs : l'importance du lien entre protection sociale et emploi ; la nécessité de placer femmes et enfants au cœur des nouvelles stratégies de protection sociale ; enfin, l'indispensable négociation des réformes pour une mise en œuvre efficace.

Les systèmes de protection sociale s'articulent d'ordinaire autour de plusieurs grandes branches - pensions, santé, soutien de la famille, invalidité, assistance sociale, etc. - qui sont gérées de manière autonome, avec leurs propres règles et règlements concernant l'ouverture des droits aux prestations et leur application.

Sous l'impact de la crise économique, les systèmes sociaux des États membres ont néanmoins toutes évolué. Mais chacune d'elles a continué à suivre sa propre voie. Confrontés à des difficultés semblables, dues à des facteurs internationaux (mondialisation des échanges, flux migratoires...), domestiques (vieillesse de la population, essor de l'emploi des femmes) et propres aux systèmes eux-mêmes (arrivée à maturité des régimes de retraite...), les systèmes n'ont pas à faire face aux mêmes problèmes et, par conséquent, n'y apportent pas les mêmes réponses.

Au-delà de la crise actuelle, les États membres sont confrontés à de nombreux défis communs, qu'il s'agisse du vieillissement démographique ou de la mondialisation, qui s'accompagnent d'une hausse du chômage et de l'exclusion sociale.

En matière économique, la mondialisation accroît la compétition par les coûts – notamment salariaux- pour les entreprises, et la compétition fiscale entre États. Elle engendre une pression à la stabilisation voire à la réduction des dépenses sociales publiques. Au pire, cette nouvelle situation économique mondiale pourrait engendrer des stratégies de « dumping social » de la part d'entreprises ou d'États qui sacrifieraient tout ou partie de leurs politiques sociales afin de produire à des prix suffisamment bas pour s'imposer face à des produits de coût voire de qualité supérieure.

Si la mondialisation ne remet pas en cause le fait de maintenir ou de développer des politiques sociales, il se pourrait en revanche qu'elle remette en cause la capacité des États

membres à décider du type de politique sociale qu'il convient de mettre en œuvre. En effet, l'interdépendance des économies européennes a considérablement érodé la capacité d'action et l'autonomie des Etats membres.

Outre la mondialisation, l'environnement économique des politiques sociales est caractérisé par d'autres transformations profondes. Les principaux secteurs d'activité qui se sont développés au cours des deux dernières décennies dans les pays européens se situent dans le domaine des services. Cette modification de la structure productive des économies de l'Union, qui va des secteurs agricoles et industriels vers les secteurs des services, a un impact important sur le marché du travail et sur les infrastructures sociales qui y sont associés. Les États-providence occidentaux ont été développés en pleine croissance des activités industrielles, caractérisées par des gains de productivités très importants, et ne correspondent peut-être plus à une structure productive post-industrielle. On peut notamment craindre que le ralentissement de la croissance des gains de productivité résultant de la tertiarisation des économies ne permette plus de financer une augmentation rapide des dépenses sociales, comme cela fut possible des années 1960 au milieu des années 1980.

En effet, certaines *mutations sociales* ont eu un impact direct sur les États-providence : diversification des modèles familiaux ; arrivée massive des femmes sur le marché du travail ; vieillissement de la population.

Dans ce nouveau schéma des politiques économiques, les dépenses de protection sociale et l'Etat ne trouvent plus la même place. Il s'agit d'adapter les systèmes de protection sociale à une politique d'offre et non plus de demande. Selon les nouvelles normes économiques, l'État providence doit être mis au service de la compétitivité. Les réformes doivent rendre les systèmes de protection sociale plus favorables à l'emploi, d'une part en réduisant leur coût (notamment les charges sociales qui pèsent sur le travail) et non plus en augmentant les dépenses sociales, et d'autre part en développant des incitations vers le retour à l'emploi.

L'exposition des pays membres à la concurrence sociale et fiscale est particulièrement élevée dans un contexte de libre circulation des marchandises, des capitaux, et des travailleurs, et les contraintes de financement de la protection sociale sont renforcées par les critères de finances publiques imposés par le Pacte de Stabilité.

Tout d'abord, une harmonisation a niveau d'Union, des prélèvements fiscaux et sociaux permettrait d'éviter une concurrence entre les pays membres, qui risque soit de diminuer le niveau de couverture sociale dans l'ensemble de la zone, soit d'évincer d'autres types de dépenses publiques (en particulier celles d'investissement, de recherche, d'éducation...), alors même qu'elles sont favorables à la croissance de long terme.

Quoi qu'il en soit, il importe de garder en mémoire que le champ d'intervention de l'Union européenne en matière sociale ne recouvre pas celui des politiques sociales nationales. Le rôle de l'Union est subsidiaire par rapport à celui des États membres. Il convient donc de prendre la juste mesure de ce que peut être l'Europe sociale et de ne pas attendre de l'Union qu'elle fasse ce que ses compétences ne lui accordent pas.

Ces observations permettent de argumenter que la véritable faiblesse de l'Europe sociale reste l'impossibilité de surmonter les limites rédactionnelles et axiologiques des traités et surtout la répartition de compétences entre États membres et Union.

Il semble toujours que au niveau européen, la politique sociale est perçue soit comme un moyen de faciliter l'achèvement du marché intérieur - en particulier la libre circulation des travailleurs -, soit comme un instrument destiné à panser les plaies engendrées par certaines règles économiques. Mais on doit également ajouter qu'il serait faux de dire que toutes les politiques sociales européennes visent l'achèvement du marché intérieur ou sont conçues comme le simple pendant de celui-ci. Les règles édictées en matière de lutte contre les discriminations ou la proposition de directive relative au congé de maternité en témoignent. De même, les communications de la Commission qui portent sur des sujets tels que l'inclusion active, la lutte contre la pauvreté ou l'exclusion sociale évoquent des défis auxquels l'ensemble des États membres sont confrontés, sans pour autant être le fait du marché intérieur.

En guise de conclusion, on doit constater un défaut de indications en faveur d'une justiciabilité des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union. En effet la justiciabilité des droits sociaux n'est pas simplement l'inscription des droits sociaux dans l'arsenal juridique de l'Union, leur conférant une légitimité et une force ; elle est aussi et surtout l'inscription de la ressource juridique dans les outils de la lutte contre l'injustice sociale.

Une telle attitude est politique et n'appartient qu'aux Etats membres chargés de conduire la politique globale de l'UE mais est, aussi, soutenue par la Cour de justice qui non semble intéressé a un revival de son jurisprudence héroïque dans la matière sociale. En tout cas l'objet de cette contribution est tout simplement de démontrer que la reconnaissance de la justiciabilité des droits sociaux fondamentaux n'est pas logiquement impossible mais nécessite d'un fort support politique et financier.

Par ailleurs, la construction européenne repose encore sur l'idée que la création d'un espace multinational économique constitue un facteur d'accélération de la croissance et de réduction des inégalités entre les pays, exerçant des effets automatiques et positifs sur l'emploi et la cohésion sociale.

Il convient d'espérer que cette nouvelle crise pourra servir de déclic pour relancer l'Europe sociale comme le premier choc pétrolier avait été à l'origine du premier programme social communautaire dans les années soixante-dix. Elle peut constituer une réelle occasion pour renforcer le « modèle social européen », ce socle de valeurs commun aux États membres, qui constitue une partie de l'identité européenne. L'Union européenne doit encourager les États membres à consolider leurs régimes de protection sociale. Elle doit également compléter les mécanismes de retour à l'emploi mis en place au sein des États membres, au travers d'actions spécifiques en faveur de la formation professionnelle, de la mobilité géographique et des aides sociales.

Table des matériels

La justiciabilité des droits sociaux dans l'Union Européenne

Titre Préliminaire : Les droits sociaux dans l'ordre juridique des Etats membres

Chapitre 1 : Les droits sociaux entre Etats membres et Union Européenne

Chapitre 2 : Les modèles européens des droits sociaux

Partie I : Droits sociaux et Union Européenne

Titre 1: Les droits sociaux dans l'Union Européenne : reconnaissance et évolution

Chapitre 1 : De l'Acte Unique Européen au Traité de Nice

A. Les droits sociaux et la répartition des compétences

Chapitre 2 : L'intégration négative des libertés économiques et le rapport avec les systèmes nationaux d'Etat-providence

A. La citoyenneté européenne et le problème de la convergence des systèmes nationaux de la sécurité sociale

Titre 2 : Les droits sociaux et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

Chapitre 1 : Le principe de solidarité dans l'ordre juridique communautaire

A. L'effet de la directive 2004/38 dans le domaine de la sécurité sociale

B. La mobilité des étudiants dans le cadre du programme Erasmus

C. L'extension de l'application de l'article 49 aux services d'assistance médicale

Chapitre 2 : Le principe de non-discrimination

A. Le principe d'égalité de traitement et le travail

B. Le droit de résidence et l'accès *cross-border* aux services de sécurité sociale

Partie II : L'Europe sociale entre Union et CEDH

Titre 1 : La liberté de prestation de services et la matière sociale

Chapitre 1 : L'agenda de Lisbonne, la méthode ouverte de coordination et les nouvelles perspectives de gouvernance en matière sociale

A. Le méthode ouverte de coordination

B. La flexisécurité

Chapitre 2 : La Charte des droits fondamentaux : indivisibilité des droits et nouveau rôle des droits sociaux

A. Droits sociaux, principes et droits sociaux collectifs

B. La question des « opting-out »

Titre 2 : Les rapports entre Union européenne et CEDH

Chapitre 1 : L'adhésion de l'Union à la CEDH

A. La Cour de Strasbourg et la Cour de Luxembourg : rivalité ou affinité?

B. L'application de la CEDH dans l'ordre juridique communautaire

Chapitre 2 : Problématiques concernant l'adhésion de l'Union Européenne à la CEDH

A. L'avenir des droits sociaux en Europe entre doctrine du marge d'appréciation et Charte de Nice

Conclusion

Bibliographie

ARTICLES DE DOCTRINE

CHAIERS DE DROIT EUROPÉEN

J. C. Schlosem, « A propos de la Circulation des étudiants: vers un fédéralisme financier européen? », *Chaiers de droit européen*, 1989, p. 309-310 ;

O. De Schutter e Y. Lejeune, « L'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme, a propos de l'avis 2/94 de la Cour de justice des Communautés », *Chaiers de droit européen*, 1996, p. 555 ;

COLUMBIA JOURNAL OF EUROPEAN LAW

D. Trubek, « New governance and legal reorganization: complementarity, rivalry or transformation », *Columbia Journal of European Law*, 2007, pp. 539-564 ;

G. S. Katrougalos, « The Implementation of Social Rights in Europe », *The Columbia Journal of European Law*, 1996, pp. 277 - 316, spéc. p. 278 ;

G. S. Katrougalos, « The Implementation of Social Rights in Europe », *Columbia Journal of European Law*, 1996, pp. 277 - 302 spéc. p. 277 ;

J. Baquero Cruz, « La protección de los derechos sociales en la comunidad europea tras el tratado de Amsterdam », *Revista de derecho comunitario*, 1998, pp. 639 - 666, spéc. p. 641 ;

COMMON MARKET LAW REVIEW

A. Castro Oliveira, « Workers and other persons: step -by-step from movement to citizenship — Case Law 1995-2001 », *Common Market Law Review* n.39, 2002 ;

A. Von Bogdandy, « The European Union as a human rights organization? Human rights and the core of the European Union », *Common Market Law Review*, 2000, p. 1333 ;

C. Tomuschat, « Nota sur l'arrêt *Martinez Sala* », *Common Market Law Review*, 2000, p. 455 ;

Douglas-Scott, « A tale of two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European human rights acquis », *Common Market Law Review*, 2006, Vol. 43, 3, p. 639 ;

E. Spaventa, « From Gebhard to Carpenter: towards a (non)-economic European constitution », *Common Market Law Review*, 2004, p. 743-773 ;

E. Spaventa, « Seeing the wood despite the trees? On the scope of Union citizenship and its constitutional effect », *Common Market Law Review*, 45, 2008, p. 40 ;

G. Gaja, « Opinion 2/94 » , *Common Market Law Review*, 1996, p.973 ;

J. Coppel e A. O'Neil, « The European Court of Justice: Taking Rights Seriously? », *Common Market Law Review*, 1992, pp. 669 ss ;

L. Hancher et W. Sauter, « One step beyond? From Sodemare to Docmorris: the EU's freedom of establishment case law concerning healthcare » , *Common Market Law Review*, 47, 2010 pp. 117-146 ;

M. Dougan, « Fees, Grants, Loans and Dole Cheques: Who Covers the Costs of Migrant Education Within the EU ? » *Common Market Law Review* vol 42, 2005 p. 943-986 ;

M. Dougan, « The Treaty of Lisbon 2007: Winning minds, not hearts », *Common Market Law Review*, 2008, p. 617 ;

V. G. Hatzopoulos, « Killing national health and insurance systems but healing patients? The european market for healthcare services after the judgement of the ECJ » *Common Market Law Review*, 39, p. 683 ;

« Editorial comments. Relations between international courts and community courts: Mutual deference or subordination ? », *Common Market Law Review*, 2005, pp. 584-585 ;

CYELS

S. Deakin, « Two types of reJolatory competition: competitive federalism versus reflexive harmonization. A law and economics perspective on “centros” », *CYELS*, 1999, n.2, pp.231 ss ;

T. Harvey, « The current legal framework on the right to seek healthcare abroad in the European Union » , *CYELS*, 2007, 9, p. 261 ;

RIVISTA INTERNAZIONALE DEI DIRITTI DELL'UOMO

B. Conforti, « Note sui rapporti tra diritto comunitario e diritto europeo dei diritti fondamentali », *Riv. Inetrnaz. Dir. Uomo*, 2000, p. 4 ;

M. De Stefano, « L'Unione europea e la convenzione di salvaguardia dei diritti dell'uomo. Ipotesi sui futuri rapporti Corte europea-Corte di Giustizia: una Corte costituzionale per l'Europa ? », *Riv. Internaz. Dir. Uomo*, 1998, p. 59 ;

DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

A. Barbera, « *La Carta europea dei diritti: una fonte di ricognizione?* » , *Il diritto dell'Unione Europea*, 2-3/2001, p. 241 ;

C. Pinelli, « *Judicial Protection of human rights in Europe and the limits of the judge-made system* » , *Il diritto dell'Unione Europea*, 1996, p. 1005-1006 ;

E. Pagano, « *I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht* » , *Il diritto dell'Unione Europea*, 1996, p. 163 ;

E. Pagano, « *I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht* » , *Il diritto dell'Unione Europea*, 1996, p. 169 ;

L. S. Rossi, « *Il parere 2/94 sull'adesione della comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo* » , *Il diritto dell'Unione Europea*, 1996 p. 843 ;

S. Amadeo, « *Il protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta a Polonia e Regno Unito e la tutela "asimmetrica" dei diritti fondamentali: molti problemi, qualche soluzione* » , *Il diritto dell'Unione Europea*, Anno XIV Fasc. 3 – 2009, p. 84 ;

S. Giubboni, « *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario. Una rilettura alla luce della Carta di Nizza* » , *Il diritto dell'Unione Europea*, 2003, pp. 325 - 356, spéc. p. 326 ;

S. Giubboni, « *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario* » , *Il diritto dell'Unione Europea*, nn. 2-3/2003 ;

U. Villani, « *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza. Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di costituzione europea* » , *Il diritto dell'Unione Europea*, 2004 p. 103 ;

DIRITTO PUBBLICO

A. Von Bogadney, *Comunità di diritti fondamentali come meta dell'integrazione? I diritti fondamentali e la natura dell'Unione europea*, *Diritto pubblico*, 2001, p. 882 ;

U. De Siervo, « *L'ambigua redazione della Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea* » , *Diritto pubblico*, 1/2001, p. 50 ;

EUROPEAN HUMAN RIGHTS LAW REVIEW

C. Costello, « The Bosphorus ruling on the European Court of Human Rights: fundamental rights and blurred boundaries », *European Human Rights Law Review*, 6(1), 2006, p. 87 ;

N. A. Moreham, « The right to respect for private life in the European Convention on Human Rights : a re-examination » , *European Human Rights Law Review*, 1/ 2008, p. 44-79 ;

S. O'Leary « Current topic: Accession by the European Community to the European Convention on Human Rights, The Opinion of the ECJ » , *European Human Rights Law Review*, 1996, p. 362 ;

T. Lock, « Beyond Bosphorus: the European Court of Human Rights Case law on responsibility of member states of International Organizations under the European convention on human Rights » , *European Human Rights Law Review*, 10/2010, p. 529 ;

EUROPEAN LAW REVIEW

C. Jeorges, « What is Left of the European Economic Constitution ? A Melancholic Eulogy », *European Law Review*, 2004, pp. 461 ss., p.471 ;

D. Ashiagbor, « EMU and the shift in the European labour law agenda: from Social Policy to Employment Policy » , *European Law Journal*, 2001/ 7, p. 311 ;

D. Kostakopoulou, « European Union Citizenship: writing the future of Europe », *European Law Journal*, 2007, 591-610, spéc. p. 624 ;

E. Dougan, « The constitutional dimension to the case law on Union citizenship », *European Law Review*, 2006, 613-641, spéc. p. 625 ;

F. G. Jacobs, « Human Rights in the European Union: the role of the Court of Justice », *European Law Review*, 2001, 331-374, spéc. p. 332 ;

F. G. Jacobs, « Citizenship of the European Union- A legal analysis », *European Law Journal*, 2007, p. 591-610 ;

J. Scott, M. Trubek, « Mind the gap: law and new approaches to governance in the European Union », *European Law Journal*, 2002, 8, p. 15 ;

M. Cousin, « Citizenship, residence and social security », *European Law Review*, 2007, p. 386-395 ;

M. Dawson, « The ambition of social Europe in the open method of co-ordination », *European Law Review*, 2009 ;

M. Dougan & E. Spaventa, « Educating Rudy and the (nin-) English patient: A double-bill on residency rights under Article 18 EC », n.28, *European Law Review*, 2003, pagg. 700-704 ;

M. Trubek and L. G. Trubek, « Hard and soft law in the construction of Social Europe: the role of the open method of coordination » *European Law Journal*, No. 3, May 2005, p. 343-364 ;

O. Golyner, « Jobseekers 'rights in the European Union : challenges of chaining the paradigm of social solidarity », *European Law Review*, 2005, p.11-122, spéc. p. 120 ;

S. Giubboni, « Free Movement of Persons and European Solidarity », *European Law Journal*, 2007, p.170-203 ;

S. Simitis, « Dismantling on strengthening labour law: the case of European Court of Justice », *European Law Journal*, 1996, p. 1-57 ;

LAVORO E DIRITTO

F. Carinci, A. Pizzoferrato, « Costituzione europea e diritti sociali fondamentali », *Lavoro e Diritto*, 2000, n. 2, cit. pag. 286 ;

Lord Wedderburn, « Diritto del lavoro: 40 anni dopo » *Lavoro e Diritto*, 2008 p.155 ;

M. Ballestrero, « Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero », *Lavoro e Diritto*, 2008, 2, p.371-392 ;

M. Ballestrero, « Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero », *Lavoro e Diritto*, 2, 2008, p. 271 ;

M. D'Antona, « Mercato unico europeo ed aree regionali deboli: le conseguenze giuridiche », *Lavoro e Diritto*, 1992, pp. 49 ss., spéc. p. 58 ;

RDSS

F. Amato, « La tutela dei diritti fondamentali sociali e del lavoro nella globalizzazione dell'economia », *RDSS*, 2006, 581 ;

S. Giubboni, « Un certo grado di solidarietà. Libera circolazione delle persone e accesso al welfare nella giurisprudenza della Corte di giustizia CE », in *RDSS*, 1/2008 ;

REVUE UNIVERSELLE DES DROITS DE L'HOMME

A. Bultrini , « La responsabilité des états membres de l'Union européenne pour les violations de la CEDH » , *Revue Universelle des droits de l'homme*, 2002 p. 5 ss ;

M. Fischbach, « Le Conseil d'Europe et la Charte de droits fondamentaux de l'Union européenne » , *Revue Universelle des droits de l'homme*, Septembre 2000, vol. 12 n. 1-2, p. 8 ;

RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE

B. Veneziani, « Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario » , *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2000, pp. 779 - 840 ;

S. Borrelli, « Libertà di circolazione e scelta del sistema di protezione sociale più vantaggioso » , *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2006, p. 671 ss ;

OUTRES REVUES

A. Barbera, « La Carta europea dei diritti: una fonte di ricognizione ? » , *Rivista di diritto dell'Ue*, 2001, p. 241 ;

B. Petit, « Un regard juridique sur la dynamique du modèle social européen » , *Droit Social*, 2010, p. 220 ;

Besselink, L., « Dynamics of European and national citizenship: inclusive or exclusive? » , *European Constitutional Law Review*, n. 3, vol. I, 2007, pagg. 1 e 2 ;

C. Costello (dir.), *Fundamental Social Rights : Current European Legal Protection and the Challenge of the UE Charter of Fundamental Rights*, Dublin, Irish Centre for European Law, 2001 ;

C. Marzo, « La définition d'une nouvelle méthode de jugement attachée à la citoyenneté européenne » , *Revue trimestrelle de droit européen*, 2009, 439-458, spéc. p. 444 ss ;

C. Pinelli, « Modello sociale europeo » , *Rivista del diritto e della sicurezza sociale*, 2008, p. 251-270, spéc. p.254 ;

Cannizzaro E., « Sulla responsabilità internazionale per condotte di stati membri dell'Unione europea: in margine al caso Bosphorus » , *Riv. Dir. Internaz.*, 2005 p. 762 ;

D. Castiglione, « From the Charter to the Constitution of Europe? Notes on the constitutionalisation process in the EU », *Queen's papers on Europeanisation*, No 5/2002

Davis, « The effect of Mrs Watt trip to France on the national health service », *King's Law Journal*, 18, p. 157 ;

E. Diciotti, « Paternalismo », *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 16, 2, 1986, p. 557 -586 ;

F. Sabel and J. Zeittin, Active welfare, experimental governance, pragmatic constitutionalism: the new transformation of Europe, Paper presented at the workshop "Opening the MOC", Firenze, European University Institute, 4-5 juillet 2003 ;

F. Sudre « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme: un exercice de « jurisprudence fiction » ? », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n. 55, 2003, p. 755-779 ;

F. W. Scharpf, « The European Social Model : Coping with the Challenges of Diversity », *Journal of Common Market Studies*, 2002, pp. 645 ss, p. 646 ;

G. Bronzini, « Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della Cedu: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa ? », *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2009, II, 975 ;

G. Lyon-Caen, « L'infiltration du droit du travail par le droit de la concurrence », *Droit Ouvrier*, 1992, spéc. p. 313 ;

G. Tiberi, « L'effettività dei diritti fondamentali nell'Unione Europea: verso una politica dei diritti fondamentali decisa a Bruxelles? » *Astrid Rassegna* n. 62, anno 3 n. 21, 21.12.2007 ;

G. Tiberi, « La questione dell'adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo al vaglio della Corte di Giustizia », *Riv. it. Dir. Pubbl. com.*, 1997, p.437

H. Hernes, Scandinavian Citizenship, *Acta Sociologica*, spéc. p. 199, 1988 ;

Helena Bončková, Hubert Smekal, « Fragmentace společných hodnot? Výjimky z Listiny základních práv Evropské unie /Fragmentalization of Common Values? Opt-outs from the Charter of Fundamental Rights of the European Union », *Soucasna Evropa*, 02, 2010 ;

J. Sarkin, « Developing the right to work: intersecting and dialoguing human rights and economic policy », *Human Rights Quarterly: a comparative and international journal of the social sciences, humanities, and law*, vol. 33, no. 1 (Feb. 2011), p. 1-42 ;

J.-F. Akandij-Kombe, *Charte sociale européenne*, p. 159 s, et F. Sudre « Le protocole additionnel à la CSE prévoyant un système de réclamation collective », *Revue générale de droit international public*, 1996, n. 3, p. 715-739 ;

J.-P. Margénaud, « Les droits européens des salariés devant la Cour EDH: une amplification de la méthode d'interprétation évolutive, in Les droits sociaux et la CEDH », Actes du colloque du Concours Habeas Corpus / APIDH (ed.). - Sarrebruck : Editions universitaires européennes, 2010. - p. 28-38 ;

J.Habermas, « Why Europe Needs a Constitution », *New Left Review*, 2, p. 5-26, 2001.

L. Carlassare, « Forma di stato e diritti fondamentali », *Quaderni Costituzionali*, 1995, 1 ;

L. Zapirain, J. Marcos, « Una nueva encrucijada para el derecho del trabajo: la compatibilidad del ejercicio de los derechos colectivos de la acción sindical con el respeto a las libertades fundamentales del mercado interior comunitario », *Relaciones laborales*, 2008/11 p. 21 ;

M. Dougan, « The Court Helps Those Who Help Themselves: The Legal Status of Migrant Workseekers Under Community Law in the Light of the Collins Judgment » *European Journal of Social Security*, 2005 p. 7-34, spéc. p. 24 ;

M. Ferrera, « Verso una cittadinanza sociale aperta: i nuovi confini del welfare nell'Unione europea », *Rivista italiana di scienza politica*, n. 1/2004 ;

M. Luciani, «Diritti sociali e integrazione europea», Associazione italiana dei Costituzionalisti, Annuario 1999. Atti del XIV Convegno annuale, Perugia 7-8 ottobre 1999, Padova, 2000, spéc. P. 530 ;

Martin, D. « A Big Step Forward for Union Citizens, but a Step Backwards for Legal Coherence », *European Journal of Migration and Law* 2002, pagg. 136-144 ;

O'Leary, S., « Putting flesh on the bones of European Union citizenship », *European Law Review*, 1999, pagg. 75-79; Shaw, J. & Fries, S., « Citizenship of the Union: First Steps in the European Court of Justice », *European Public Law*, 1998, pag. 533 ;

P. Alston J.H.H. Weiler, An «Ever closer Union» in Need of a Human Rights Policy, *The EU and Human Rights*, Oxford, 1999 ;

P. Lemmens, « The relation between the Charter and the ECHR », *Maastricht journal of european and comparative law*, 2001/8, p. 49 ;

P. Magno, « Diritti sociali nell'ordinamento dell'Unione europea dopo Amsterdam », *Il diritto del lavoro*, 1998, parte 1, p. 123 ;

P. Syrpis, « The Treaty of Lisbon: Much Ado . . . But About What? », *Ind. Law Journ.* 37, 3, 2008, p. 219 ;

- P. Wachsmann, « L'avis 2/94 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *Revue du droit eur.*, juill-sept, 1996 ;
- R. Palladino, « L'autonomia del dialogo sociale europeo nel Trattato di Lisbona » , in *Studi sull'integrazione europea*, 1, 2010, p. 149 ;
- S. Giubboni, « Da Roma a Nizza. Libertà economiche e diritti sociali fondamentali nell'Unione europea », *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2004/2 ;
- S. Giubboni, « Libertà di mercato e cittadinanza sociale europea », *Diritto Immigrazione Cittadinanza*, 2007, n.4, p.13 ;
- S. Sciarra, « Diritti sociali. Riflessioni sulla Carta europea dei diritti fondamentali » *Argomenti di diritto del lavoro*, 2001 ;
- T. K. Hervey, « The european Union's governance of health care and the welfare modernization agenda », *Relation and governance*, 2008, p.107 ;
- U. De Siervo « *I diritti fondamentali europei ed i diritti costituzionali italiani (A proposito della Carta dei diritti fondamentali)* », *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, p. 153 ;
- Van de Gronden, « Cross-border healthcare in the EU and the organization of the national health systems of the Member States : the dynamics resulting from the European Court of Justice's free movement and competition law », *Wisconsin international law journal*, 2009, p. 705 ;

OUVRAGES

A. Barbera, La Carta europea dei diritti e la Costituzione italiana, in *Le libertà e i diritti nella prospettiva europea, Atti della giornata di studio in memoria di Paolo Barile*, Padova, 2002, p. 107 ;

A. Barbera, *La Carta europea dei diritti e la Costituzione italiana*, Napoli, 2006, spéc. p. 107 ;

A. Barbera, *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, in *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004, p. 89 ;

A. Manessis, in Iliopoulos-Strangas (dir.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne : étude de droit compare*, Athènes : Ant. N. Sakkoulas ; Bruxelles : Bruylant ; Baden-Baden : Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, p. 19 ;

A. P. Van Der Mei, EU law and education: promotion of student mobility versus protection of the education systems, in M. Dougan, E. Spaventa *Social welfare and EU law*, Hart Pb., 2005, spéc. p. 166 ;

A. Sapir, *Politiche sociali efficaci al passo della globalizzazione*, il Mulino, Bologna, 2005, spéc. p.1033 ;

A. Spadaro, Sulla giuridicità della Carta europea dei diritti: c'è ma per molti non si vede, in G. Ferrari, *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001;

A. Spadaro, *Verso la Costituzione europea: il problema delle garanzie giurisdizionali dei diritti*, in *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano, 2003, p. 128 ;

C. Barnard, EU Citizen hip and the principle of solidarity, in M. Dougan, E. Spaventa, *Social welfare and EU law*, Hart Pb., 2005, spéc. p. 166 ss ;

C. Barnard, *The substantive law of the EU. The four freedoms*, Oxford, Oxford University Press, 2004, spéc. p. 256 ss ;

C. Zanghi, Un'altra critica al parere n. 2/1994 della Corte sull'adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in *Scritti in onore di G.F. Mancini*, Milano 1998 ;

D. Hyman, *Public finance- a contemporary application of theory to policy*, 1998, Thomson Learning, cap. 18 ;

D. Spielmann, Human Rights case law in the Strasbourg and Luxembourg: conflicts, inconstitucionalities, and complementarities, in P. Alston, *The Eu and human rights*, Oxford, Clarendon Press, 1999 ;

E. Grosso, La limitata garanzia dei diritti di partecipazione politica nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in G. Zagrebelsky, *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Roma - Bari, 2003, p. 172 ;

G. Demuro, I rapporti tra Corte di Giustizia delle Comunità europee e Corte europea dei diritti dell'uomo cit. spéc. p. 45 in P. Falzea A. Spadaro L. Ventura, *La corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Giappichelli 2003 ;

G. Orlandini, Viking, Laval e Ruffert I riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano, in A. Vimercati, *Il conflitto sbilanciato*, Cacucci, Bari, 2009 ;

G. Ressa, La Carta europea dei diritti fondamentali e la protezione giurisdizionale, in V. Atripaldi e R. Miccù, *L'omogeneità costituzionale nell'unione europea*, Padova 2003 ;

G. Van Bueren, *Education : Whose right is it anyway ?* , in Heffernan, L. (ed.) *Human rights. A European perspective*. Dublin : The Round Hall Press - Irish Centre for European Law, 1994, p. 339-349 ;

G. Zagrebelsky, *Questa Repubblica*, Le Monnier, Milano, 2003, spéc. p.213 ;

G.G. Florida et L.G. Scianella, *Il cantiere della nuova Europa. Tecnica e politica nei lavori della Convenzione europea*, Bologna, 2003 ;

I. E. Koch, *Human rights as indivisible rights*, Nijhoff Publisher 2009, p. 230 ;

J. Delors, « Defending the European Model of Society » in Commission of the European Communities, *Combating the Social Exclusion, Fostering Integration*, 49, 1992 ;

J. Goldschmidt, *Changing perceptions of sovereignty and human rights, essay in honour of Claes Flinterman*, Intersentia 2008 ;

L. Betten- N. Grief, *Eu Law and Human Rights*, London- New York, 1998 ;

L. M. Diez-Picazo, *Le relazioni tra Unione europea e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in S. P. Panunzio, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli 2005 ;

L. Zoppoli., Dopo la Corte di giustizia, quale futuro per il conflitto collettivo nell'Unione europea?, in Andreoni , Veneziani, *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione europea. Dopo le sentenze Laval, Viking, Ruffert e Lussemburgo*, Roma, Ediesse, 2009, p. 219-231 ;

M. Cartabia, *Multilevel protection of fundamental rights in Europe - standards and judicial dialogue*, Atti del convegno The protection of fundamental rights in Europe: lessons from Canada, Trento, 2001 ;

M. Cartabia, The multilevel protection of fundamental rights in Europe: the European pluralism and the need for a judicial dialogue, in C. Casonato, *The protection of fundamental rights in Europe: lessons from Canada*, 2003, Trento ;

M. Dougan et E. Spaventa, « 'Wish you weren't here: new models of social solidarity in the European Union' » , Paper presented to a conference on social welfare and EU law, University of Cambridge, 12-13 June 2003, published in M. Dougan and E. Spaventa (eds.), *Social Welfare and EU Law* Oxford, Hart Publishing, 2005 ;

M. Dougan, « Expanding the frontiers of the Union citizenship by dismantling the territorial boundaries of the National welfare states? » , in C. Barnard and O. Odudu (dir.), *The outer limits of European union law*, Oxford, Hart Publishing, 2009, spéc. p. 116 ss ;

M. Migliazza, I diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea e il limite dell'equity » , in *Diritti individuali* ;

M. Partington, « The juridification of social welfare in Britain » , in G. Teubner *The Juridification of Social Spheres*, Berlin: De Gruyter, 1987, spéc. p. 419 ;

M. Poiares Maduro, *Striking the Elusive Balance between Economic Freedom and Social Rights in the EU*, in J. Alston, *EU and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1999 ;

M. Shapiro, The European Court of Justice, in P. Craig, G. De Burca (eds), *The evolution of EU Law*, Oxford University Press, 1999, p. 343 ;

N. Bernard, Between a Rock and a Soft Place: Internal Market versus Open Coordination in EU Social Welfare Law, in E. Spaventa-M. Dougan, *Social Welfare and EU Law*, Oxford, 2005 ;

O. Chessa, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano, 2002; et La tutela dei diritti oltre lo Stato. Fra diritto internazionale dei diritti umani e integrazione costituzionale europea, in R. Nania e P. Ridola, *I diritti costituzionali*, Torino, 2001 ;

O. Jacot-Guillarmont, Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in *La Convention Européenne des droits de l'homme- Commentaire article par article*, sous la direction de Louis Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux, Pierre Henri Imbert", Paris, 1999 ;

P. Kovács, « Le passé et le present des droits économiques, sociaux et culturels dans les pays de l'Europe centrale et orientale » in F. Matscher (dir.), *Die Durchsetzung wirtschaftlicher und sozialer Grundrechte : Eine rechtsvergleichende Bestandaufnahme*, 1991 ;

P. Lambert, *Le droit au logement dans la Convention européenne des droits de l'homme, Le droit au logement : vers la reconnaissance d'un droit fondamental de l'être humain*, Actes du colloque du 19 octobre 2007 / organisé par l'Institut des droits de l'homme du barreau de Bruxelles; en partenariat avec l'Institut des droits de l'homme du barreau de Paris ... [et al.]. - Bruxelles : Bruyant : Nemesis, 2009. - p. 13-20 ;

P. Pustorino, *L'interpretazione della CEDU nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Napoli 1998 ;

P. Ridola La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e lo sviluppo storico del costituzionalismo europeo, in P. Costanzo, *La Carta europea dei diritti*, Genova, 2002, 22

S. Gambino, Dall'Europa dei mercati all'Europa dei diritti: alcune riflessioni su diritti fondamentali e costituzionalismo comunitario , in L. Albino, *L'integrazione europea fra economia e democrazia*, Orizzonti Meridionali, Cosenza, 2003 ;

S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, il Mulino, Bologna 2003, spéc. p. 17 ;

S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, il Mulino, 2003 ;

S. O' Leary, Solidarity and Citizenship Rights in de Búrca (dir.), *EU Law and the Welfare State – In Search of Solidarity*, Oxford, 2005, Hart Publishing, p. 39 et ss ;

S. Smisman, Reflexive law in support of directly deliberative polyarchy: reflexive-deliberative polyarchy as normative frame of the MOC, in O. De Schutter and S. Deakin, *Social Rights and Market Forces : Is the Open Method of Coordination of Employment and Social Policies the Future of Social Europe?*, Bruxelles, Bruylant, 2005 ;

U. Carabelli, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, Bari, 2009 ;

V. Sciarabba, Rapporti tra Corti e rapporti tra Carte. Le “clausole orizzontali” della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in Nicolò Zanon, Valerio Onida *Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006, p. 389-458 ;

V. Sciarabba, *Tra Fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008 ;

Z. Kedzia, Social Rights in the (Draft) Constitution of Central and Eastern Europe , in Drzewicki, Krause, Rosas, *Social Rights as Human Rights, A European Challenge* (Institute for Human Rights, Abo Akademi University), Abo, 1994, spéc. p.230 ss ;

Rapport 1970 du Comité de Mendicité de la Constituante, *in* Bloch C. et Tuetey A., *Procès verbaux et rapports du Comité de mendicité de la Constituante (1790-1791)*, Paris, Imprimerie Nationale, 1911, p. 762 ;

SITE INTERNET

G. Raimondi, « Diritti fondamentali e libertà economiche: principi europei e tradizioni giuridiche nazionali: l'esperienza della Corte europea dei diritti dell'uomo », in <http://www.europeanrights.eu> ;

Lisbon European Council, 23-24th March 2000, Presidency Conclusions, http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/00100-r1.en0.htm, para 5 ;

M. Radaelli, The open method of coordination: a new government architecture for the European Union, in <http://www.sieps.su.se> ;

Open Europe, « Guide to the Constitutional Treaty » , <http://www.open-europe.co.uk> ;

S. Giubboni, « Governare le differenze: modelli sociali nazionali e mercato unico europeo » , in T. Treu, “La Costituzione economica a 60 anni dalla Costituzione”, <http://www.astrid-online.it/rassegna/02-09-2009/Giubboni>, spéc. p. 2 ;

S. Giubboni, « Governare le differenze: modelli sociali nazionali e mercato unico europeo » , nota per il gruppo di studio Astrid su “La Costituzione economica a 60 anni dalla Costituzione” (coord. Tiziano TREU) in <http://www.astrid-online.it/rassegna/02-09-2009/Giubboni> ;

IN WWW.LEX.UNICT.IT :

A. Alaimo, « Il diritto al lavoro fra Costituzione nazionale e Carte europee dei diritti: un diritto «aperto» e «multilivello» » , WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” .INT – 61/2008

A. Ruggeri, Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti fondamentali e nella costruzione di un ordinamento intercostituzionale, in www.federalismi.it n. 9/2009, p. 14 ;

B. Caruso, « I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (Prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking) » ; WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” .INT – 61/2008 ;

E. Ales, « Sicurezza sociale e assistenza sociale (art. 34 e 38) » , WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” .INT – 61/2008 ;

E. Saccà, « Nuovi scenari nazionali del caso Laval. L'ordinamento svedese tra responsabilità per danno "da sciopero" e innovazioni legislative (indotte) » , WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” .INT – 86/2010 ;

G. Demuro, I rapporti fra la Corte di giustizia delle comunità europee e la Corte europea dei diritti dell'uomo. Problemi e prospettive, relazione al Convegno su La Corte costituzionale e le Corti d'Europa, Catanzaro, 31 maggio-1 giugno 2002; in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/copanello020531/demuro.html> ;

L. Calcaterra, « Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto » , WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” .INT – 61/2008 ;

M.V. Ballestrero, « Europa dei mercati e promozione dei diritti », in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”. INT-55/2007 ;

S. Giubboni, « Un certo grado di solidarietà. Libera circolazione delle persone e accesso al welfare nella giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità Europee » , W.P.C.S.D.L.E., Massimo D’Antona , 2008 ;

V. Pasquarella, M. Ricci, « La tutela della salute dei lavoratori tra dimensione nazionale ed europea » , WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” .INT – 61/2008 ;

JURISPRUDENCE

COUR BRITANNIQUE :

Arrêt *Dabas c. High Court of Justice in Madrid, Spain* [2007] 2 WLR 254 ;

Arrêt *Regina c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd (No 2)* [1991] 1 AC 603 ;

Arrêt *Litster c. Forth Dry Dock & Engineering Co Ltd* [1990] 1 AC 546 ;

Arrêt *Pickstone c. Freemans plc* [1989] AC 66 ;

Arrêt *Garland c. British Rail Engineering Ltd* [1983] 2 AC 751 ;

COUR DE JUSTICE :

Arrêt C-73/08, *Nicolas Bressol et Céline Chaverot c. Gouvernement de la Communauté française, du 5.6.2010* ;

Arrêt C-135/08, *Jenko Rottmann Voir Freistaat Bayern*, in *JO C 113 du 1.5.2010, p. 4-4* ;

Arrêt C-341/08 du 12.01.2010 *Rac.* [2010] p. I-00047 ;

Arrêt DEB, C-279/09 du 22 decembre 2010 ;

Arrêt C-555/07 du 19.01.2010 *Rac.* [2010] p. I-00365 ;

Arrêt de la Cour (première chambre) du 18 novembre 2010, *Commission européenne contre République portugaise, C-458/08* ;

Arrêt *J Mc B. C-400/10 - PPU* du 5 octobre 2010 ;

Arrêt C-535/08, *Maria Catena Rita Pignataro c. Ufficio centrale circoscrizionale presso il Tribunale di Catania, Rac.* [2009] p. I-00050 ;

Arrêt C-103/08, *Arthur Gottwald/Bezirkshauptmannschaft Bregenz*, in *JO C 282 du 21.11.2009* ;

Affaires joints *Athanasios Vatsouras (C-22/08) et Josif Koupatantze (C-23/08) c. Arbeitsgemeinschaft (ARGE) Nürnberg 900, Rac.* [2009] p. I-04585 ;

Arrêt C-229/08 du 12.01.2010 *Rac.* [2009] p. I-11587 ;

Arrêt C-103/08, *Arthur Gottwald c. Bezirkshauptmannschaft Bregenz*, *Rac.* [2009] p. I-09117 ;

Affaires joints C-22/08 et C-23/08, *Athanasios Vatsouras (C-22/08) et Josif Koupatantze (C-23/08) c. Arbeitsgemeinschaft (ARGE) Nürnberg 900*, *Rac.* [2009] p. I-04585 ;

Arrêt C- 388/07 du 5.03.2009 in *JO C 102 du 1.5.2009*, p. 6–7 ;

Arrêt C- 350/07 *Kattner*, *Rac.* [2009] p. I-01513 ;

Arrêt C-158/07, *Jacqueline Förster Voir Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep*, in *JO C 6 du 10.1.2009* ;

Arrêt C-518/06 *Commission c. Italie*, *Rac.* [2009] p. I-03491 ;

Affaires joints C-350/06 e C-520/06 del 20.01.2009, *Rac.* [2009] p. I-00179 ;

Arrêt C-398/0, *Commission delle Comunità europee c. Regno dei Paesi Bassi*, in *JO C 128 du 24.5.2008*, p. 10–11 ;

Arrêt, *Commission delle Comunità europee cc. Granducato del Lussemburgo* C-319/06 *Rac.* [2008] p. I-04323 ;

Arrêt C-480/08, *Maria Teixeira c. London Borough of Lambeth et Secretary of State for the Home Department* ;

Arrêt C-310/08, *London Borough of Harrow c. Nimco Hassan Ibrahim e Secretary of State for the Home Department* ;

Arrêt C-341/08, *Domnica Petersen c. Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe* ;

Arrêt C-127/08, *Blaise Baheten Metock c. Minister for Justice, Equality and Law Reform*, *Rac.* [2008] p. I-0624 ;

Arrêt C-212/06 1.04.2008, *Governo della Comunità francese et Governo vallone*, *Rac.* pag. I-1683 ;

Arrêt C-228/07 del 11.09.2008, *Rac.* [2008] p. I-06989 ;

Arrêt C- 303/06 du 17.07.2008, *Rac.* [2008] p. I-05603 ;

Arrêt C- 94/07 du 17.07.2008, *Rac.* [2008] p. I-05939 ;

Arrêt C-164/07, *James Wood/Fonds de Garantie des victimes des actes de Terrorisme et d'autres Infractions*, in *JO C 183 du 19.7.2008* ;

Arrêt C-160/08, *Commissione europea c. Repubblica federale di Germania* ;

Arrêt C-158/07 du 18.11.2008, *Rac.* [2008] p. I-08507 ;

Arrêt C-158/07, *Rac.* [2008] p. I-08507 ;

Arrêt C-152/05 *Commission c. Allemand Rac.* [2008] p. I-00039 ;

Arrêt C-141/07, *Commissione c. Germania*, 11.09.2008, *Rac.* pag . I-6935 ;

Arrêt C-352/06 del 20.05.2008, *Rac.* [2008] p. I-03827 ;

Arrêt C-353/06, *Stefan Grunkin et Dorothee Regina Paul*, *Rac.* [2008] p. I-07639 ;

Arrêt C-33/07, *Ministerul Administrației și Internelor - Direcția Generală de Pașapoarte București Voir Gheorghe Jipa*, *Rac.* [2008] p. I-05157 ;

Arrêt C-427/06 du 23 settembre 2008, *Rac.* [2008] P. I-07245 ;

Arrêt C-524/06, *Heinz Huber Voir Bundesrepublik Deutschland*, *Rac.* 2008 p. I-09705 ;

Arrêt C-527/06, *R. H. H. Renneberg c. Staatssecretaris van Financiën*, *Rac.* 2008 p. I-07735 ;

Arrêt C-94/07, *Andrea Raccanelli c. Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV*, *Rac.* 2008 p. I-05939 ;

Arrêt C-54/07 du 10.07.2008, *Rac.* [2008] p. I-05187 ;

Arrêt C-542/08, *Friedrich G. Barth c. Bundesministerium für Wissenschaft und Forschung* ;

Arrêt C-76/05, *Herbert Schwarz et Marga Gootjes-Schwarz c. Finanzamt Bergisch Gladbach*, *Rac.* 2007 p. I-06849 ;

Arrêt C-76/05, *Herbert Schwarz e Marga Gootjes-Schwarz Voir Finanzamt Bergisch Gladbach*, *in Racc.* 2007 p. I-06849 ;

Arrêt de la Cour (grande chambre) du 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union contre Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti*, C-438/08; Arrêt *Hendrix*, C- 287/05 *Rac.*[2007] p. I-06909 ;

Arrêt C-305/05 *Ordre des barreaux francophones et germanophone c. Conseil des ministres*, du 26 juillet 2007 ;

Arrêt C-250/06, 13.12.2007, *United Pan-Europe Communications Belgium*, *Rac.* pag.I-11135 ;

Arrêt C-267/06 du 1.04.2008, *Rac.* [2007] pa. I-02851 ;

Affaires jointes C-11/06 e C-12/06 du Grande Chambre du 23.10.07 *Rac.* [2007] P. I09161 ;

Affaires joints C-11/06 e C-12/06, *Rhiannon Morgan c. Bezirksregierung Köln (C-11/06) et Iris Bucher c. Landrat des Kreises Düren (C-12/06)*, *Rac.* [2007] p. I-09161 ;

Arrêt C- 213/05 *Wendy Geven Rac.* [2007] pag.I-06347 ;

Affaires joints C-171/07 e C-172/07 ;

Arrêt C-212/05 *Hartmann Rac.*[2007] par.I-06303 ;

Arrêt C-212/05, *Gertraud Hartmann c. Freistaat Bayern, Rac.* [2007] p. I-06303 ;

Arrêt C-441/02, *Commission delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania* , *Rac.*[2006] p. I-03449 ;

Arrêt C-192/05 du 26.10.06, *Tas Hagen Rac.* [2006] p. I-10451 ;

Affaire jointes 5.12.2006 C-94/04 et C-202/04, *Cipolla, Rac.* pag. I-11421 ;

Arrêt C-406/04 *Rac.* [2006] p. I-06947 ;

Arrêt C-408/03, *Commissione delle Comunità europee c. Regno del Belgio, Rac.* [2006] p. I-02647 ;

Arrêt C-300/04, *M. G. Eman e O. B. Sevinger c. College van burgemeester en wethouders van Den Haag, Rac.* [2006] p. I-08055 ;

Arrêt C-145/04, *Regno di Spagna c. Regno Unito di Gran Bretagna et Irland du Nord, Rac.* [2006] p. I-07917 ;

Arrêt C-258/04, *Office national de l'emploi c. Ioannis Ioannidis, Rac.* [2005] p. I-08275 ;

Arrêt C-209/03 du 15.03.2005, *Rac.* [2005] p. I-02119 ;

Arrêt C-209/03, *Rac.* [2005] p. I-02119 ;

Affaires joints C-402/05 P e C-415/05 P, *Kadi e Al Barakaat c. Consiglio* ;

Arrêt C-209/03, *Rac.* [2005] p. I-02119 ;

Arrêt C-144/04, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm, Rac.* [2005] p. I-09981 ;

Arrêt C-147/03 *Rac.* [2005] p. I-05969 ;

Arrêt C-209/03, *The Queen, ex parte di Dany Bidar c. London Borough of Ealing e Secretary of State for Education and Skills, Rac.* [2005] p. I-02111 ;

Arrêt C-403/03, *Egon Schempp c. Finanzamt München V, Rac.* [2005] p. I-06421 ;

Arrêt C-318/05, *Commissione c. Germania Rac.* Pag. I-0000, point 114 ;

Affaires joints C-482/01 et C-493/01, *Georgios Orfanopoulos (C-482/01) et Raffaele Oliveri (C-493/01) c. Land Baden-Württemberg, Rac.* [2004], p. I-05257 ;

Arrêt *Trojani* C-456/02, in *Rac.* [2004] p. I-07573 ;

Mannesmannröhren-Werke AG v. Commissione C-411/04 ;

Arrêt C-456/02, *Michel Trojani c. Centre public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS), Rac.* [2004], p. I-07573 ;

Arrêt C-456/02, *Michel Trojani c. Centre public d'aide sociale de Bruxelles, Rac.* [2004] p. I-07573 ;

Arrêt C-224/02, *Heikki Antero Pusa c. Osuuspankkien Keskinäinen Vakuutusyhtiö, Rac.* [2004] p. I-05763 ;

Arrêt C-138/02, *Rac.* [2004] p. I-02703 ;

Arrêt C-200/02 *Rac.* [2004] p. I-09925 ;

Arrêt C-138/02, *Brian Francis Collins c. Secretary of State for Work and Pensions, Rac.* [2004] p. I-02703 ;

Affaires jointes C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01 *Rac.* [2004] p. I-02493 ;

Arrêt 11.12.2003, C-322/01 *Deutscher Apothekerverband, Rac.* Pag. I-14887 ;

Arrêt C-112/00 du 12 juin 2003 ;

Arrêt C-92/01, *Georgios Stylianakis Voir Elliniko Dimosio, Rac.* [2003] p. I-01291 ;

Arrêt C-413/01, *Franca Ninni-Orasche Voir Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst*, Rac. [2003] p. I-13187 ;

Arrêt C-385/99, *Rac.* [2003] p. I-04509 ;

Arrêt C-413/01, *Rac.* [2003] p. I-13187 ;

Arrêt C-148/02, *Carlos Garcia Avello c. stato belga*, Rac. [2003] p. I-11613 ;

Arrêt C-257/00, *Nani Givane e a. c. Secretary of State for the Home Department*, Rac. [2003] p. I-00345 ;

Arrêt C-413/99, *Baumbast et R Voir Secretary of State for the Home Department*, Rac. [2002] p. I-07091 ;

Arrêt C- 224/98, *Rac.* [2002] p. I-06191 ;

Arrêt C-413/99, *Baumbast e R c. Secretary of State for the Home Department*, Rac.[2002], p. I-0709 ;

Arrêt *Carpenter*, C-60/00 in *Rac.* [2002] Pag. I-06279 ;

Arrêt C-36/02, *Omega*, *Rac.* p. I-9609, point 30 ;

Arrêt C-368/98, *Rac.* [2001] p. I-05363 ;

Arrêt C-192/99, *The Queen Voir Secretary of State for the Home Department, ex parte Manjit Kaur*, *Rac.* [2001] p. I-01237 ;

Arrêt C-157/99, *Rac.* [2001] p. I-05473 ;

Arrêt C-184/99 *Rac.* [2001] p. I-06193 ;

Arrêt 20.09. 2001, C -184/99, *Grzelczyk*, in *Racc.* Pag. I- 93 ;

Arrêt C-292/93 du 13 avril 2000 ;

Affaires joints C-51/96 et C-191/97, *Deliège*, *Rac.* [2000], p. I-02549 ;

Arrêt C-54/99, *Église de scientologie*, *Rac.* p. I-1335, point 17 ;

Arrêt C-413/99, *Baumbast et R*, in *Racc.* Pag. I-7091 ;

Arrêt C- 120/95, *Rac.* [1998] p. I-01831 ;

Arrêt C-158/96, *Rac*. [1998] p. I-01931 ;

Arrêt C-158/96 *Rac*. [1998] p. I-01931 ;

Arrêt C-85/96, *María Martínez Sala c. Freistaat Bayern*, *Rac*. [1998] p. I-02691 ;

Affaires jointes C- 4/95 e C-5/95, *Rac*. [1997] p. I-00511 ;

Arrêt C-70/95 *Rac*. [1997] p. I-0339 ;

Arrêt C-266/95, *Pascual Merino García c. Bundesanstalt für Arbeit*, *Rac*. [1997] p. I-03279 ;

Arrêt, C-274/96, *Bickel e Franz*, *Rac*. p. I-7637 ;

Arrêt C-274/96 *Bickel e Franz*, *Rac*. p. I-7637 ;

Arrêt *Mac Queen*, C-108/96 ;

Arrêt C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL c. Jean-Marc Bosman*, *Rac*. [1995] p. I-04921 ;

Arrêt C-450/93, *Eckhard Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, *Rac*. [1995] p. I-03051 ;

Arrêt *TV10 c. Commissariaat voor de Media*, C- 23/93, *Rac*. [I-1994], p. 4795 ss ;

Arrêt C-319/92, *Salomonai Haim c. Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein*, *Rac*. [1994] p. I-00425 ;

Arrêt C-271/91, *M. Helen Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, *Rac*. [1993] p. I-04367 ;

Affaires jointes C-159/91 e C-160/91 *Rac*. [1993] p. I-00637 ;

Arrêt 4.10.1991, C-159/90, *S.P.U.C. C. Grogan*, *Rac*. [1991], p. I-04685 ;

Arrêt *Säger* C- 76/90, 25 juillet 1991, *Rac*. [1991] p. I-04221 ;

Affaires joints C-159/91 e C-160/91 *Pucet et Pistre* ;

Arrêt C10/90, *Maria Masgio c. Bundesknappschaft*, *Rac*. [1991] p. I-01119 ;

Arrêt *Rush Portuguesa* C-113/89, 27 mars 1990, *Rac*. [1990] p. I-01417 ;

Arrêt C-113/89, *Rush PortuJOesa Lda c. Office national d'immigration*, *Rac*. [1990] p. I-01417 ;

Arrêt C-186/87 Rac. [1989] p. 00195 ;

Arrêt 344/87, *I. Bettray c. Staatssecretaris van Justitie*, Rac. [1989] p.01621 ;

Arrêt C-39/86, *Sylvie Lair c. Universität Hannover*, Rac. [1988] p. 03161 ;

Arrêt 16 mars 1988, *Society for the protection of the Unborn Children Ltd. c. Open Door Counselling Ltd* ;

Arrêt *Lair* C-39/86 Rac. [1988] p. 03161, par. 24 ;

Arrêt C-197/86, Rac. [1988] p. I-03205 ;

Arrêt *Hoechst* , C-46/87 et 227/88 ;

Arrêt *Dow Benelux* C-85/87 ;

Arrêt *Orkem v. Commissione* C-384/87 ;

Arrêt C-168/85, *Commission delle Comunità européen c. Repubblica italiana*, Rac. [1986] p. 02945 ;

Arrêt C-139/85, *R. H. Kempf Voir Staatssecretaris van Justitie*, Rac. [1986] p. 01741 ;

Arrêt C-96/85, *Commission delle Comunità européen c. Republic française*, Rac. [1986] p. 01475 ;

Arrêt 293/83, *Françoise Gravier c. Città di Liegi*, Rac. [1985] p. 00593 ;

Affaires joints, C-286/82 et C-26/83 *Luisi Carbone*, Rac. [1984], p. 00377 ;

Arrêt C-180/83, *Hans Moser c. Land Baden-Württemberg*, Rac. [1984] p. 02539 ;

Arrêt C-293/83, in *JO L 157 du 15.6.1983*, p. 26–26 ;

Arrêt C- 238/82, *Duphar BV* ;

Arrêt C-65/81, *Francesco Reina et Letizia Reina c. Landeskreditbank Baden-Württemberg*, Rac. [1982] p. 00033 ;

Arrêt C- 4/73 du 14 mai 1974 et *Rutili* C-36/75 du 28 octobre 1975 ;

Conclusions de l'Advocat General La Pergola Arrêt C- 85/96 *Martinez Sala*, Rac. [1998] p. I-02691 ;

Conclusions de l'Avocat General dans l'Arrêt *The Society for the Unborn children Ireland LTD c. Stephen Grogan*, C-59/90, *Rac.* 1991 p. I-04685 ;

TRIBUNAL DE L'UNION EUROPÉENNE :

Arrêt du Tribunal du Première instance, *CNOP* T-23/09 du 26 octobre 2010 ;

Arrêt du Tribunal du première instance, Arrêt T-181/08 du 19 mai 2010 ;

COUR EDH :

Arrêt Cour EDH *MSS v. Belgio e Germania*, ric. n. 30696/09 du 21 janvier 2011, violation art. 2, 3, e 13 Cedh ;

Arrêt Cour EDH *Burdov c. Russia*, ric. N. 33509/04 du 15 janvier 2009 ;

Arrêt Cour EDH *Timisishev c. Russie*, ric. N. 55762/00 e 55974/00 du 13 décembre 2000, *Sampanis c. Grèce*, ric. N. 32526/05 du 6 juin 2006, *D e H c. Repubblica Ceca*, ric. N. 57325/00 du 13 novembre 2007 ;

Arrêt Cour EDH *Emesa Sugar N. V. v. Olanda*, ric. n. 62023/00 du 14.01.2005 ;

Arrêt Cour EDH « *DSR Senator Lines v. Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia; Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Spagna, Svezia e Regno Unito* » , ric. 56672/00 du 10 mars 2004 ;

Arrêt Cour EDH *Cabinet Diot e Gras Savoye* du 22 juillet 2003 ;

Arrêt Cour EDH *Segi e altri v. Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia; Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Spagna, Svezia e Regno Unito*, ric. N. 64622/02 du 23 mars 2002 ;

Arrêt Cour EDH *Khudobin c. Russie*, ric. N. 59696/00 du 26 octobre 2006, *Kalashnikov c. Russie*, ric. N. 47095/99 du 17 juillet 2002 ;

Arrêt Cour EDH *Goodwin v. UK*, ric. N. 28957/95 du 11 juillet 2002 ;

Arrêt Cour EDH *Pretty v. UK*, ric. N. 2346/02, du 24 avril 2002 ;

Arrêt Cour EDH *Dangeville v. Francia*, ric. N. 36677/97 du 16 mars 2002 ;

Arrêt Cour EDH, 18 février 1999, *Matthews contre Royaume-Uni.* ;

Arrêt Cour EDDe *Santa, Lapalorcia, Abenavoli c. Italie*, ric. N. 25574/94, 25587/94, 25586/94, 25839/94 du 2 septembre 1997 *Nicodemo c. Italie* du 2 septembre 1997, et *Pellegrin c. Francia*, du 8 décembre 1999 ;

Arrêt Cour EDH *Pellegrin v. Francia*, ric. N. 28541 du 8 décembre 1999 ;

Arrêt Cour EDH *Erikson c. Italie* ric. N. 37900/97 du 9 septembre 1999 ;

Arrêt Cour EDH *Paskhalidis c. Grèce*, ric. N. 20416/92 e 22857/93 du 19 mars1997 ;

Arrêt Cour EDH *Calvelli c. Italie*, ric. N. 32967/96 du 17 janvier 1996 ;

Arrêt Cour EDH *Massa c. Italie*, ric. N. 14399/88 du 24 agosto1993 ;

Arrêt Cour EDH *Franceso Lombardo c. Italie*, ric. N. 11519/85 du 26 novembre 1992 ;

Arrêt Cour EDH *X c. Francia*, ric. 18020/91 du 31 mars1992 ;

Arrêt Cour EDH du 20.2.1996 *Vermeulen v. Belgio* ric. N. 19075/91 ;

Arrêt Cour EDH *Powell and Rayner c. UK*, ric. N. 9310/81 du 21 février 1990 ;

Arrêt Cour EDH *M. & Co* du 9 fevrier 1990, spéc point 51 ;

Arrêt Cour EDH *C.F.D.T c. Uk* ric. n. 8030/77 du 10 julye 1978 ;

Arrêt Cour EDH *H v. Francia*, ric. N. 10073/82 du 24 octobre1989 ;

Arrêt Cour EDH *X v. Islanda*, ric. N. 6825/74 du 18 mai 1976, par. 87 ;

ACTES DE L'UE

Règlement (CE) n° 1992/2006 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2006 modifiant le règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE ;

Règlement 883/2004 du Parlement et du Conseil du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale in *JO L 200 del 7.6.2004, pagg. 1-49* ;

Règlement (CE) n° 1107/2006 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 concernant les droits des personnes handicapées et des personnes à mobilité réduite lorsqu'elles font des voyages aériens ;

Règlement (CEE) n. 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté in *JO n. L 257 du 19.10.1968* ;

Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, in *JO L 323 du 13.12.1996, p. 38-38* ;

Règlement (CE) n° 118/97 du Conseil du 2 décembre 1996 portant modification et mise à jour du règlement (CEE) n° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, et du règlement (CEE) n° 574/72 fixant les modalités d'application du règlement (CEE) n° 1408/71 ;

Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Comm, in *JO L 323 del 13.12.1996, pag. 38* ;

Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail ;

Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ;

Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services ;

Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail ;

Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ;

Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique

Directive 98/52/CE du Conseil du 13 juillet 1998 étendant au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord la directive 97/80/CE relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe ;

Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, in *JO L 158 du 30.4.2004, Pag. 77–123* ;

Directive 90/364/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relatif au droit de séjour, in *JO L 180 du 13.7.1990, Pag. 26–27* ;

Directive 93/96/CEE du Conseil, du 29 octobre 1993, relatif au droit de séjour des étudiants in *JO L 317 du 18.12.1993, p. 59–60* ;

Directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, *JO L 16 du 23.1.2004, p. 44–53* ;

Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ;

Directive 98/49/CE du Conseil du 29 juin 1998 relative à la sauvegarde des droits à pension complémentaire des travailleurs salariés et non salariés qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté ;

Proposition de la Directive du Parlement et Conseil sur l'application des droits des patients à le prestations médicales transfrontaliers. (COM (2008) 414 fin.) ;

Résolution législative du Parlement européen du 23 avril 2009 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers (COM(2008)0414 – C6-0257/2008 – 2008/0142(COD)) ;

Communication de la Commission COM(2010) 2020 du 3 mars 2010 ;

Document CO EUR-PREP 33 POLGE 133 IST 400-Bruxelles, 6.09.2011 (07.09) (OR. en); 13840/11 ;