

Le juge interne face à la coordination du droit communautaire et de la Convention européenne des droits de l'homme

(CE sect. 10 avr. 2008, *Conseil national des barreaux et autres*, RFDA 2008. 575, concl. M. Guyomar ; *ibid.* 711, obs. H. Labayle et R. Mehdi ; AJDA 2008. 1085, chron. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau ; JCP G 2008. II. 10125, note R. Tinière ; Dr. adm. juin 2008. comm. 83, note M. Gautier)

Pascale Deumier, Professeur à l'Université Jean Monnet (Saint-Etienne)

La décision *Conseil national des barreaux (CNB)* a déjà reçu un accueil triomphal par la communauté des juristes, en ce qu'elle annule deux articles du décret du 26 juin 2006 relatif à la lutte contre le blanchiment de capitaux, célébrant la victoire des professions judiciaires dans leur combat pour protéger leur secret professionnel face aux réglementations anti-blanchiment (pour des commentaires sous cet angle, W. Feugère, Dr. et patr. 2008/6, n° 171 ; L. Garnerie, même revue, 2008/5, n° 170 ; C. Cutajar, JCP A 2008, n° 18, 2110 ; un communiqué du CCBE a été publié à Gaz. Pal. 12 avr. 2008, n° 103, p. 10 ; un autre du CNB au D. 2008. 1047). Cette même décision présente bien d'autres charmes, auxquels nous succomberons ici, puisque, à elle seule, elle exploite : cinq degrés normatifs (décret, loi, directive, principes généraux du droit communautaire, Conv. EDH) et leurs articulations ; une référence au principe de sécurité juridique ; l'absence de force juridique de la Charte des droits fondamentaux ; une interprétation d'un article d'une directive à la lumière d'un considérant par la CJCE ; une interprétation à la lumière d'un arrêt de la CJCE par le Conseil d'Etat ; à ces deux endroits, un recours intensif à l'interprétation conforme, qui privilégie la lecture à même de conclure à la conformité aux droits fondamentaux ; enfin, révélée par le communiqué, une volonté d'harmonisation avec la Cour constitutionnelle belge. Il y aurait donc beaucoup à dire et à commenter mais seul nous retiendra ici son apport essentiel, tout entier concentré dans la réponse apportée à un conflit de normes inédit (il en reste), le contrôle de la conformité d'une directive à la Convention européenne des droits de l'homme. On imagine sans peine l'inconfort de la position du juge administratif face à cette demande : juge de droit commun du droit communautaire, d'une part, mais juge de droit commun de la Convention européenne, d'autre part, comment, sans trahir son office, répondre à ce « conflit d'allégeance » (D. Simon, *Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : « je t'aime, moi non plus » ?*, Pouvoirs, n° 96, 2001. 31, spéc. p. 49) ?

A l'origine de ce conflit atypique, la « deuxième directive anti-blanchiment » du 4 décembre 2001 est venue imposer aux Etats membres d'étendre à certaines professions l'obligation de déclarer leurs soupçons et de répondre aux demandes de la cellule TRACFIN (pour la France). La transposition fut assurée en France par la loi du 11 février 2004, complétée par le décret du 26 juin 2006. En l'espèce, plusieurs organes représentatifs de la profession d'avocat avaient saisi le Conseil d'Etat d'une demande d'annulation de trois articles de ce décret, invoquant en cascade trois contrôles, fondés sur la non conformité du décret à la loi, de la loi de transposition à la Convention EDH, de la directive à la même Convention EDH. Si la première figure est banale et n'appelait donc aucune précision liminaire, les deux autres ont eu l'honneur de considérants tout entier dédiés à la méthode à suivre pour exercer les contrôles sollicités.

La méthode

Lorsque la méconnaissance de la Convention EDH par une directive est invoquée, le Conseil d'Etat choisit de s'en remettre à l'ordre communautaire, selon lequel les droits fondamentaux

garantis par la Convention européenne sont protégés « en tant que principes généraux du droit communautaire ». Par cette qualification, le conflit entre directive et Convention EDH devient donc un simple conflit entre deux normes de l'ordre communautaire, l'une de droit communautaire dérivé (la directive), l'autre de droit communautaire primaire (les principes généraux). Or, le juge administratif connaît déjà la démarche à suivre en ce cas, précisée par la jurisprudence *Foto-Frost* (CJCE 22 oct. 1987, aff. 314/85, Rec. 4199), et il la rappelle sans innover dans la décision *CNB* : « il lui revient, en l'absence de difficulté sérieuse, d'écarter le moyen invoqué, ou, dans le cas contraire, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle, dans les conditions prévues par l'article 234 du Traité instituant la Communauté européenne ».

Quant au sort de la loi de transposition, le Conseil d'Etat décide de le lier à celui de la directive, en faisant primer sur son apparence formelle (une loi) sa réalité matérielle (une directive). Ainsi appréhendée par sa substance, contrôler la loi de transposition revient en réalité à contrôler la directive. Cette démarche est connue : déjà exploitée par le Conseil constitutionnel (décis. du 1^{er} juill. 2004, 2004-497 DC, *Loi relative aux communications électroniques*, Rec. 107), elle est également utilisée pour le contrôle de constitutionnalité d'un décret de transposition dans la décision *Arcelor* (CE 8 févr. 2007, RFDA 2007. 384, concl. M. Guyomar ; JCP G 2007. II. 10049, note P. Cassia ; RTD civ. 2007. 299, obs. P. Rémy-Corlay). Or, tous ces précédents prenaient le soin, à juste titre, de réserver la solution aux « dispositions précises et inconditionnelles » des directives : ne laissant aucune marge de manoeuvre aux Etats, elles seules révèlent une norme interne dont le contenu a été littéralement dicté par les autorités européennes. On ne peut évidemment que regretter l'absence de cette précision dans la décision *CNB* et chercher à se rabattre sur sa présence implicite, soit dans la vérification faite concrètement de la transposition, soit dans l'emploi de l'expression « exacte transposition des dispositions de la directive » (sur cette dernière possibilité, J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau, préc. ; émettant des réserves sur l'affirmation du Conseil d'Etat, faute de mention de la précision de la directive, A. Roblot-Troizier, préc.).

L'application

La juridiction administrative va ensuite soigneusement mettre en oeuvre ces deux méthodes. Pour la directive, il appartenait donc au Conseil d'Etat de juger de l'existence, ou non, d'un doute sérieux sur la compatibilité de la directive aux articles 6 et 8 de la Convention EDH en tant que principes généraux du droit communautaire, doute qui justifierait un renvoi préjudiciel à la CJCE. Or, le Conseil d'Etat fait preuve d'une attitude paradoxale, se montrant d'une grande docilité avant de prendre une grande liberté. En l'espèce, la conformité de la directive à l'article 6 de la Convention EDH avait déjà été admise par la CJCE, à la demande de la Cour d'arbitrage belge (CJCE 26 juin 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophones et autres*, aff. C-305/05, publié en annexe des concl.). Dès lors, le Conseil d'Etat n'a eu « qu'à prendre acte de l'interprétation de la directive donnée par la CJCE dans un arrêt du 26 juin 2007, qui s'imposait à lui » (communiqué du Conseil d'Etat). En revanche, la CJCE ne s'était pas prononcée sur la compatibilité de la directive à l'article 8 de la Convention EDH. La question était nouvelle et l'incompatibilité possible : le doute pouvait donc sembler suffisamment sérieux pour solliciter la position de la CJCE. Or, le Conseil d'Etat choisit de trancher, le commissaire du gouvernement appuyant cette absence de renvoi sur deux formes de légitimités : d'une part, il transpose le raisonnement précédemment utilisé par la CJCE pour l'article 6 à la question, proche, de l'article 8 ; d'autre part, il rapproche sa solution de celle rendue par la Cour constitutionnelle belge le 23 janvier 2008. L'idée intéressante émerge ainsi que, si l'uniformité de l'application du droit communautaire est principalement assurée par la CJCE, elle pourrait aussi être assurée par le dialogue des juges nationaux (M. Guyomar, préc.). Cette liberté soudaine prise par la juridiction nationale a été tour à tour critiquée (M. Gautier, préc.) et légitimée, en ce qu'elle ne crée en définitive guère de risques de distorsions avec de futures prises de positions nationales ou européennes (R. Tinière, préc.).

Une fois la directive reconnue compatible, il restait à régler le sort de sa loi de transposition. Le Conseil d'Etat s'étant assuré de l'identité substantielle de la loi et de la directive, la conventionnalité déjà constatée pour la directive contamine celle de la loi. Procédant *in fine* au

contrôle de légalité du décret, opération presque banale après les éprouvantes étapes surmontées auparavant, il opérera la censure de deux des trois articles du décret d'application, l'un imposant une relation directe entre les avocats et la cellule TRACFIN, l'autre ayant omis de mentionner les dérogations aux obligations de vigilance pour les consultations juridiques.

Le long raisonnement ainsi retracé est essentiellement construit de mécanismes et techniques déjà connus, qui découlent logiquement du choix, premier et déterminant, d'assurer la protection des droits garantis par la Convention EDH en tant que « principes généraux du droit communautaire ». Ce choix essentiel s'inscrit dans les principales tendances qui permettent aujourd'hui de gérer les risques de conflits entre contrôles de « fondamentalité » (pour cette expression, V. J. Andriantsimbazovina, L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national - Vers un contrôle de « fondamentalité » ?, RFDA 2002. 124⁽¹⁾). Initiées par les juridictions étrangères et européennes, ces tendances avaient déjà été importées, pour les rapports entre droit constitutionnel et droit communautaire, par le Conseil constitutionnel puis, récemment, par le Conseil d'Etat dans sa décision *Arcelor* (préc.). Elles reposent sur des acteurs, les juges, et leur accord tacite de rapprochement des démarches. Elles s'appuient sur une logique, la reconnaissance de l'équivalence des protections assurées par les différentes normes de référence.

Les droits garantis par la Convention EDH en tant que « principes généraux du droit communautaire » et le dialogue des juges

A l'origine, les Traités restaient d'une discrétion confinant au mutisme sur la question des droits fondamentaux, concentrant l'activité des Communautés, et donc de leur juge, sur l'objectif économique (pour l'évolution, mais aussi pour l'étude de la complémentarité des contrôles par les juges européens et nationaux, H. Labayle, Droits fondamentaux et droit européen, AJDA 1998. 75⁽²⁾). Cependant, cette absence de protection devait susciter les résistances de certaines juridictions nationales, Cour constitutionnelle allemande en tête, qui rechignaient à admettre la primauté du droit communautaire tant que (« *Solange* », en allemand) ce droit ne serait pas doté d'un dispositif de garantie des droits fondamentaux (pour les différentes jurisprudences *Solange*, V. M. Guyomar, concl. sur *Arcelor*, préc.). Pour répondre à ces inquiétudes, la CJCE devait progressivement investir le champ des droits fondamentaux en posant, comme une évidence, que « le respect de droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux dont la Cour de justice assure le respect » (CJCE 17 déc. 1970, *Internationale Handelgesellschaft*, aff. 11/70, Rec. 1125). Il restait à donner un contenu à ces « principes généraux » protecteurs des droits fondamentaux, ce qui n'était pas chose simple, faute de règles proprement communautaires en la matière. La CJCE choisit donc dans un premier temps de les nourrir des traditions constitutionnelles communes des Etats membres (même arrêt). Mais sa source d'inspiration devait rapidement s'étendre à la Convention EDH, d'abord par périphrase (« les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme », CJCE 14 mai 1974, *Nold*, aff. 4/73), puis directement (CJCE 28 oct. 1975, *Rutili*, aff. 36/75, Rec. 1219), avant de reconnaître à ce texte « une signification particulière » (synthétisant sa position, V. CJCE 18 juin 1991, *ERT*, aff. C-260/89, Rec. 2951, § 41-42). Cette jurisprudence fut par la suite intégrée à l'article 6 § 2 du Traité d'Amsterdam, dotant ainsi la mécanique d'un fondement textuel. Dans son utilisation désormais régulière de la Convention européenne, la CJCE veille à prendre en compte la jurisprudence de la Cour voisine (V. R. Tinière, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, 2007, à paraître). Au terme de cette lente acclimatation, la Convention EDH, avec jurisprudence intégrée, constitue la source matérielle principale des principes généraux du droit communautaire, créant une fusion parfois étonnante des normes européennes (pour une satisfaction équitable accordée pour la durée excessive de la procédure, V. CJCE 17 déc. 1998, *Baustahlgewebe GmbH*, C-185/95, Europe, févr. 1999. comm. 57, obs. D. Simon).

Si la référence est donc classique pour la CJCE, elle a été acclimatée par les autres juges bien plus récemment. Sa réception par la première intéressée, la Cour EDH, est certainement la plus célèbre. La protection assurée dans l'ordre communautaire par ces « principes généraux

», mais surtout la volonté affichée par la CJCE de les nourrir de la jurisprudence de Strasbourg et leur insertion dans un système juridictionnel, ont suffi à la Cour EDH pour délivrer au droit communautaire un « brevet de conventionnalité » (F. Sudre, note sous CEDH 30 juin 2005, *Bosphorus c/ Irlande Airways*). Les juridictions nationales ont également su exploiter cette importation de la Convention EDH dans l'ordre communautaire, parvenant ainsi à étendre à la Convention des mécanismes ou régimes spécifiques au droit communautaire. Ici, c'est le nouveau statut constitutionnel des directives qui parvient à englober la référence à la Convention européenne, le Conseil constitutionnel précisant que la liberté d'opinion « est également protégée en tant que principe général du droit communautaire sur le fondement de l'article 10 de la Convention EDH » (décis. du 29 juill. 2004, 2004-498 DC, JO 7 août 2004, p. 14077, cons. 6). Là, c'est la technique du renvoi préjudiciel qui est mobilisée par la Cour de cassation pour soumettre (et suggérer son dénouement) à la CJCE le seul cas flagrant de divergence entre les deux juridictions européennes, en lui demandant de préciser sa position « eu égard aux droits fondamentaux reconnus par l'ordre juridique communautaire et à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme » (sur les visites domiciliaires, Com. 7 mars 2000, D. 2000. 491, note L. Boré ).

En définitive, et jusqu'à la décision commentée, seul le Conseil d'Etat semblait ne pas avoir consommé l'assimilation de la Convention EDH aux principes généraux du droit communautaire. Certes, le plus souvent, principes généraux et Convention sont invoqués, et donc traités, distinctement et sur des objets différents. Mais les occasions d'exploiter la conjonction des deux corps de règles n'ont pas manqué, sans avoir été saisies par le Conseil d'Etat (invoquant la compétence limitée de la CJCE pour l'art. 6 § 2 Traité UE, 24 janv. 2001, *Fédération nationale des Unions de jeunes avocats*, D. 2002. 519, concl. C. Maugüé ; choisissant une confusion des moyens, 2 juin 1999, *Meyet*, LPA 8 juin 1999, concl. J.-C. Bonichot ; motivant soigneusement l'absence d'atteinte à l'article 6 de la Conv. EDH pour en déduire la compatibilité avec le droit communautaire, CE 30 nov. 2007, *Soc. Sideme*, Dr. fisc. févr. 2008. comm. 178, concl. L. Olléon). Par la décision *CNB*, le Conseil d'Etat rejoint donc les autres juridictions et révèle une nouvelle utilité pour le juge interne de la protection de la Convention EDH en tant que « principes généraux du droit communautaire », qui permet de résoudre un éventuel conflit entre droit communautaire dérivé et Convention européenne.

Les droits garantis par la Convention EDH en tant que « principes généraux du droit communautaire » et la reconnaissance d'équivalence

Les juridictions européennes ont été les premières à amortir les chocs entre leurs ordres en recourant au rapprochement entre la Convention EDH et les « principes généraux du droit communautaire ». Pour autant, il ne faut pas y voir une fusion totale des deux corps de normes (pour une « incorporation » réalisée par le Traité d'Amsterdam, F. Sudre, La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le Traité d'Amsterdam - Vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme ?, JCP 1998. I. 100, n° 13 ; pour le refus d'une telle incorporation qui pourrait lier la CJCE, D. Simon, préc.). Les principes généraux ne traduisent pas une absorption du droit européen des droits de l'homme mais assurent un « passage » entre les deux systèmes (J.-P. Jacqué, Communauté européenne et CEDH, in La CEDH. Commentaire article par article, Economica, 1995, p. 83, spéc. p. 87), une « translation » pour reprendre la terminologie forgée par M. Guyomar pour le transfert de l'ordre constitutionnel à l'ordre communautaire (concl. sur *Arcelor*, préc.). Ces transferts en tous sens sont fondés sur la reconnaissance d'une présomption d'équivalence de protection garantie par les différentes normes fondamentales : normes constitutionnelles pour les juges internes, Convention européenne pour la Cour EDH, principes généraux du droit communautaire pour la CJCE sont formellement de sources différentes mais offrent substantiellement une protection équivalente. Cette équivalence permet de fonder l'interchangeabilité des sources : une demande formulée comme un contrôle de constitutionnalité d'une directive pourra être appréciée comme un contrôle de sa conformité au droit communautaire primaire (*Arcelor*) ; une demande de contrôle de conformité d'une directive à la Convention EDH pourra être appréciée, là encore, comme un contrôle de sa conformité au droit communautaire primaire (*CNB*) : peu importe, puisque, dans tous les cas, c'est une protection comparable qui est offerte. La décision *CNB* illustre cette fonction originale, assurée ici par les « principes généraux du droit communautaire » : ils fournissent

au Conseil d'Etat un titre d'application de la Convention EDH dans l'ordre communautaire ; une fois cette application autorisée, l'appréciation du cas se fait sur les seules stipulations de la Convention, qui constituent bien la source matérielle de légalité communautaire. Le conflit d'allégeance est ainsi dépassé : le Conseil d'Etat ne trahit pas l'ordre communautaire, puisqu'il ne soumet la directive qu'aux principes généraux du droit communautaire ; il ne trahit pas l'ordre européen, puisqu'à travers eux, il vérifie le respect de la Convention EDH.

Cette apparente neutralité de l'interchangeabilité ne doit pas dissimuler un résultat flagrant : à protection équivalente, elle se fait généralement au profit formel de la norme d'origine communautaire. Les normes du for n'ont plus qu'un rôle subsidiaire, prêtes à intervenir en cas de défaillance de l'ordre communautaire : absence de norme de portée équivalente aux normes constitutionnelles pour *Arcelor*, insuffisance manifeste pour *Bosphorus*. Seule la décision *CNB* ne semble pas s'encombrer d'une telle soupape, peut-être parce que les normes suprêmes du juge, les normes constitutionnelles, ne sont pas en cause dans le conflit. Le contrôle de fondamentalité est ainsi progressivement ramené dans un seul giron, celui de l'ordre juridique communautaire, triomphe qui pourrait paraître d'autant plus étonnant que ce système paraît le moins complet et le moins expérimenté en la matière. Pour autant, l'extension de la protection des droits fondamentaux opérée par le Traité d'Amsterdam avait permis très tôt de présager d'un « déplacement du centre de gravité de l'Europe des droits de l'homme qui pourrait, à terme, conduire à un dépérissement du Conseil d'Europe et de la future Cour EDH » (F. Sudre, préc.). La pérennité de l'équilibre actuellement atteint reste cependant soumise aux évolutions toujours imprévisibles de jurisprudences particulièrement dynamiques et au sort toujours incertain du Traité de Lisbonne, qui viendrait doublement modifier les données fondamentales, en ouvrant la possibilité de l'adhésion de l'Union à la Convention EDH et en reconnaissant la force juridique de la Charte des droits fondamentaux (pour la relativisation des avancées du Traité de Lisbonne sur ces deux points, V. D. Simon, Les droits fondamentaux dans le traité de Lisbonne, Europe, févr. 2008. repère 2).

Mots clés :

GENERALITES * Droit communautaire * Convention européenne de droits de l'homme *
Coordination
AVOCAT * Secret professionnel * Blanchiment de capitaux