

**RAPPORT SUR LA SITUATION DES DROITS FONDAMENTAUX  
DANS L'UNION EUROPEENNE EN 2004\***

Janvier 2005

Référence: CFR-CDF.rep.EU.fr.2004



Le Réseau U.E. d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux a été créé par la Commission européenne à la demande du Parlement européen. Il assure le suivi de la situation des droits fondamentaux dans les Etats membres et dans l'Union sur la base de la Charte des droits fondamentaux. Il établit des rapports à propos de la situation des droits fondamentaux dans les Etats membres et dans l'Union, ainsi que des avis sur des problèmes spécifiques liés à la protection de ces droits au sein de l'Union. Le contenu de cet avis n'engage pas la Commission européenne. La Commission décline toute responsabilité vis-à-vis des informations que contient ce document.

---

\*Ce rapport a été présenté par le professeur Olivier De Schutter, UCL, coordinateur du Réseau U.E. d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux. L'auteur remercie le professeur Henri Labayle, membre du Réseau, pour les informations auxquelles il a contribué dans les domaines de la justice et des affaires intérieures.



**RAPPORT SUR LA SITUATION DES DROITS FONDAMENTAUX  
DANS L'UNION EUROPEENNE EN 2004\***

Janvier 2005

Référence: CFR-CDF.rep.EU.fr.2004

Le Réseau U.E. d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux a été créé par la Commission européenne à la demande du Parlement européen. Il assure le suivi de la situation des droits fondamentaux dans les Etats membres et dans l'Union sur la base de la Charte des droits fondamentaux. Il établit des rapports à propos de la situation des droits fondamentaux dans les Etats membres et dans l'Union, ainsi que des avis sur des problèmes spécifiques liés à la protection de ces droits au sein de l'Union. Le contenu de cet avis n'engage pas la Commission européenne. La Commission décline toute responsabilité vis-à-vis des informations que contient ce document.

---

\*Ce rapport a été présenté par le professeur Olivier De Schutter, UCL, coordinateur du Réseau U.E. d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux. L'auteur remercie le professeur Henri Labayle, membre du Réseau, pour les informations auxquelles il a contribué dans les domaines de la justice et des affaires intérieures.

**Le Réseau U.E. d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux** a été mis sur pied par la Commission européenne (DG Justice et affaires intérieures), à la demande du Parlement européen. Depuis 2002, il assure le suivi de la situation des droits fondamentaux dans les Etats membres et dans l'Union, sur la base de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Chaque Etat membre fait l'objet d'un rapport établi par un expert sous sa propre responsabilité, selon un canevas commun qui facilite la comparaison des données recueillies sur les différents Etats membres. Les activités des institutions de l'Union européenne font l'objet d'un rapport distinct, établi par le coordinateur. Sur la base de l'ensemble de ces (26) rapports, les membres du Réseau identifient les principales conclusions et recommandations qui se dégagent de l'année écoulée. Ces conclusions et recommandations sont réunies dans un Rapport de synthèse, qui est remis aux institutions européennes. Le contenu du rapport n'engage en aucune manière l'institution qui en est le commanditaire.

Le Réseau U.E. d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux se compose de Elvira Baltutyte (Lituanie), Florence Benoît-Rohmer (France), Martin Buzinger (Rép. slovaque), Achilleas Demetriades (Chypre), Olivier De Schutter (Belgique), Maja Eriksson (Suède), Teresa Freixes (Espagne), Gabor Halmai (Hongrie), Wolfgang Heyde (Allemagne), Morten Kjaerum (Danemark), Henri Labayle (France), Rick Lawson (Pays-Bas), Lauri Malksoo (Estonie), Arne Mavcic (Slovénie), Vital Moreira (Portugal), François Moysse (Luxembourg), Jeremy McBride (Royaume-Uni), Bruno Nascimbene (Italie), Manfred Nowak (Autriche), Marek Antoni Nowicki (Pologne), Donncha O'Connell (Irlande), Ian Refalo (Malte), Martin Scheinin (suppléant Tuomas Ojanen) (Finlande), Linos Alexandre Sicilianos (Grèce), Pavel Sturma (Rép. tchèque), Ineta Ziemele (Lettonie). Le Réseau est coordonné par O. De Schutter, assisté par V. Verbruggen et V. Van Goethem.

Les documents du Réseau peuvent être consultés via:

[http://www.europa.eu.int/comm/justice\\_home/cfr\\_cdf/index\\_fr.htm](http://www.europa.eu.int/comm/justice_home/cfr_cdf/index_fr.htm)

The **EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights** has been set up by the European Commission (DG Justice and Home Affairs), upon request of the European Parliament. Since 2002, it monitors the situation of fundamental rights in the Member States and in the Union, on the basis of the Charter of Fundamental Rights. A Report is prepared on each Member State, by a Member of the Network, under his/her own responsibility. The activities of the institutions of the European Union are evaluated in a separated report, prepared for the Network by the coordinator. On the basis of these (26) Reports, the members of the Network prepare a Synthesis Report, which identifies the main areas of concern and makes certain recommendations. The conclusions and recommendations are submitted to the institutions of the Union. The content of the Report is not binding on the institutions.

The EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights is composed of Elvira Baltutyte (Lithuania), Florence Benoît-Rohmer (France), Martin Buzinger (Slovak Republic), Achilleas Demetriades (Cyprus), Olivier De Schutter (Belgium), Maja Eriksson (Sweden), Teresa Freixes (Spain), Gabor Halmai (Hungary), Wolfgang Heyde (Germany), Morten Kjaerum (Denmark), Henri Labayle (France), Rick Lawson (the Netherlands), Lauri Malksoo (Estonia), Arne Mavcic (Slovenia), Vital Moreira (Portugal), François Moysse (Luxembourg), Jeremy McBride (United Kingdom), Bruno Nascimbene (Italy), Manfred Nowak (Austria), Marek Antoni Nowicki (Poland), Donncha O'Connell (Ireland), Ian Refalo (Malta), Martin Scheinin (substitute Tuomas Ojanen) (Finland), Linos Alexandre Sicilianos (Greece), Pavel Sturma (Czech Republic), Ineta Ziemele (Latvia). The Network is coordinated by O. De Schutter, with the assistance of V. Verbruggen and V. Van Goethem.

The documents of the Network may be consulted on :

[http://www.europa.eu.int/comm/justice\\_home/cfr\\_cdf/index\\_en.htm](http://www.europa.eu.int/comm/justice_home/cfr_cdf/index_en.htm)

## TABLE DES MATIERES

TABLE DES MATIERES.....	5
<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>8</b>
I. LE CADRE INSTITUTIONNEL POUR LA PROMOTION ET LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX DANS L'UNION .....	10
1. Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe .....	10
1.1. La valeur ajoutée de la Charte des droits fondamentaux.....	11
1.2. Les dispositions générales de la Charte .....	12
Les restrictions aux droits.....	13
L'invocabilité des «principes».....	13
La prise en compte des législations et pratiques nationales .....	14
La clause relative au niveau de protection.....	14
La question des compétences .....	15
1.3. L'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme .....	17
2. L'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne .....	21
2.1. Le mandat de l'Agence et la question de la base juridique .....	22
2.2. L'application de l'article 7 UE (article I-59 de la Constitution européenne) .....	24
2.3. Observation et apprentissage mutuels dans le domaine des droits fondamentaux .....	25
2.4. L'intégration des droits fondamentaux dans la loi et la politique de l'Union .....	28
II. L'EVALUATION MUTUELLE EN TANT QUE COMPLEMENT A LA CONFIANCE MUTUELLE.....	31
1. L'évaluation mutuelle dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice.....	32
2. L'évaluation mutuelle lors de la mise au point d'un marché intérieur .....	34
2.1. La place des droits fondamentaux dans la construction du marché intérieur .....	35
2.2. Mesures d'accompagnement de la confiance mutuelle.....	38
III. UNE POLITIQUE DES DROITS FONDAMENTAUX POUR L'UNION EUROPEENNE.....	40
<b>TITRE I : DIGNITE .....</b>	<b>44</b>
Article 1. Dignité humaine .....	44
Article 2. Droit à la vie .....	44
Le contrôle intégré des frontières extérieures de l'Union .....	44
Article 3. Droit à l'intégrité de la personne.....	45
La protection des sujets de la recherche biomédicale.....	49
Article 4. Interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants.....	51
Article 5. Interdiction de l'esclavage et du travail forcé .....	51
La lutte contre le trafic d'êtres humains.....	51
La protection des enfants contre l'exploitation sexuelle et la pornographie enfantine .....	53
<b>TITRE II: LIBERTES .....</b>	<b>54</b>
Article 6. Droit à la liberté et à la sécurité.....	54
Détenition d'une personne en vue de sa remise à un autre Etat membre .....	54
Article 7. Respect à la vie privée et familiale.....	55
Article 8. Protection des données à caractère personnel.....	56
La communication des données PNR relatives aux passagers par les compagnies aériennes opérant des vols transatlantiques au Bureau américain des douanes et de la protection des frontières .....	56
La transmission par les transporteurs, aux autorités de l'Etat de destination, de données relatives aux passagers .....	63
La rétention de données traitées et stockées en rapport avec la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de données transmises via des réseaux de communications publics .....	66
Article 9. Droit de se marier et et droit de fonder une famille.....	71
Article 10. Liberté de pensée, de conscience et de religion.....	71
Article 11. Liberté d'expression et d'information .....	71

Le pluralisme des médias .....	71
Article 12. Liberté de réunion et d'association .....	72
Article 13. Liberté des arts et des sciences .....	72
Article 14. Droit à l'éducation .....	72
Article 15. Liberté professionnelle et droit de travailler.....	73
Article 16. Liberté d'entreprise .....	73
Les politiques des marchés publics .....	73
Article 17. Droit de propriété .....	74
Article 18. Droit d'asile .....	74
Identification des personnes pouvant bénéficier du statut de réfugié ou ayant droit à une protection subsidiaire.....	74
Définition des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié .....	83
Article 19. Protection en cas d'éloignement, d'expulsion ou d'extradition .....	93
L'organisation de vols communs pour l'éloignement de ressortissants de pays tiers .....	93
<b>TITRE III: L'EGALITE.....</b>	<b>96</b>
Article 20. Égalité en droit .....	96
Article 21. Non-discrimination.....	96
Article 22. Diversité culturelle, religieuse et linguistique .....	97
Article 23. Égalité entre hommes et femmes.....	97
L'intégration de l'exigence de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes... ..	98
L'extension de l'exigence de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services .....	98
Jurisprudence en matière d'égalité de traitement entre hommes et femmes .....	99
Article 24. Droits de l'enfant .....	102
Article 25. Droits des personnes âgées.....	103
Article 26. Intégration des personnes handicapées.....	103
<b>TITRE IV: SOLIDARITE.....</b>	<b>105</b>
Article 27. Droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise .....	105
Article 28. Droit de négociation et d'actions collectives .....	105
Article 29. Droit d'accès aux services de placement .....	105
Article 30. Protection en cas de licenciement injustifié .....	105
Article 31. Conditions de travail justes et équitables .....	105
L'organisation du temps de travail .....	106
L'impact de la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur .....	109
L'autonomie de la volonté .....	114
Les contrats de consommation .....	116
Les contrats de travail.....	117
Réserve relative aux lois de police .....	118
L'interaction avec le règlement «Rome II».....	119
Conclusion.....	119
Article 32. Interdiction du travail des enfants et protection des jeunes au travail.....	120
Article 33. Vie familiale et vie professionnelle.....	120
Article 34. Sécurité sociale et aide sociale .....	120
Article 35. Protection de la santé.....	121
La prise en charge des soins de santé dispensés dans un autre Etat membre que l'Etat membre d'affiliation.....	122
Liberté d'établissement des prestataires de soins de santé .....	124
La communication sur les services sociaux d'intérêt général .....	125
Coopération sur les services de santé et les soins médicaux .....	125
Article 36. Accès aux services d'intérêt économique général.....	127
Le contexte du débat sur les services d'intérêt économique général.....	127
La nécessité de respecter la définition de l'intérêt général par les Etats membres.....	128
Article 37. Protection de l'environnement .....	132

Article 38. Protection du consommateur .....	132
<b>TITRE V: LES DROITS DU CITOYEN .....</b>	<b>132</b>
Article 39. Droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen.....	132
Article 40. Droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales .....	132
Article 41. Droit à une bonne administration .....	133
Article 42. Droit d'accès aux documents .....	133
Article 43. Médiateur.....	133
Article 44. Droit de pétition.....	133
Article 45. Liberté de circulation et de séjour .....	133
Les citoyens de l'Union européenne .....	133
Article 46. Protection diplomatique et consulaire .....	137
<b>TITRE VI: JUSTICE .....</b>	<b>138</b>
Article 47. Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial .....	138
L'élargissement du recours direct en annulation du particulier.....	138
La protection juridictionnelle dans le cadre de la Politique étrangère et de sécurité commune .....	141
Article 48. Présomption d'innocence et droits de la défense .....	144
Article 49. Principes de légalité et de proportionnalité des délits et des peines .....	144
Article 50. Droit à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même infraction .....	144
<b>CHARTRE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPEENNE.....</b>	<b>145</b>

## INTRODUCTION

Le programme de travail 2004-2005 du Réseau U.E. d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux prévoit que la préparation du rapport de synthèse qui sera présenté à la Commission en mars 2005 sera précédée par l'élaboration d'une série de 25 rapports sur chacun des Etats membres de l'Union et d'un rapport qui se concentrera sur les activités des institutions de l'Union. C'est dans ce cadre qu'il faut situer le présent Rapport. Ce dernier se réfère la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Il examine, sur la base des clauses de la Charte, les initiatives que les institutions de l'Union ont prises au cours de l'année 2004.

Bien que ce rapport examine la totalité des droits, des libertés et des principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux, trois thèmes prédominent. Premièrement, des développements essentiels qui se sont produits en 2004 seront à l'origine de transformations radicales du cadre général assurant la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union. L'adoption par les chefs d'Etat et de gouvernement d'un Traité établissant une Constitution pour l'Europe<sup>1</sup> et la transformation de l'Observatoire européen des phénomènes du racisme et de la xénophobie en une Agence des droits fondamentaux<sup>2</sup> seront commentées dans l'Introduction de ce rapport afin de déterminer les impacts que ces développements pourraient avoir dans le futur – après le 1<sup>er</sup> novembre 2006 ou, en ce qui concerne la création effective de l'Agence, après le 1<sup>er</sup> janvier 2007 – dans le domaine de la promotion et de la protection des droits de l'homme en Europe.

Deuxièmement, des débats importants ont eu lieu à propos des rapports noués entre les libertés économiques – les libertés fondamentales reconnues par le Traité CE – et la capacité des Etats à promouvoir et à défendre certains droits tels que le droit d'accès aux soins de santé (article 35 de la Charte)<sup>3</sup>, le droit d'accès aux services d'intérêt économique général (article 36), le droit des travailleurs à des conditions de travail justes et équitables (article 31) ou la protection des consommateurs (article 38). Telle est bien en effet la question centrale soulevée par la proposition de la Commission européenne en vue d'une directive relative aux services dans le marché intérieur<sup>4</sup>, par la proposition de modification de la directive 2003/88/CE concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail<sup>5</sup>, ou par le Livre vert de la Commission sur les services d'intérêt général,<sup>6</sup> qui a mené en mai 2004 à l'adoption d'un Livre blanc de la Commission<sup>7</sup>. Ce rapport examinera l'impact de ces propositions sur les droits fondamentaux.

Troisièmement, d'importants progrès ont été réalisés dans les domaines de la justice et des affaires intérieures. Un certain nombre d'instruments ont été adoptés dans le cadre de la politique commune en matière d'asile et d'immigration, en partie à cause des délais établis par le Traité d'Amsterdam pour l'adoption d'une série de mesures législatives se fondant sur le titre IV de la troisième partie du Traité CE<sup>8</sup>, et en partie parce qu'en raison de l'élargissement de l'Union à dix nouveaux Etats, il a été jugé qu'il serait plus difficile après le 1<sup>er</sup> mai 2004 de trouver un consensus entre les différents Etats membres de l'Union dans ce domaine. La

<sup>1</sup> JO n° C 310 du 16.12.2004, p. 1.

<sup>2</sup> Le 25 octobre 2004, la Commission européenne publiait un document consultatif sur l'Agence des droits fondamentaux, qui lançait une consultation publique, qui s'est achevée le 17 décembre 2004 (COM(2004) 693 final du 25.10.2004).

<sup>3</sup> Dans un souci de clarté, la numérotation originale des dispositions de la Charte des droits fondamentaux sera conservée dans ce rapport.

<sup>4</sup> COM(2004) 2 final, du 13.01.2004.

<sup>5</sup> COM(2004) 607 final, du 22.09.2004.

<sup>6</sup> COM(2003) 270 final, du 21.05.2003.

<sup>7</sup> Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social, et au Comité des Régions, Livre blanc sur les services d'intérêt général, COM(2004) 374 final, du 12.05.2004.

<sup>8</sup> Voir art. 61, a), 62 et 63 CE.



coopération entre les Etats membres en matière de justice pénale et de police s'est également accélérée, surtout après l'attentat terroriste de Madrid le 11 mars 2004, qui a renforcé les arguments favorables à une coopération plus étendue dans ces domaines.

Par conséquent, ce rapport examine des thèmes très variés. Pourtout, il est animé d'une conviction unique. Dans une Union européenne élargie, surtout avec les mécanismes de décision hérités du Traité de Nice, qui est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2003<sup>9</sup>, il sera de plus en plus difficile de réaliser une harmonisation législative. Par conséquent, la reconnaissance mutuelle (y compris sous la forme du "principe du pays d'origine" dans le domaine des services transfrontaliers) s'avère être la solution la plus souhaitable dans de nombreux domaines, non seulement parce qu'elle est la plus facile à appliquer, mais aussi parce que c'est celle qui respecte le mieux la diversité des approches des Etats membres. Cependant, il ne suffit pas de proclamer simplement la reconnaissance mutuelle qui sera appliquée entre 25 Etats de plus en plus différents, et dans lesquels les cultures administratives et juridiques ainsi que la façon d'envisager le rôle de l'Etat au sein du marché diffèrent parfois fortement; dans la mesure où cette reconnaissance implique que les Etats doivent se faire confiance mutuellement, elle doit être renforcée et garantie par des mécanismes de contrôle prévoyant une évaluation mutuelle par les Etats membres. Ces mécanismes doivent compléter la surveillance du respect du droit de la Communauté et de l'Union par la Commission européenne et par la Cour de justice des Communautés européennes, qui contribuent l'une et l'autre à garantir l'application du droit européen. Ils doivent opérer de façon préventive, avant que la confiance mutuelle soit rompue, plutôt qu'après coup. Ils doivent être réguliers et systématiques plutôt qu'improvisés sur une base *ad hoc*. Et ils doivent mener non seulement à l'adoption de mesures de sauvegarde là où c'est nécessaire, mais aussi à des propositions législatives au niveau de l'Union lorsque ces initiatives semblent nécessaires. En définitive, ce rapport se fonde sur la conviction qu'une politique plus proactive en matière de droits fondamentaux est indispensable. Elle constitue une mesure d'accompagnement nécessaire de la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice entre les Etats membres qui sera basée sur le principe de la reconnaissance mutuelle.

Le précédent *Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union en 2003* présenté au Réseau d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux<sup>10</sup> mettait déjà l'accent sur la nécessité, dans une Union élargie, de compléter la reconnaissance mutuelle par des mécanismes d'évaluation assurant le maintien de la confiance mutuelle et par une politique en matière de droits fondamentaux basée sur l'identification de problèmes nécessitant l'adoption de certaines initiatives, y compris des mesures d'harmonisation, au niveau de l'Union. Au terme de son examen des activités des institutions de l'Union en 2003, ce rapport avait insisté sur le fait que les violations de la Charte des droits fondamentaux n'avaient que rarement leur source *directement* dans les activités de l'Union – comme ce serait le cas, en particulier, si le droit dérivé de l'Union européenne imposait aux Etats membres de violer les droits fondamentaux –, mais résultaient plutôt de l'utilisation que pouvaient faire les Etats membres de la marge d'appréciation que les instruments de l'Union européenne leur laissait.<sup>11</sup> Ce rapport avait tenté surtout d'estimer le risque de violations dans la façon dont les Etats membres appliqueront le droit de l'Union: dans les situations dans lesquelles ce dernier ne se prononce pas plutôt que dans ce qu'il prescrit. La conclusion à laquelle cette démarche avait abouti, est que l'Union/Communauté devraient dans certaines circonstances accepter d'adopter des mesures en vertu d'une obligation positive dans la mesure où les traités constitutifs prévoient les pouvoirs nécessaires à cet effet<sup>12</sup>. Ce rapport avait constaté qu'il n'était peut-être

<sup>9</sup> JO n° C 180, du 10.03.2001.

<sup>10</sup> Ce rapport a été finalisé en janvier 2004. Il sera cité ici sous le nom de «Rapport 2004».

<sup>11</sup> Voir l'introduction du Rapport 2004, point II.3.

<sup>12</sup> A cet égard, le Rapport 2004 a délibérément paraphrasé la présentation qu'il a faite de la même question dans le groupe de travail «Inclusion de la Charte/accès à la CEDH» lors de la Convention européenne. Voir le Rapport final du groupe de travail II, GT II 16, CONV 354/02, 22 octobre 2002, p. 13, concernant les conséquences pouvant résulter de l'accès de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme: «...l'Union se verrait

pas suffisant que les droits et les principes de la Charte *ne soient pas violés* par les institutions de l'Union, mais que, dans certains cas, les institutions devraient aussi accepter *une obligation d'agir* afin de s'assurer que ces droits et ces principes ne seront pas violés par les Etats membres lorsqu'ils appliqueront le droit de l'Union. Par conséquent, le Rapport de 2004 suggérait de vérifier si le législateur européen avait adopté toutes les mesures pouvant raisonnablement prévenir le risque de violation du droit fondamental lorsqu'il était intervenu dans le domaine en question. Enfin, il affirmait que les principes de subsidiarité et de proportionnalité, qui réglementent l'exercice des compétences que l'Union partage avec les Etats membres, ne devraient pas constituer un obstacle à un rôle plus proactif de l'Union en matière de promotion et de protection des droits fondamentaux.

C'est cette approche plus proactive, basée sur l'acceptation d'une obligation d'agir imposée aux institutions de l'Union par la Charte des droits fondamentaux, qui a été choisie par le Conseil européen dans ses conclusions adoptées à Bruxelles les 4 et 5 novembre 2004. Le Conseil européen a affirmé que

l'inclusion de la Charte dans le traité constitutionnel ainsi que l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales mettront l'Union européenne et ses institutions dans l'obligation juridique de veiller non seulement à respecter, *mais également à promouvoir activement* les droits fondamentaux dans l'ensemble de leurs domaines d'action.

Cette introduction développera brièvement les thèmes généraux qui ont été évoqués. Premièrement, elle examine les changements que le Traité établissant une Constitution pour l'Union européenne apportera au cadre de la promotion et de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, et auxquels l'Agence des droits fondamentaux pourrait contribuer (I.). Deuxièmement, elle examine la façon dont l'évaluation mutuelle entre les Etats membres pourrait contribuer à établir et à soutenir la confiance mutuelle qui constitue la base de la reconnaissance mutuelle dans les domaines de la liberté, de la sécurité et de la justice, et à mettre sur pied le marché intérieur (II.). Troisièmement, elle relie le développement de ces mécanismes d'évaluation à l'idée d'une politique des droits fondamentaux pour l'Union européenne (III.).

## **I. LE CADRE INSTITUTIONNEL POUR LA PROMOTION ET LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX DANS L'UNION**

### **1. Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe**

La signature, le 29 octobre 2004, du Traité établissant une Constitution pour l'Europe<sup>13</sup> contient la promesse d'une amélioration majeure, si et quand le traité est ratifié par tous les Etats membres, au cadre institutionnel pour la promotion et la protection des droits fondamentaux dans l'Union. Afin de contribuer à la clarification du débat concernant l'impact de l'adoption du Traité constitutionnel sur les droits fondamentaux, il convient de commenter dans l'introduction l'insertion de la Charte des droits fondamentaux dans la Constitution, et l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des Droits de l'Homme, deux avancées qui représentent les contributions les plus visibles de la Constitution au statut des droits fondamentaux dans l'Union. D'autres progrès réalisés par la Constitution dans le domaine de

---

imposer une obligation «positive» conformément à la CEDH uniquement dans la mesure où le traité comprend des pouvoirs l'autorisant à agir».

<sup>13</sup> Ce qui suit se réfère au texte renuméroté: CIG 87/2/04 (REV 2), 29 octobre 2004. Voir JO n° C 310 du 16.12.2004.

droits fondamentaux spécifiques – dont le droit d'accès à la justice – seront commentés dans la clause correspondante de la Charte.

L'inscription de la Charte des droits fondamentaux en tant que deuxième partie du Traité établissant une Constitution pour l'Europe suit la proposition faite par la Convention européenne sur la base du rapport final du groupe de travail II de la Convention, dans le texte remis à la présidence du Conseil le 18 juillet 2003. La Convention européenne a accompagné cette proposition de certaines révisions portant sur le Préambule de la Charte ainsi que sur son titre VII, regroupant les dispositions générales régissant l'interprétation et l'application de la Charte.

Bien qu'elle ait suscité en général l'approbation, la perspective de l'insertion de la Charte dans le Traité constitutionnel a aussi suscité des craintes de nature diverse. Certains s'interrogent sur la valeur ajoutée que cette insertion peut représenter (1.). D'autres émettent des objections sur certains aspects de la Charte, notamment sur le choix des dispositions regroupées au sein du dernier titre de la Charte et sur les adaptations dont ces dispositions ont fait l'objet dans le cadre de la Convention sur l'avenir de l'Europe (2.). Certains craignent que l'insertion de la Charte dans le Traité constitutionnel aboutisse à étendre les compétences attribuées à l'Union par ses Etats membres (3.). Enfin, des questions sont posées à propos des liens qui existent, de concurrence ou de complémentarité, entre l'insertion de la Charte dans le Traité constitutionnel et l'adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (4.). Les paragraphes suivants tentent d'apporter, à l'égard des questions ainsi posées, des éclaircissements au débat.

### *1.1. La valeur ajoutée de la Charte des droits fondamentaux*

L'acquis de l'Union européenne en matière de droits fondamentaux se caractérise actuellement par une grande disparité des sources: cet acquis se compose des principes généraux du droit communautaire que la Cour de justice a progressivement dégagés en y incluant les droits fondamentaux de manière sélective, de certaines dispositions inscrites dans les traités et d'un droit dérivé relativement important, notamment en matière de liberté de circulation, en matière sociale, en matière de non-discrimination et en matière de protection de la vie privée, élaboré à partir de bases juridiques diverses. La Charte rend visible cet acquis de l'Union européenne en matière de droits fondamentaux. Elle peut contribuer à cet égard à la sécurité juridique.

Il importe de souligner que ni les rédacteurs de la Charte des droits fondamentaux, ni les membres de la Convention européenne chargée de proposer un Traité constitutionnel, n'ont souhaité privilégier à tout prix le souci de sécurité juridique sur celui de laisser la place à des possibilités pour les droits fondamentaux reconnus au sein de l'Union d'évoluer. L'article 9, § 3, du projet de Traité constitutionnel indique que la Cour de justice doit pouvoir continuer à développer les droits fondamentaux par l'élaboration des principes généraux du droit dont elle assure le respect, sans que l'identification d'un certain nombre de droits dans la Charte y fasse obstacle<sup>14</sup>. La Charte elle-même prévoit, à son article 53 (devenu l'article II-113 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe), qu'elle ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union offre une protection des droits fondamentaux plus large que celle de la Charte elle-même<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> En vertu de l'article 9(3) du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, «les droits fondamentaux, garantis par la Convention européenne pour la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales et résultant des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, constitueront les principes généraux du droit de l'Union».

<sup>15</sup> Selon l'article II-113 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe: «Rien dans la Charte ne sera interprété comme restreignant ou, au contraire, affectant les droits de l'homme et les libertés fondamentales reconnus, dans leurs champs d'application respectifs, par le droit de l'Union, le droit international et par des accords internationaux dont l'Union ou tous les Etats membres sont signataires, y compris la Convention européenne pour la protection

En dépit de ce que la Charte préserve ainsi les possibilités d'évolution des droits fondamentaux, l'inscription au sein d'un texte unique des droits fondamentaux déjà reconnus favorise une prise en compte plus systématique de ceux-ci par les institutions, ainsi que leur invocation plus fréquente devant les organes juridictionnels – nationaux et européens – chargés d'appliquer le droit de l'Union. Ainsi, dès le 13 mars 2001, la Commission a décidé que toute proposition d'actes de droit dérivé fera l'objet d'un contrôle préalable de compatibilité avec la Charte. Elle prétend la respecter de manière systématique et toutes les propositions de directives ou de règlements présentant un lien spécifique avec les droits fondamentaux contiennent un considérant supplémentaire précisant que l'acte respecte les droits et les principes contenus dans la Charte. De nombreuses références à la Charte des droits fondamentaux sont apparues dans les rapports et résolutions du Parlement ainsi que dans les questions des membres du Parlement européen adressées à la Commission et au Conseil. Le Conseil s'est référé à la Charte dans plusieurs décisions et résolutions. La Charte est également invoquée dans certains actes adoptés en vertu de la procédure de codécision. Quant au Parlement européen, l'article 58 de son règlement l'oblige, lors de l'examen d'une proposition législative, à veiller à ce qu'elle soit conforme à la Charte. Le Parlement européen a par ailleurs utilisé la Charte comme modèle pour ses rapports annuels sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne constitue enfin l'instrument de référence du monitoring qu'assume, depuis sa mise sur pied en septembre 2002, le Réseau U.E. d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux, qui assiste la Commission et le Parlement européen en évaluant la situation des droits fondamentaux dans les Etats membres et dans les activités de l'Union. Tous ces exemples illustrent l'effet d'entraînement que produit l'adoption de la Charte des droits fondamentaux: à présent qu'une telle Charte existe, la référence aux droits fondamentaux devient plus aisée, notamment dans le chef des institutions de l'Union. Les citoyens eux-mêmes invoquent de plus en plus fréquemment la Charte des droits fondamentaux dans les plaintes qu'ils adressent au Médiateur européen ainsi que dans les pétitions présentées au Parlement européen<sup>16</sup>.

L'insertion de la Charte dans le Traité constitutionnel facilitera encore davantage la référence aux droits fondamentaux. La Cour de justice elle-même, qui s'est jusqu'à présent montrée soucieuse de ne pas anticiper sur la volonté du pouvoir constituant et s'est abstenue de se fonder sur la Charte des droits fondamentaux dans ses arrêts, n'hésitera plus à prendre appui sur la Charte, ainsi que l'ont déjà fait le Tribunal de première instance et, individuellement, chacun des Avocats généraux de la Cour.

### *1.2. Les dispositions générales de la Charte*

Les articles 51 à 54 de la Charte (devenus les articles II-111 à II-114 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe) regroupent des dispositions générales, qui concernent l'interprétation et l'application de l'ensemble de ses dispositions matérielles. Il n'y a rien d'étonnant dès lors à ce que ces dispositions aient suscité de nombreux commentaires: elles définissent en fait le statut des droits que la Charte reconnaît, au sein de la construction constitutionnelle de l'Union. Ces commentaires appellent quatre observations<sup>17</sup>.

---

des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et par les constitutions des Etats membres».

<sup>16</sup> Voir Rapport sur l'impact de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et son statut futur (rapp. Andrew Duff), doc. PE 313.401, 8 octobre 2002.

<sup>17</sup> Parmi les adaptations que la Convention européenne a apportées à la Charte des droits fondamentaux, figure l'inscription d'une clause affirmant la valeur des explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, établies sous l'autorité du présidium de la Convention qui a élaboré la Charte et mises à jour sous la responsabilité du praesidium de la Convention européenne. L'article II-112, § 7, de la Constitution indique que «les explications élaborées en vue de guider l'interprétation de la Charte des droits fondamentaux sont dûment prises en considération par les juridictions de l'Union et des Etats membres», formule que reprend aussi le Préambule de la Charte. Dans la Déclaration n° 12 annexée au Traité établissant une Constitution pour l'Europe, la Conférence intergouvernementale «prend note» de ces explications. L'introduction aux explications de la Charte précise que «bien que ces explications n'aient pas en soi de valeur juridique, elles constituent un outil d'interprétation précieux

*Les restrictions aux droits*

L'article 52, § 1<sup>er</sup>, de la Charte indique que «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 au besoin de protection des droits et libertés d'autrui». Cette formule s'inspire de la jurisprudence de la Cour de justice, qui estime que, «des restrictions peuvent être apportées à l'exercice des droits fondamentaux, [...] à condition que ces restrictions répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté et ne constituent pas, par rapport au but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable, qui porterait atteinte à la substance même de ces droits».

Le choix d'une clause générale de restriction contraste au premier abord avec celui qui a été fait par les rédacteurs de la Convention européenne des droits de l'homme. Ceux-ci ont précisé, pour chaque droit ou liberté reconnu, les objectifs d'intérêt général susceptibles de justifier qu'une restriction puisse lui être apportée. Cependant, selon l'article 52, § 3, de la Charte (article II-112, § 3), «dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondants à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite disposition. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue». Le renvoi aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme pour l'interprétation des dispositions correspondantes de la Charte des droits fondamentaux s'étend au régime des restrictions aux droits et libertés de la Convention<sup>18</sup>. Par ce biais, le droit de la Convention européenne des droits de l'homme prévaut dès lors qu'il protège les droits fondamentaux à un niveau plus élevé. Ainsi, lorsque l'on voudra justifier certaines restrictions apportées à des droits de la Charte des droits fondamentaux par la poursuite d'«objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union», encore faudra-t-il que l'objectif invoqué figure parmi les motifs jugés légitimes par la Convention européenne des droits de l'homme, pour chaque droit dont il s'agit.

*L'invocabilité des «principes»*

Inséré dans la Charte des droits fondamentaux par la Convention européenne au sein de laquelle a été élaboré le projet de Traité constitutionnel, le nouvel article 52, § 5, de la Charte indique que

Les dispositions de la présente Charte qui contiennent des principes peuvent être mises en œuvre par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions, organes et organismes de l'Union, et par des actes des Etats membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, dans l'exercice de leurs compétences respectives. Leur invocation devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes.

Certains font une interprétation littérale de cette disposition, limitant l'invocabilité d'un «principe» aux situations où une mesure a été prise, au niveau de l'Union ou à celui d'un Etat

---

destiné à éclairer les dispositions de la Charte».

<sup>18</sup> Ainsi que le précisent les explications du présidium de la Convention: «Le paragraphe 3 vise à assurer la cohérence nécessaire entre la Charte et la C.E.D.H. en posant la règle que, dans la mesure où les droits de la présente Charte correspondent également à des droits garantis par la C.E.D.H., leur sens et leur portée, y compris les limitations admises, sont les mêmes que ceux que prévoit la C.E.D.H. Il en résulte en particulier que le législateur, en fixant des limitations à ces droits, doit respecter les mêmes normes que celles fixées par le régime détaillé des limitations prévu dans la C.E.D.H., qui sont donc rendues applicables aux droits couverts par ce paragraphe, sans que cela porte atteinte à l'autonomie du droit de l'Union et de la Cour de justice de l'Union européenne».

membre, *afin de le mettre en œuvre*. Selon cette interprétation, il faudrait donc attendre, pour que des «principes» tels que la protection de l'environnement ou la protection des consommateurs<sup>19</sup>, puissent produire un effet utile, que le législateur ou l'exécutif prennent des mesures visant à réaliser ces principes. Si cette interprétation était admise, elle ferait obstacle à ce que l'on puisse prendre appui sur les «principes» que contient la Charte face à une situation où ces principes seraient clairement violés par l'adoption de certaines mesures allant à leur encontre. En réalité, l'article 52, § 5, de la Charte se borne à reconnaître que les «principes» diffèrent par rapport aux «droits subjectifs» seulement quant aux modalités selon lesquelles les uns et les autres seront invoqués. Les principes sont bel et bien invocables, mais ils n'ont qu'une justiciabilité limitée: ils peuvent servir de «boucliers», pour faire obstacle à l'adoption de certains actes des institutions de l'Union ou des Etats membres qui remettraient en cause le niveau de réalisation déjà atteint par des mesures de mise en œuvre; ils ne peuvent servir d'«épées», c'est-à-dire être invoqués devant le juge afin de réclamer de la part du législateur ou de l'exécutif l'adoption de certaines mesures déterminées à l'effet de les concrétiser. En ce sens, «met en œuvre» le principe au sens de l'article 52, § 5, de la Charte, l'acte qui constitue une violation de ce principe: un tel acte pourra donc être censuré au regard des exigences de celui-ci, que ce soit dans le cadre d'un recours en annulation de cet acte ou dans le cadre d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité.

#### *La prise en compte des législations et pratiques nationales*

L'article 52, § 6, de la Charte précise que «les législations et pratiques nationales doivent être pleinement prises en compte comme précisé dans la présente Charte». Cette disposition fait partie des ajouts opérés par les membres de la Convention européenne. D'autres dispositions de la Charte, dont la plupart concernent les droits sociaux, sont reconnues ou exercées, notamment, «selon les cas et selon les conditions prévus par le droit de l'Union et les législations et pratiques nationales» (article 27), «conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales (articles 28 et 34, § 2), «selon les modalités établies par le droit de l'Union et les législations et pratiques nationales» (articles 34, § 1<sup>er</sup>, et 34, § 3), ou encore «tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales» (article 36).

Ces expressions ne signifient pas que, quel que soit le contenu de la pratique ou de la législation nationale en cause, elle serait de toute manière conforme aux prescrits de la Charte, dès lors que c'est aux pratiques et législations nationales que renvoient certaines dispositions de celles-ci. Dans un certain nombre de cas, il revient au législateur ou aux autres autorités nationales de définir les conditions d'exercice d'un droit, par exemple en réglementant l'exercice du droit de grève, en instaurant un système de sécurité sociale ou en confiant certaines missions d'intérêt général à des prestataires de services. Mais il s'agit pour les autorités nationales de réglementer le droit en cause, donc d'en rendre possible l'exercice par une définition de son régime: une suppression complète dudit droit ou l'imposition de conditions d'exercice exagérément restrictives, aboutissant à en nier le «contenu essentiel», ne serait pas conforme aux exigences de la Charte des droits fondamentaux de l'Union.

#### *La clause relative au niveau de protection*

L'article 53 de la Charte (article II-113 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe) énonce que: «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

<sup>19</sup> Il faut souligner que la frontière entre les droits pleinement justiciables et les droits «programmatisés» – les «principes» – n'est pas toujours étanche: les membres de la Convention européenne ont estimé délibérément que la question devait demeurer ouverte, le contenu des deux catégories devant être identifié au cas par cas, par voie jurisprudentielle, et plusieurs dispositions de la Charte pouvant contenir des éléments relevant d'un droit et d'un principe.

conventions internationales auxquelles sont parties l'Union ou tous les Etats membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des Etats membres». Cet article a parfois été interprété comme introduisant une exception au principe de la primauté du droit de l'Union que reconnaît l'article I-6 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, puisqu'il affirme que la Charte ne remet pas en cause la protection des droits de l'homme telle qu'elle est opérée par «les constitutions des Etats membres». Mais cette interprétation est incorrecte. Cette disposition n'implique pas que l'Union serait tenue de respecter les droits fondamentaux tels qu'ils sont définis par les constitutions des Etats membres: c'est uniquement «dans leur champ d'application» que les constitutions nationales doivent être respectées, c'est-à-dire s'agissant des actes des Etats membres qui ne sont pas régis par le droit de l'Union. En revanche, il faut rappeler que la Cour de justice a toujours été soucieuse de prendre en compte les traditions constitutionnelles communes des Etats membres au moment d'identifier les droits fondamentaux qu'elle a considéré devoir faire figurer parmi les principes généraux du droit européen: cette démarche est appelée à se poursuivre, ainsi qu'il a été rappelé plus haut en référence à l'article I-9, § 3, du Traité établissant une Constitution pour l'Europe.

La solution découlant des articles I-9, § 3, I-6 et II-113 du texte constitutionnel est ainsi la suivante: bien que le droit de l'Union ne doive pas respecter les dispositions de chaque constitution nationale, les traditions constitutionnelles des Etats membres peuvent constituer une source d'inspiration pour la Cour de justice dans le développement qu'elle assure des droits fondamentaux, et les Etats membres ne peuvent prendre prétexte de ce que les droits reconnus dans la Charte offrent une protection moins importante pour écarter des garanties de leur Constitution nationale, là où le respect de ces garanties est compatible avec le droit de l'Union.

#### *La question des compétences*

L'Union ne peut agir que dans les limites des compétences que les Etats membres lui ont attribuées en vue d'atteindre les objectifs fixés par la Constitution<sup>20</sup>. Ce principe d'attribution est une garantie essentielle de l'équilibre des rapports qui s'établissent entre les Etats membres et l'Union. L'article 51, § 2, de la Charte des droits fondamentaux (article 111, § 2, du Traité établissant une Constitution pour l'Union) prévoit que l'adoption de celle-ci ne saurait avoir pour conséquence de modifier cet équilibre. Cette disposition dit que la 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 autres parties de la Constitution». L'inscription de la Charte dans le Traité ne produit donc aucun impact sur la répartition des compétences entre les Etats membres et l'Union. Ce principe se laisse décomposer en deux règles distinctes.

*D'abord, la Charte des droits fondamentaux n'a pas pour effet d'investir l'Union de compétences nouvelles, qu'elle ne détiendrait pas en vertu d'autres parties de la Constitution.* Le seul effet de la Charte est d'encadrer l'exercice des compétences qui sont exercées par l'Union ou par les Etats membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. La Charte impose donc une limite à la manière dont ces compétences sont exercées. Non seulement l'Union ne peut aller au-delà des compétences qui lui sont attribuées, mais, en outre, elle demeure tenue, lorsqu'elle exerce ces compétences, au respect des droits fondamentaux énumérés dans la Charte. Et lorsque les Etats membres agissent en tant qu'administration décentralisée de l'Union – ils sont tenus ainsi d'appliquer les lois européennes, de mettre en œuvre les lois-cadres européennes ou d'exécuter les règlements ou les décisions –, ils doivent eux aussi respecter ces droits fondamentaux: l'on ne saurait admettre que les Etats membres

<sup>20</sup> L'article I-11 du Traité établissant une Constitution pour l'Union rend visible le principe d'attribution régissant les compétences de l'Union.

ignorent les limites des droits fondamentaux qui s'imposent au droit de l'Union, lorsque le droit de l'Union lui-même est tenu de respecter ces limites.

La seconde règle est que *la Charte n'a pas pour effet d'étendre le champ d'application du droit de l'Union*. Certaines situations demeurent en effet régies uniquement par le droit des Etats membres, sans que l'action de ceux-ci présente un quelconque lien de rattachement avec le droit de l'Union. C'est le cas lorsque les Etats membres ne mettent pas en œuvre le droit de l'Union et ne s'inscrivent pas dans une exception que ménage à leur profit le droit de l'Union – qui, par exemple, définit à quelles conditions peuvent être tolérées certaines entraves aux libertés fondamentales de circulation que prévoit le traité ou à la prestation transfrontières des services. La Charte des droits fondamentaux ne sera pas invocable dans de telles situations. Naturellement, les Etats membres demeurent en tout état de cause tenus de respecter les droits et libertés fondamentaux définis dans les instruments internationaux auxquels ils sont parties. Mais la seule vocation de la Charte est d'*accompagner* le transfert de compétences des Etats membres vers l'Union, afin de garantir que tout le droit de l'Union demeure subordonné au respect des droits fondamentaux, y compris là où les Etats membres agissant en tant qu'acteurs du droit de l'Union. La Charte n'a pas vocation en revanche à s'appliquer de manière indépendante: elle ne s'applique que dans la mesure où une autre règle du droit de l'Union est applicable, et en combinaison avec cette règle.

Il n'est donc pas justifié d'affirmer, par exemple, que les droits sociaux que la Charte énonce viendraient s'imposer dans les ordres juridiques nationaux des Etats membres, héritant des vertus – primauté et applicabilité directe – propres du droit de l'Union européenne. Ces droits sociaux ne seront invocables qu'à l'égard des actes adoptés par les institutions de l'Union, et les Etats membres seront tenus de les respecter dans la mesure seulement où ils agissent dans le domaine d'application de l'Union (par exemple, transposant une loi cadre ou exécutant une loi ou un règlement délégué). Les Etats membres de l'Union ne sont pas tenus de respecter la Charte lorsqu'ils adoptent des actes qui ne présentent avec le droit de l'Union aucun lien de rattachement quelconque.

Ainsi, à la règle selon laquelle la Charte ne modifie pas la répartition des compétences existantes entre l'Union et les Etats membres, s'ajoute la règle selon laquelle la Charte n'a pas pour effet d'étendre le domaine d'application du droit de l'Union: la Charte ne sera pas invocable dans les situations qui sont régies uniquement par les Etats membres et que le droit de l'Union n'a nullement affectées. Le rappel de ces deux règles, que réunit l'article 51, § 2, de la Charte des droits fondamentaux (article 111, § 2, du Traité établissant une Constitution pour l'Europe), ne doit pas conduire à sous-estimer pour autant les possibilités dont l'Union dispose afin de contribuer au respect des droits fondamentaux dans l'Union. Selon la future Constitution, l'Union peut prendre les mesures nécessaires pour combattre certaines formes de discrimination, dans les limites qu'impose le respect de la subsidiarité et de proportionnalité de son intervention<sup>21</sup>. Elle peut adopter des mesures en matière d'asile et d'immigration, y compris en matière de regroupement familial et de rapatriement des personnes en séjour irrégulier<sup>22</sup>. Elle peut prendre certaines mesures en matière sociale, par exemple en vue d'améliorer le milieu de travail pour protéger la santé et la sécurité des travailleurs, ou afin de favoriser l'information et la consultation des travailleurs<sup>23</sup>. Elle peut favoriser la coopération judiciaire en matière pénale en encourageant la compatibilité des règles applicables dans les Etats membres aux fins de la reconnaissance mutuelle des décisions de justice en matière pénale<sup>24</sup> ou en adoptant des mesures instaurant des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et aux sanctions dans des domaines de criminalité grave et qui présentent une dimension transfrontière<sup>25</sup>, et contribuer par-là à la

<sup>21</sup> Article III-124.

<sup>22</sup> Articles III-266 et III-267.

<sup>23</sup> Article III-210.

<sup>24</sup> Article III-270.

<sup>25</sup> Article III-271.



protection de certaines valeurs fondamentales par l'outil du droit pénal. Les exemples peuvent être multipliés. En outre, l'article I-3 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe fait figurer parmi les objectifs de l'Union la promotion de ses valeurs, parmi lesquelles le respect de la dignité humaine, de la liberté, de la démocratie, de l'égalité, de l'Etat de droit, ainsi que du respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités (article I-2); cela rend possible l'utilisation de la clause de flexibilité, relative aux pouvoirs implicites, si une action de l'Union paraît nécessaire dans le cadre des politiques de l'Union, relatives notamment à l'établissement d'un marché intérieur et d'un espace de liberté, de sécurité et de justice (article I-18). La Charte des droits fondamentaux influencera nécessairement la manière dont ces compétences sont exercées. Mais elle n'a pas pour conséquence d'étendre la liste de ces compétences que l'Union s'est vu attribuer par les Etats membres.

### *1.3. L'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme*

La Charte des droits fondamentaux de l'Union se définit donc comme un catalogue de droits propres à l'Union, qui s'impose dans le cadre des compétences que celle-ci exerce, directement (par ses institutions, organes et agences) ou indirectement (par le relais des Etats membres). En revanche, la Charte n'est pas assimilable à une convention que les Etats membres auraient conclue entre eux pour s'obliger au respect d'un certain nombre de droits fondamentaux. Elle n'est donc pas comparable à une Convention européenne des droits de l'homme applicable uniquement entre les Etats membres de l'Union. Elle ne fait pas concurrence aux instruments internationaux ou européens de protection des droits de l'homme qui lient les Etats membres de l'Union sur le plan international.

Cela signifie que l'insertion de la Charte des droits fondamentaux dans le Traité constitutionnel ne prive aucunement de son utilité l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme, que prévoit l'article I-9, § 2, du Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Les deux démarches sont complémentaires: pas plus que la consécration, dans les constitutions des Etats membres, d'un ensemble plus ou moins étendu de droits fondamentaux, ne fait obstacle à ce que ces Etats adhèrent à la Convention européenne des droits de l'homme ou à d'autres instruments internationaux de protection des droits de l'homme, l'insertion de la Charte des droits fondamentaux dans la Constitution européenne ne rend-elle sans objet l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme; et, de même qu'il est d'autant plus facile aux Etats parties à la Convention européenne des droits de l'homme de se conformer aux obligations de celle-ci que leur droit constitutionnel interne assure une protection efficace des droits fondamentaux, il sera d'autant plus aisé pour l'Union de respecter ses engagements dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme qu'elle se sera dotée, à travers l'insertion de la Charte des droits fondamentaux dans le Traité constitutionnel, d'un mécanisme interne de protection de ces droits. Pour les Etats comme pour l'Union, l'engagement à se conformer à un instrument international de protection des droits de l'homme ne dispense nullement d'améliorer cette protection dans l'ordre interne. Au contraire, un tel engagement incite à tendre vers une telle amélioration.

L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est une hypothèse explorée principalement depuis 1990, lorsque la Commission européenne a publié une communication sur ce sujet. En 1996, dans un avis rendu à la demande du Conseil de l'Union européenne, la Cour de justice avait indiqué que pareille adhésion, en raison de son «*envergure constitutionnelle*», exigeait comme base juridique une disposition expresse dans les traités<sup>26</sup>. Il est donc bienvenu que le Traité établissant une Constitution pour l'Europe énonce que «*l'Union adhèrera à la Convention européenne pour la protection des droits de*

<sup>26</sup> CJCE, 28 mars 1996, Adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, avis 2/94, *Rec. p. I-1759*.

l'homme et des libertés fondamentales. Cette adhésion n'affectera pas les compétences de l'Union définies dans la Constitution». Parallèlement, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté, le 13 mai 2004, un protocole n° 14 d'amendement à la Convention européenne des droits de l'homme, disposant notamment que l'Union peut adhérer à cet instrument<sup>27</sup>. Ce protocole devrait pouvoir entrer en vigueur en 2005 ou 2006, dès qu'il aura été ratifié par l'ensemble des Etats parties à la Convention. Bien que l'adoption du protocole n° 14 ait une signification davantage politique que juridique sur ce point, puisqu'il ne dispense pas d'une modification ultérieure de la Convention européenne des droits de l'homme définissant les modalités concrètes de l'adhésion de l'Union à cet instrument<sup>28</sup>, les conditions sont peu à peu créées pour que l'Union – dont le Traité constitutionnel consacre explicitement la personnalité juridique internationale – puisse adhérer à la Convention européenne des droits de l'homme. Cette hypothèse suscite parfois l'incompréhension ou le scepticisme. Il faut en préciser, sous trois angles, les implications.

Premièrement, l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme n'entraînera aucune modification dans la répartition des compétences entre l'Union et les Etats membres<sup>29</sup>. Cette répartition continuera de relever du seul droit de l'Union européenne. Il ne revient pas à la Cour européenne des droits de l'homme, gardienne de la Convention européenne des droits de l'homme, de se prononcer à cet égard. Lorsque, saisie d'une requête alléguant une violation de la Convention, la Cour européenne des droits de l'homme constatera l'existence de pareille violation, il appartiendra à l'Union et aux Etats membres, sous le contrôle de la Cour de justice, de déterminer quelles mesures doivent être adoptées afin de mettre un terme à la violation qui a été constatée, et qui – de l'Union ou des Etats membres – doit agir à cette fin. Des doutes se sont exprimés quant à la neutralité de l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme sur la répartition existante des compétences, compte tenu en particulier de ce que la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas hésité à imposer aux parties contractantes le respect non seulement d'obligations d'abstention, mais également d'obligations dites «positives», consistant en des obligations d'agir par l'adoption de certaines mesures, notamment de nature législative. En fait, l'Union ne sera tenue de s'acquitter de telles obligations «positives» que dans la mesure où elle dispose des compétences requises: c'est uniquement là où les Etats membres lui auront attribué des compétences qu'elle pourra, dans certains cas, être tenue de les exercer afin d'assurer une protection effective des droits et libertés que consacre la Convention européenne des droits de l'homme. Exactement comme la Charte des droits fondamentaux de l'Union «ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelles pour l'Union et ne modifie pas les compétences et tâches définies dans les autres parties de la Constitution» (article 51, § 2, de la Charte), l'engagement de l'Union à respecter la Convention européenne des droits de l'homme ne créera pour elle aucune compétence ni aucune tâche nouvelles, et n'affectera pas la répartition existante des compétences entre l'Union et les Etats membres.

Deuxièmement, l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme n'entraînera pas une subordination d'une organisation internationale – l'Union européenne – à une autre – le Conseil de l'Europe, au sein de laquelle la Convention européenne des droits de l'homme a été ouverte à signature; et elle n'impliquera pas davantage une subordination de la Cour de justice des Communautés européennes à la Cour européenne des droits de l'homme. A l'heure actuelle déjà, la Cour de justice est particulièrement soucieuse de s'aligner sur l'interprétation de la Cour européenne des droits

<sup>27</sup> Protocole 14 de la Convention pour la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, modifiant le système de contrôle de la Convention, article 17 (modifiant l'article 59 C.E.D.H. déjà existant).

<sup>28</sup> Voir le mémorandum explicatif du Protocole 14, par. 101-102 (affirmant que «d'autres modifications de la Convention seront nécessaires pour permettre cet accès d'un point de vue légal et technique (...). Par conséquent, une seconde procédure de ratification sera nécessaire en ce qui concerne ces autres modifications, qu'elles soient incluses dans un nouveau protocole d'amendement ou dans un traité d'accès»).

<sup>29</sup> Voir l'article 2 du protocole (n° 32) relatif à l'article 1-9, § 2, de la Constitution sur l'adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

de l'homme, lorsque sont invoqués devant elle des droits et libertés inscrits dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme; celle-ci bénéficie d'une véritable réception matérielle au sein de l'ordre juridique de l'Union. L'adhésion ne modifiera pas cette situation. Elle apportera au contraire une clarification utile: elle confirmera que, dans l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme aura un pouvoir de dernier mot. Cela n'empêchera nullement la Cour de justice de développer les droits fondamentaux dans sa jurisprudence, soit au départ de la Charte des droits fondamentaux, soit au départ des principes généraux du droit définis en particulier à partir des traditions constitutionnelles communes aux Etats. La seule restriction au développement de cette jurisprudence réside dans cette limite: le seuil minimum que constitue la Convention européenne des droits de l'homme devra, en tout état de cause, être respecté. Tel est d'ailleurs déjà le cas actuellement. L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme permettra de s'assurer que l'Union sera représentée, comme telle, au sein de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, qui surveille l'exécution des arrêts de la Cour: cette situation sera plus satisfaisante que la situation qui prévaut actuellement, où la compatibilité des actes de l'Union avec la Convention européenne des droits de l'homme est en fait examinée par la Cour européenne des droits de l'homme, mais de manière indirecte – puisque ce contrôle se fait par la médiation de la responsabilité internationale des Etats membres de l'Union, qui sont tous parties contractantes à la Convention européenne des droits de l'homme – et sans représentation d'aucune sorte de l'Union dans les instances de contrôle.

Les chefs d'Etat et de gouvernement ont adopté une déclaration (n° 2) relative à l'article 9, § 2, du Traité établissant une Constitution pour l'Europe aux termes de laquelle

la Conférence convient que l'adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales devrait s'effectuer selon des modalités permettant de préserver les spécificités de l'ordre juridique de l'Union. Dans ce contexte, la Conférence constate l'existence d'un dialogue régulier entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme, dialogue qui pourra être renforcé lors de l'adhésion de l'Union à cette Convention.

En évoquant la nécessité de «préserver les spécificités de l'ordre juridique de l'Union», la déclaration fait allusion au respect dû au principe de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union<sup>30</sup>. Ce principe est déduit de la règle selon laquelle la Cour de justice assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application de la Constitution<sup>31</sup> ainsi que de la règle selon laquelle les Etats membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la Constitution à un mode de règlement autre que ceux prévus par celle-ci<sup>32</sup>. La Cour de justice a aperçu dans ces dispositions la manifestation d'un principe général, selon lequel elle-même doit demeurer l'interprète ultime de la Constitution de l'Union, et notamment des règles de la Constitution qui fixent la répartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres. Le principe d'autonomie de l'ordre juridique de l'Union exclut, par conséquent, que la Cour de justice puisse être liée par l'interprétation qu'une autre juridiction donnerait du droit de l'Union: situé par l'avis 1/91 du 14 décembre 1991 «aux fondements de la Communauté», ce principe suppose en effet que les questions d'interprétation et d'application du droit de l'Union ne peuvent être réglées selon des procédures externes à l'Union européenne, mais seulement selon des modalités de règlement

<sup>30</sup> Il s'en déduit notamment que, lorsqu'une requête individuelle est dirigée conformément à l'article 34 de la Convention européenne des droits de l'homme soit contre l'Union, soit contre un Etat membre, l'identification de la partie concernée doit être effectuée selon des modalités définies au sein de l'ordre juridique de l'Union, sous le contrôle ultime de la Cour de justice. Voir l'article 1<sup>er</sup> du protocole (n° 32) relatif à l'article I-9, § 2, de la Constitution sur l'adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

<sup>31</sup> Article 220 CE (ex-article 164 du traité CE); article I-29, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, de la Constitution européenne.

<sup>32</sup> Article 292 CE (ex-article 219 du traité CE); article III-375, § 2, de la Constitution européenne.

que l'Union a instituées en son sein<sup>33</sup>. Cependant, ce principe n'exclut pas toute forme quelconque d'engagement international de l'Union européenne qui soit placé sous le contrôle d'une juridiction internationale extérieure à l'ordre juridique communautaire<sup>34</sup>. En ce sens, il y a lieu de regretter la formulation de la seconde phrase de la déclaration relative à l'article 9, § 2, du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, puisqu'elle paraît suggérer l'idée – erronée – que l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme passerait nécessairement par un dialogue régulier, voire renforcé, entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme, alors que pareil dialogue n'en constitue aucunement une condition, ni sur le plan juridique, ni en pratique.

Troisièmement, l'article 9, § 2, du Traité constitutionnel ne saurait faire l'objet d'une lecture *a contrario*: si cette disposition prévoit explicitement que l'Union s'emploie à adhérer à la Convention européenne des droits de l'homme, cela n'exclut pas que, prenant appui sur d'autres bases juridiques, l'Union puisse adhérer à d'autres instruments internationaux de protection des droits de l'homme<sup>35</sup>. Pareille adhésion pourra être envisagée soit lorsque la conclusion d'un accord est nécessaire pour réaliser, dans le cadre des politiques de l'Union, l'un des objectifs fixés par la Constitution, soit lorsqu'elle est prévue dans un acte juridique obligatoire de l'Union, soit encore lorsqu'elle affecte un acte interne de l'Union<sup>36</sup>. Ainsi par exemple, l'Union pourrait adhérer à la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CERD)<sup>37</sup>, à la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW)<sup>38</sup>, à la future convention portant sur la protection des droits des personnes ayant un handicap, ou à la Convention relative au statut des réfugiés<sup>39</sup>, dans la mesure où elle a déjà adopté des mesures importantes, au plan interne de l'Union, dans ces domaines. De même, l'importance du droit dérivé européen dans les domaines que couvre la Charte sociale européenne conclue à Turin

<sup>33</sup> Voir C.J.C.E., 14 décembre 1991, Avis 1/91, *Rec.*, p. I-6079 («premier avis EEE»); C.J.C.E., 10 avril 1992, Avis 1/92, *Rec.*, p. I-2821 («second avis EEE»).

<sup>34</sup> Avis 1/91, précité, point 40 («la compétence de la Communauté en matière de relations internationales et sa capacité de conclure des accords internationaux comporte nécessairement la faculté de se soumettre aux décisions d'une juridiction créée ou désignée en vertu de tels accords, pour ce qui concerne l'interprétation et l'application de leurs dispositions»).

<sup>35</sup> Voir à cet égard les amendements à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (S.T.E., n° 108) permettant l'adhésion des Communautés européennes, adoptés par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe lors de sa 675<sup>e</sup> réunion le 15 juin 1999.

<sup>36</sup> La règle générale est celle prévue par l'article III-323, § 1<sup>er</sup>, de la Constitution: «L'Union peut conclure un accord avec un ou plusieurs pays tiers ou organisations internationales lorsque la Constitution le prévoit ou lorsque la conclusion d'un accord est nécessaire pour atteindre, dans le cadre des politiques de l'Union, l'un des objectifs auxquels se réfère la Constitution, ou lorsqu'elle est prévue dans une loi contraignante de l'Union ou encore lorsqu'elle risque d'affecter les règles communes ou de modifier leur portée». Voir aussi l'article I-13 de la Constitution, qui définit les domaines de compétence exclusive de l'Union et prévoit au § 2 que «l'Union aura également une compétence exclusive pour conclure un accord international lorsque cette conclusion est prévue dans une loi de l'Union ou lorsqu'elle est nécessaire pour permettre à l'Union d'exercer sa compétence interne, ou dans la mesure où sa conclusion peut affecter les règles communes ou modifier leur portée». A propos de cette dernière hypothèse, voir l'avis du service légal du Conseil du 12 février 2004, qui réagit à la recommandation de la Commission adressée au Conseil dans laquelle elle demande l'autorisation de participer aux négociations pour la Convention sur la promotion et la protection des droits et de la dignité des personnes handicapées (Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, «concernant un instrument légalement contraignant des Nations unies pour promouvoir et protéger les droits et la dignité des personnes handicapées», COM 2003 16 final du 24.01.2003.) Le service légal du Conseil conclut dans cette contribution que, dans la mesure où certaines règles négociées dans la Convention des Nations unies peuvent affecter ou même modifier la portée des règles de la Communauté établies dans la directive 2000/78/CE du Conseil ou dans la directive 95/46/CE sur la protection des individus concernant le traitement de données personnelles et la libre circulation de ces données (JO n° L 281 du 23.11.1995, p. 31), seule la Communauté peut trancher ces problèmes, alors que les Etats membres restent compétents pour décider de toutes les dispositions de la Convention qui ne sont pas couvertes par la législation de la Communauté.

<sup>37</sup> Ass. gén. rés. 2106 A(XX) des Nations unies du 21 décembre 1965. Les 25 Etats membres de l'Union européenne ont tous ratifié cet instrument.

<sup>38</sup> Ass. gén. rés. 34/180 des Nations unies du 18 décembre 1979. Les 25 Etats membres de l'Union européenne ont tous ratifié cet instrument.

<sup>39</sup> Convention de Genève sur le statut des réfugiés du 28 juillet 1951 et Protocole de New York du 31 janvier 1967.

en 1961, et la Charte sociale européenne révisée de 1996<sup>40</sup>, pourrait justifier une adhésion de l'Union à ce dernier instrument, ce qui est dans la logique d'un développement qui, non seulement admet que l'Union constitue un sujet de droit international, mais encore fait découler la capacité internationale de l'Union de l'étendue des compétences qui lui sont attribuées par les Etats membres et qu'elle a exercées.

## 2. L'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne

Dans les conclusions qu'ils ont adoptées lors du Conseil de Bruxelles des 12 et 13 décembre 2003, les représentants des Etats membres demandent la création d'une Agence des droits fondamentaux, qui serait le résultat d'un élargissement des compétences de l'Observatoire de l'Union européenne créé par le règlement du Conseil (CE) 1035/97 du 2 juin 1997 créant un Observatoire européen des phénomènes du racisme et de la xénophobie<sup>41</sup>. Le Conseil européen a confirmé cette décision dans les conclusions adoptées lors de sa réunion des 4 et 5 novembre 2004. Lors de sa réunion à Bruxelles des 16 et 17 novembre 2004, le Conseil européen

a demandé qu'on mette davantage en œuvre l'accord conclu par les représentants des Etats membres lors de leur réunion au Conseil européen de décembre 2003 visant à mettre sur pied une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne qui jouera un rôle essentiel dans le renforcement de la cohérence et de la consistance de la politique de l'Union européenne en matière des droits de l'homme<sup>42</sup>.

Dans le même temps, la Commission européenne a publié un document de consultation sur "l'Agence des droits fondamentaux". Cette communication, qui est parue le 25 octobre 2004, a amorcé un processus de dialogue avec toutes les parties intéressées, qui traitait de la conclusion de contributions écrites et d'une audience publique qui a eu lieu le 25 janvier 2005. La Commission européenne est censée faire une proposition au sujet de cette Agence en mai 2005. L'Agence des droits fondamentaux devrait être mise sur pied le 1<sup>er</sup> janvier 2007, en vertu du nouveau Cadre financier pour la période 2007-2013<sup>43</sup>.

D'après l'auteur de ce rapport, la création d'une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne serait accueillie comme une occasion d'améliorer l'intégration d'un organisme des droits fondamentaux dans la législation et les politiques de l'Union. Conformément au souhait exprimé par le Conseil européen, l'Agence devrait surtout avoir une fonction de coordination: elle ne devrait pas se substituer aux efforts déjà réalisés dans le domaine des droits fondamentaux dans l'Union, mais améliorer la cohérence et la consistance de ces efforts et leur fournir le soutien institutionnel et logistique dont ils manquent parfois, ainsi qu'une solide base informationnelle qui constituerait la base de la politique de l'Union en matière de droits fondamentaux, en rassemblant et en analysant des données concernant la situation des droits fondamentaux dans l'Union et, si possible, dans les pays tiers avec lesquels l'Union a établi une relation impliquant une dimension des droits de l'homme. En particulier, des liens étroits devraient être établis entre l'Agence et d'autres acteurs pertinents dans ce domaine, dont le Médiateur européen, le futur Institut européen du genre<sup>44</sup>, le Représentant personnel du Secrétaire général/Haut Représentant dans le domaine de la politique étrangère et de sécurité commune<sup>45</sup>, et le Réseau U.E. d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux. A

---

<sup>40</sup> ETS, n° 163.

<sup>41</sup> JO n° L 151 du 10.06.1997, p. 1.

<sup>42</sup> Conclusions de la présidence, Conseil européen de Bruxelles des 16 et 17 décembre 2004, doc. UE 16238/04, CONCL 4, au par. 70.

<sup>43</sup> Pour les propositions de la Commission, voy. sa Communication au Conseil et au Parlement européen, Perspectives financières 2007-2013, COM(2004) 487 final, du 14.7.2004.

<sup>44</sup> Conclusions de la présidence, Conseil européen de Bruxelles des 17 et 18 juin 2004, par. 43. Voy. la proposition de règlement de la Commission, COM(2005)71 final du 8.3.2005.

<sup>45</sup> Le Conseil européen de Bruxelles a «accueilli la décision de nommer un représentant personnel du SG/HR sur

ce stade du débat public lancé par la Commission européenne, l'auteur de ce rapport, qui a été rédigé avant l'audience publique de fin janvier 2005, voudrait faire les observations suivantes à propos du rôle de l'Agence et de sa contribution potentielle à l'amélioration de la cohérence et de la consistance de la politique de l'Union en matière de droits fondamentaux.

### 2.1. Le mandat de l'Agence et la question de la base juridique

Même si l'Agence ne sera probablement pas créée avant l'entrée en vigueur de la Constitution, qui est prévue pour le 1<sup>er</sup> novembre 2006,<sup>46</sup> la question de sa base légale – et, par rapport à sa base légale, de l'étendue de son mandat – devrait actuellement être discutée par rapport aux traités existants. Selon l'auteur de ce rapport, il est essentiel que l'Agence couvre non seulement des domaines du droit de la Communauté, mais aussi du droit de l'Union, incluant au moins le Titre VI du Traité sur l'Union européenne. Les rapports du Réseau U.E. d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux ont illustré depuis 2002 à quel point il était important de tenir pleinement compte de la dimension des droits de l'homme lors de la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, y compris dans les domaines de la coopération judiciaire dans les affaires pénales et de la coopération policière. Par conséquent, l'Agence devrait être créée sur deux bases juridiques combinées<sup>47</sup>.

D'abord, elle devrait être créée en se basant sur les articles 284 EC et/ou sur l'article 308 CE. L'utilisation de la clause de flexibilité de l'article 308 CE est justifiée dans la mesure où le respect des droits de l'homme au sein de l'Union est une condition à la création d'un marché commun auquel l'Article 2 CE fait référence<sup>48</sup>. La nécessité d'assurer la promotion et la

---

les droits de l'homme dans le domaine du CSFP comme une contribution à la cohérence et à la continuité de la politique de l'Union européenne en matière de droits de l'homme, considérant comme il se doit les responsabilités de la Commission» (Conclusions de la Présidence, Conseil européen de Bruxelles des 16-17 décembre 2004, doc. UE 16238/04, CONCL 4, par. 52).

<sup>46</sup> Article IV-447 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe.

<sup>47</sup> Ce n'est pas inhabituel: voir par exemple la décision du Conseil du 6 décembre 2001 sur le développement du Système d'information Schengen de la deuxième génération (SIS II) (886/2001/JHA), JO n° L 328 du 13.12.2001, p. 1 (adoptée en vertu des articles 30(1)(a) et (b), articles 31(a) et (b) et articles 34(2)(c) du Traité de l'Union européenne, en vertu de son titre VI); et la réglementation du Conseil (CE) n° 2424/2001 du 6 décembre 2001 sur le développement du Système d'information Schengen de la deuxième génération (SIS II), JO n° L 328 du 13.12.2001, p. 4 (adoptée en vertu de l'article 66 CE).

<sup>48</sup> La nécessité d'assurer la promotion et la protection des droits de l'homme au sein de l'Union européenne peut être présentée comme nécessaire à l'établissement d'un marché intérieur caractérisé par l'abolition, entre les Etats membres, des obstacles à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux, dès lors que, selon la jurisprudence constante de la Cour de justice, les Etats membres peuvent invoquer la nécessité de respecter les droits fondamentaux afin de justifier certaines entraves aux libertés fondamentales de circulation que reconnaît le traité de Rome, notamment la libre circulation des marchandises et la libre prestation des services. Voir par exemple C.J.C.E., 26 avril 1988, *Bond van Adverteerders et al. c. Pays-Bas*, 352/85, *Rec.*, p. 2085; C.J.C.E., 25 juillet 1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda c. Commissariaat voor de Media*, C-288/89, *Rec.*, p. I-4007; C.J.C.E., 25 juillet 1991, *Commission des C.E. c. Pays-Bas*, C-353/89, *Rec.*, p. I-4069; C.J.C.E., 3 février 1993, *Vereniging Veronica Omroep Organisatie c. Commissariaat voor de Media*, C-23/93, *Rec.*, p. I-4795; C.J.C.E., 26 juin 1997, *Vereinigte Familienpress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH c. Heinrich Bauer Verlag*, C-368/95, *Rec.*, p. I-3689 (point 18); C.J.C.E., 12 juin 2003, *Schmidberger*, C-112/00, *Rec.*, p. I-5659; C.J.C.E., 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH*, C-36/02, non encore publié au *Rec.* C'est ainsi en raison des obstacles que pouvait constituer pour la prestation transnationale de services l'existence de protections différentes de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel qu'à pu être adoptée la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (JO n° L 281 du 23.11.1995 p. 31), dont le Préambule indique notamment que «l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur dans lequel, conformément à l'article 7 A du traité [devenu, après modification, l'article 14 CE], la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée, nécessitent non seulement que des données à caractère personnel puissent circuler librement d'un Etat membre à l'autre, mais également que les droits fondamentaux des personnes soient sauvegardés» (3<sup>e</sup> considérant) et que «les différences entre Etats membres quant au niveau de protection des droits et libertés des personnes, notamment du droit à la vie privée, à l'égard des traitements de données à caractère personnel peuvent empêcher la transmission de ces données du territoire d'un Etat membre à celui d'un autre Etat membre; que ces différences peuvent dès lors constituer un obstacle à l'exercice d'une série d'activités économiques à l'échelle communautaire, fausser la concurrence et empêcher les administrations de s'acquitter des

protection des droits de l'homme au sein de l'Union européenne, objectif que la création de l'Agence des droits de l'homme peut faciliter, peut être présentée comme nécessaire à l'établissement d'un marché intérieur caractérisé par l'abolition, entre les Etats membres, des obstacles à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux, dès lors que, selon la jurisprudence constante de la Cour de justice, les Etats membres peuvent invoquer la nécessité de respecter les droits fondamentaux afin de justifier certaines entraves aux libertés fondamentales de circulation que reconnaît le traité de Rome, notamment la libre circulation des marchandises et la libre prestation des services<sup>49</sup>. Il y a lieu de relever à cet égard que c'est notamment en raison des obstacles que pouvait constituer pour la prestation transnationale de services l'existence de protections différentes de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel qu'a pu être adoptée la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données<sup>50</sup>. Le Préambule de cette directive indique notamment que

l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur dans lequel, conformément à l'article 7 A du traité [devenu, après modification, l'article 14 CE], la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée, nécessitent non seulement que des données à caractère personnel puissent circuler librement d'un Etat membre à l'autre, mais également que les droits fondamentaux des personnes soient sauvegardés (3<sup>e</sup> considérant),

et que

les différences entre Etats membres quant au niveau de protection des droits et libertés des personnes, notamment du droit à la vie privée, à l'égard des traitements de données à caractère personnel, peuvent empêcher la transmission de ces données du territoire d'un Etat membre à celui d'un autre Etat membre; que ces différences peuvent dès lors constituer un obstacle à l'exercice d'une série d'activités économiques à l'échelle communautaire, fausser la concurrence et empêcher les administrations de s'acquitter des responsabilités qui leur incombent en vertu du droit communautaire; que ces différences de niveau de protection résultent de la disparité des dispositions nationales législatives, réglementaires et administratives (7<sup>e</sup> considérant).

Dans un contexte où, ainsi que ce rapport le souligne ci-dessous, la méthode de la reconnaissance mutuelle tient une place centrale dans les stratégies juridiques qui visent aussi bien à l'achèvement du marché intérieur qu'à l'établissement d'un espace européen de liberté, de sécurité et de justice, ce qui suppose en retour une confiance mutuelle entre les administrations nationales, le raisonnement qui a servi à fonder l'adoption d'un instrument de droit communautaire dérivé sur l'article 95 CE (alors article 100 A du traité CE) peut justifier le lien entre la création de l'Agence des droits fondamentaux et l'objectif d'établir un marché commun, que stipule l'article 2 CE. *L'Agence constitue un moyen permettant d'assurer que la nécessité de protéger les droits fondamentaux au sein de chaque Etat membre ne conduira pas à recréer des obstacles au marché intérieur, par la coordination de cette protection que l'institution de l'Agence peut favoriser.*

---

responsabilités qui leur incombent en vertu du droit communautaire; que ces différences de niveau de protection résultent de la disparité des dispositions nationales législatives, réglementaires et administratives» (7<sup>e</sup> considérant).

<sup>49</sup> Voir par exemple C.J.C.E., 26 avril 1988, *Bond van Adverteerders et al. c. Pays-Bas*, 352/85, *Rec.*, p. 2085; C.J.C.E., 25 juillet 1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda c. Commissariaat voor de Media*, C-288/89, *Rec.*, p. I-4007; C.J.C.E., 25 juillet 1991, *Commission des C.E. c. Pays-Bas*, C-353/89, *Rec.*, p. I-4069; C.J.C.E., 3 février 1993, *Vereniging Veronica Omroep Organisatie c. Commissariaat voor de Media*, C-23/93, *Rec.*, p. I-4795; C.J.C.E., 26 juin 1997, *Vereinigde Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH c. Heinrich Bauer Verlag*, C-368/95, *Rec.*, p. I-3689 (point 18); C.J.C.E., 12 juin 2003, *Schmidberger*, C-112/00, *Rec.*, p. I-5659; C.J.C.E., 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH*, C-36/02, non encore publié au *Rec.*

<sup>50</sup> JO n° L 281 du 23.11.1995 p. 31.

Deuxièmement, l'Agence devrait être fondée parallèlement sur les articles 30, § 1<sup>er</sup>, et 31 UE, dès lors qu'elle va faciliter la coopération opérationnelle entre les autorités nationales compétentes pour le maintien de l'ordre et les ministères ou autorités judiciaires ou équivalentes compétentes des Etats membres pour ce qui est de la procédure et de l'exécution des décisions. *La coopération policière et la coopération judiciaire pénale, conduites sous le titre VI du Traité sur l'Union européenne, supposent un haut degré de confiance mutuelle entre les autorités des Etats membres. L'Agence peut contribuer à établir et renforcer cette confiance, par la contribution qu'elle peut apporter au suivi de la situation des droits fondamentaux au sein des Etats membres.*

Pareille combinaison d'une base juridique figurant le Traité CE et dans le Traité sur l'Union européenne se justifie d'autant plus s'agissant de l'adoption de deux instruments (un règlement et une décision) de nature institutionnelle, que, selon l'article 3 de ce dernier texte, «l'Union dispose d'un cadre institutionnel unique qui assure la cohérence et la continuité des actions menées en vue d'atteindre ses objectifs, tout en respectant et en développant l'acquis communautaire». L'utilisation des bases juridiques proposées se fonde sur l'idée que la principale contribution de l'Agence résidera dans la consolidation de la confiance mutuelle entre Etats membres sur laquelle doivent se fonder aussi bien l'établissement du marché intérieur que celui d'un espace commun de liberté, de sécurité et de justice. Le choix de ces bases juridiques ne préjuge pas de la réponse qui sera donnée à la question de savoir si l'Agence doit avoir un rôle, et lequel, dans la mise en œuvre de l'article 7 UE (tel que repris, avec modification, à l'article I-59 de la Constitution européenne).

## 2.2. L'application de l'article 7 UE (article I-59 de la Constitution européenne)

Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Nice le 1<sup>er</sup> février 2003,<sup>51</sup> l'article 7 UE permet au Conseil de déterminer s'il existe un risque évident de violation grave par un Etat membre des valeurs communes sur lesquelles se base l'Union. Ce mécanisme préventif, prévu par l'article 7(1) UE, complète maintenant la possibilité de prendre des sanctions contre un Etat qui, selon la détermination faite par le Conseil, a violé de façon grave et persistante les principes mentionnés dans l'article 6(1) UE.<sup>52</sup> La question de savoir si une évaluation de la situation des droits fondamentaux dans les Etats membres devrait avoir lieu sur une base systématique ou régulière dans le contexte de cette clause, qui aurait l'avantage de la non-sélectivité entre les Etats membres, de l'objectivité et de l'impartialité, devrait être distinguée de la question de savoir si cette évaluation devrait être effectuée, partiellement ou totalement, par l'Agence.

Il est clair – que ce soit pour adresser des recommandations aux Etats membres où il existe un risque évident de violation sérieuse des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée, y compris des droits fondamentaux, ou pour suspendre certains droits de l'Etat lorsqu'on constate qu'il a violé ces valeurs de façon grave et persistante – qu'il sera utile pour la Commission européenne, le Parlement européen et le Conseil, lorsqu'ils exerceront leurs fonctions constitutionnelles en vertu de l'article 7 UE ou de l'article I-59 de la Constitution, de se baser sur des évaluations réalisées par un organisme contrôlant tous les Etats membres suivant certains standards et dont la composition et les méthodes de travail garantiront l'objectivité et l'impartialité de cette évaluation. Dans la communication qu'elle a présentée au Conseil et au Parlement européen sur l'article 7 UE «Respect et promotion des valeurs communes de l'Union»<sup>53</sup>, la Commission a, par conséquent, noté que, par ses rapports, le Réseau d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux pouvait contribuer à «détecter des situations d'anomalie en matière de droits fondamentaux ou les situations pouvant conduire à des violations ou à des risques de violation de ces droits au sens de l'article 7 UE»; et qu'il

<sup>51</sup> JO n° C 180 du 10.03.2001.

<sup>52</sup> Article 7(2) à (4) UE (article I-59 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe) («Suspension de certains droits en raison de l'appartenance à l'Union») et, pour l'application de ces sanctions dans le cadre du Traité de la CE, article 309 CE.

<sup>53</sup> COM (2003) 606 final, du 15.10.2003.



pouvait «contribuer à la recherche de solutions visant à remédier aux anomalies vérifiées ou à éviter des violations potentielles».

Selon l'auteur de ce rapport, il est essentiel que ce contrôle systématique continue. Lorsque la Commission proposera, au printemps 2005, comme elle en a actuellement l'intention, une réglementation mettant sur pied l'Agence, elle pourrait décider que l'Agence jouera le rôle d'un mécanisme d'avertissement rapide en vertu de l'article 7 UE, ou que cela ne fait pas partie des attributions d'une Agence ou de l'intention exprimée par le Conseil européen lorsqu'il mentionne dans ses conclusions que l'Agence devrait en premier lieu assurer la cohérence et la consistance des politiques de l'Union en matière de droits fondamentaux. Si le mandat de l'Agence comprend un rôle en vertu de l'article 7 UE, il est essentiel que la structure de l'Agence comprenne un groupe d'experts indépendants qui couvriront chacun des 25 Etats membres de l'Union à qui ils devraient appliquer les mêmes standards conformément au principe de non-sélectivité, qui sera chargé de ce contrôle. Un chapitre ou une clause spécifique de la réglementation mettant sur pied l'Agence devrait définir la composition de ce groupe, la façon dont ses membres seront nommés et quelles seront ses fonctions. Il est tout à fait inapproprié que ce contrôle soit effectué sur base d'une relation contractuelle avec la Commission européenne, comme il l'est actuellement sur une base expérimentale avec le Réseau U.E. d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux. Au contraire, si le mandat de l'Agence ne comprend pas un rôle en vertu de l'article 7 UE, il est essentiel que ce réseau soit établi sur une base légale adéquate en tant que groupe permanent, afin de s'assurer que le contrôle qu'il effectue actuellement ne cesse pas d'exister.

En effet, en créant l'Agence avec un mandat centré sur l'amélioration de la cohérence et de la consistance des politiques de l'Union européenne en matière de droits fondamentaux et sur le rassemblement et l'analyse de données sans avoir de fonction de contrôle – ou, même si elle a cette fonction, sans la capacité de l'exercer de façon crédible en étant assistée par un groupe d'experts indépendants – et en ne s'assurant pas que la fonction de contrôle actuellement exercée par le Réseau d'Experts indépendants puisse continuer sur une base permanente, l'Union agirait comme les Nations unies auraient agi si, lorsqu'elles ont nommé le Haut Commissaire des Nations unies aux droits de l'homme, elles avaient décidé de suspendre le contrôle exercé par ses organismes d'experts créés en vertu des traités des Nations unies. La création d'une Agence des droits fondamentaux ne devrait pas affaiblir les mécanismes de contrôle des droits fondamentaux qui existent actuellement dans l'Union; elle devrait au contraire les renforcer, particulièrement en améliorant le suivi des constatations de ces mécanismes, et adresser à cet égard les recommandations appropriées aux Etats membres et aux institutions de l'Union<sup>54</sup>.

### *2.3. Observation et apprentissage mutuels dans le domaine des droits fondamentaux*

La question de la relation entre l'Agence et la situation des droits fondamentaux dans les Etats membres ne devrait pas être réduite au type de contrôle qu'exige l'article 7 UE. Cette clause, comme le suggèrent ses termes, n'entrera en jeu que quand une violation des valeurs sur lesquelles se base l'Union sera ou risquera de devenir «grave»; elle est conçue pour être utilisée uniquement dans des circonstances exceptionnelles. Mais un contrôle de la situation des droits fondamentaux dans les Etats membres de l'Union se justifie pour au moins trois autres raisons, qui correspondent aux trois moments de l'adoption, de la mise en œuvre et de l'application de la législation européenne:

- Premièrement, *le contrôle de la situation des droits fondamentaux dans les Etats membres est indispensable pour que l'Union exerce ses compétences en toute connaissance de cause dans le domaine des droits fondamentaux, conformément au principe de*

<sup>54</sup> Pour davantage de développements, voir le Réseau U.E. d'Experts indépendants, proposition sur l'Agence des droits fondamentaux, 16 décembre 2004 (réf. CFR-CDF.Agence16.12.04.doc).

*subsidiarité*. Un certain nombre de compétences ont été accordées à l'Union, qui lui permettent de développer une politique en matière de droits fondamentaux. Bien qu'il n'existe aucune liste établie de façon autoritaire de ces compétences, elles tombent presque toutes sous la catégorie résiduelle<sup>55</sup> des compétences partagées entre les Etats membres et l'Union. Par exemple, dans le Traité établissant une Constitution pour l'Europe, l'article III-124 qui prévoit que le Conseil, s'il agit à l'unanimité, peut adopter une loi européenne ou une loi-cadre afin de prendre les mesures nécessaires pour combattre la discrimination basée sur le sexe, l'origine raciale ou ethnique, la religion ou la croyance, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, et qu'il peut, s'il agit à la majorité qualifiée, mettre au point des principes de base pour les actions d'encouragement de l'Union et définir ces actions, et enfin soutenir les actions entreprises par les Etats membres afin de contribuer au combat contre la discrimination<sup>56</sup>. L'article III-125 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe prévoit que des lois européennes ou des lois-cadres peuvent être adoptées afin de faciliter l'exercice du droit de chaque citoyen de l'Union de circuler et de résider librement et la Constitution. C'est sur la base de l'article 18 CE, qui a inspiré l'article III-125 du Traité constitutionnel, que le Parlement européen et le Conseil ont adopté la directive 2004/38/CE du 29 avril 2004 sur le droit des citoyens de l'Union et de leur famille de circuler et de résider librement au sein du territoire des Etats.<sup>57</sup> Les articles III-266 et III-267 prévoient respectivement le développement par l'Union d'une politique commune en matière d'asile, de protection subsidiaire et de protection temporaire, et le développement d'une politique commune en matière d'immigration<sup>58</sup>. C'est sur ces bases que le Conseil a adopté la directive 2003/86/CE du 22 septembre 2003 sur le droit à la réunification familiale<sup>59</sup> et la directive 2003/9/CE du 27 janvier 2003 fixant les standards minimums pour l'accueil de demandeurs d'asile<sup>60</sup>. L'article III-270(2) du Traité établissant une Constitution pour l'Europe prévoit que, dans la mesure nécessaire pour faciliter la reconnaissance mutuelle des jugements et des décisions judiciaires et la coopération policière et judiciaire dans les affaires criminelles ayant une dimension transfrontalière, les lois-cadres européennes peuvent déterminer des règles minimums pouvant concerner, notamment, l'admissibilité mutuelle de preuves entre Etats membres, les droits des individus dans les procédures criminelles, ou les droits des victimes de délits. C'est en se basant sur l'article 31 UE, dont s'inspire l'article III-270, que la Commission européenne a récemment proposé l'adoption d'une décision-cadre du Conseil sur certains droits procéduraux dans les poursuites criminelles à travers l'Union européenne<sup>61</sup>.

Par conséquent, les compétences accordées à l'Union peuvent uniquement être exercées conformément aux principes de subsidiarité et de proportionnalité. Mais afin de déterminer dans quels domaines l'action unilatérale des Etats membres risquerait de ne pas atteindre l'objectif d'une zone de liberté, de sécurité et de justice dans laquelle les droits de l'homme sont pleinement respectés, et dans quels domaines une initiative de l'Union permettrait de mieux se conformer à cet objectif, il est nécessaire de contrôler les développements des droits fondamentaux au sein des Etats membres. Pour exercer les compétences qu'elle partage avec les Etats membres afin de faire respecter les droits fondamentaux, l'Union a besoin de

<sup>55</sup> Voir l'article I-14 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe.

<sup>56</sup> Cette clause correspond à l'article 13 CE, révisé par le Traité de Nice. C'est sur la base de cet article que le Conseil a adopté la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (JO n° L 180 du 19.07.2000, p. 22) et la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 établissant un cadre général pour l'égalité de traitement dans le domaine de l'emploi et de la profession (JO n° L 303 du 02.12.2000, p. 16).

<sup>57</sup> Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, JO n° L 158, 30.04.2004, p. 77.

<sup>58</sup> La première de ces dispositions concerne les articles 63, al. 1<sup>er</sup> et 2, CE, et 64(2) CE; la seconde reformule l'article 63, al. 3 et 4, CE.

<sup>59</sup> JO n° L 251 du 03.10.2003, p. 12.

<sup>60</sup> JO n° L 31 du 06.02.2003, p. 18.

<sup>61</sup> COM(2004) 328 final, 28.04.2004.

s'appuyer sur des informations au sujet des développements au sein des Etats membres et de savoir si ces développements risquent de mener à l'existence de standards divergents dans l'Union, ce qui nécessiterait une meilleure coordination.

- Deuxièmement, *un contrôle de la situation des droits fondamentaux dans les Etats membres est nécessaire au stade de l'application de la législation européenne*. Lorsqu'un Etat applique le droit de l'Union, il doit le faire conformément aux droits codifiés dans la Charte des droits fondamentaux et aux droits reconnus en tant que principes généraux du droit, qui ont été établis par la Cour européenne de justice sur la base de la Convention européenne des droits de l'homme ou sur la base des traditions constitutionnelles communes des Etats membres. Même s'il est évident que c'est à la Commission européenne, qui est la garante des obligations des Etats membres en vertu du Traité de la CE, qu'il revient de contrôler l'application de la législation européenne dans le droit national, elle peut être assistée dans cette tâche par un organisme de contrôle qui se concentre principalement sur la dimension des droits fondamentaux de cette application ou sur l'application des instruments qui ont été spécifiquement adoptés afin de promouvoir les droits fondamentaux. En effet, ainsi que l'a souligné le rapport de 2004, c'est lors de l'application par les Etats membres de la législation européenne et, surtout, dans l'utilisation que les Etats membres peuvent faire de certaines exceptions prévues dans ces instruments législatifs, en particulier lorsqu'ils établissent des standards minimums à respecter, que le risque de violation des droits fondamentaux est le plus important. Cette dimension est expliquée plus en détail dans la section 2 de cette Introduction, qui examine la portée de l'article III-260 de la Constitution.

- Finalement, *un contrôle de la situation des droits fondamentaux dans les Etats membres peut se justifier par le besoin de garantir l'efficacité totale de la législation européenne et l'entière coopération des Etats membres lors de son application*. L'article 6(2) UE prévoit qu'aucun instrument du droit de la Communauté ou de l'Union ne peut obliger un Etat membre à violer les droits fondamentaux. En d'autres termes, il existe une clause générale de sécurité attachée à tous les instruments de droit dérivé de l'Union qui impose aux Etats d'entrer dans une certaine forme de coopération les uns avec les autres, que ce soit dans le contexte du marché interne ou dans celui de la création d'une zone de liberté, de sécurité et de justice. Certains instruments mentionnent de façon explicite cette restriction à toute obligation de coopérer qu'ils peuvent imposer ou cette exception à l'obligation de reconnaissance mutuelle, mais cette réserve devrait être prise en compte même en l'absence de cette reconnaissance explicite. La section 2 de cette Introduction du Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans les activités de l'Union développe davantage cette question. Cependant, il faut noter ici que, pour permettre à cette clause de sécurité de fonctionner de façon adéquate, une certaine forme d'observation mutuelle de la situation des droits fondamentaux dans les Etats membres devrait être organisée au niveau de l'Union. En effet, ce n'est que par le biais d'un contrôle que nous pouvons nous assurer que les Etats membres ne seront pas tentés d'instrumentaliser cette clause pour refuser de coopérer avec les autres Etats membres à cause de craintes non fondées à propos des droits de l'homme qui peuvent parfois être basées sur un manque d'information ou un manque de connaissance des spécificités d'un système légal étranger.

Un contrôle adéquat de la situation des droits fondamentaux dans les Etats membres peut contribuer à remplir ces fonctions essentielles. Même si les deux dernières fonctions, au niveau de l'exécution et de l'application de la législation européenne, peuvent être exercées par le Réseau d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux, quelles que soient les modifications qu'il subira après 2006 – ou, en effet, par un groupe d'experts indépendants mis au point au sein de la structure élargie de l'Agence – la première fonction nécessite une coopération étroite entre l'organisme chargé de contrôler la situation des droits fondamentaux et de déterminer les problèmes pour lesquels une initiative de l'Union serait opportune et se justifierait en vertu du principe de subsidiarité, et l'organisme chargé d'adresser des recommandations aux institutions de l'Union sur base des constatations faites au cours du

contrôle. Selon l'auteur de ce rapport, c'est ici que la coopération entre, d'une part, un Réseau d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux qui couvrirait tous les Etats membres et chercherait à identifier des développements sur base de critères communément admis en vertu de la Charte des droits fondamentaux, et d'autre part une Agence qui ferait des recommandations en se basant sur ces comparaisons et sur la détermination des meilleures pratiques dans ce domaine, ainsi que sur la consultation des parties concernées, serait la plus fructueuse et la plus souhaitée.

#### 2.4. *L'intégration des droits fondamentaux dans la loi et la politique de l'Union*

Même si la plus grande partie du débat public à propos de l'Agence se concentrera inévitablement sur sa relation avec les Etats membres, le contrôle de ce qui pourrait se justifier à la fois en vertu de l'article 7 UE ou – plus ordinairement – en vertu des trois besoins identifiés dans le paragraphe précédent, la valeur ajoutée la plus importante de l'Agence résidera dans la promotion et la protection des droits fondamentaux au sein des institutions de l'Union. Actuellement, l'intégration des droits fondamentaux dans le droit et la politique de l'Union demeure inadéquate. Bien sûr, dans la plupart des cas, les lois des institutions de l'Union peuvent faire l'objet d'une révision judiciaire devant le Tribunal de première instance ou la Cour européenne de justice, qui cherchent à s'assurer qu'elles ne violent pas les droits fondamentaux, qui font partie des principes généraux du droit de l'Union. Cependant, cela demeure une forme de contrôle exclusivement *post hoc*. Ces révisions sont réactives et réparatrices plutôt que proactives et préventives. Leur efficacité dépend de l'usage fait des recours disponibles devant les tribunaux européens et continuera à présenter des lacunes après l'adoption de la Constitution européenne<sup>62</sup>.

De plus, même si les lois adoptées par les institutions de l'Union peuvent être jugées invalides ou annulées lorsqu'elles violent des droits fondamentaux, la protection judiciaire des droits fondamentaux ne garantit pas de façon adéquate que les institutions seront averties lorsqu'une absence d'action fait courir des risques au niveau de la protection des droits fondamentaux. Ainsi que le soulignait le Rapport de 2004, ce problème est surtout présent dans des domaines tels que la protection de certains droits fondamentaux sociaux des travailleurs<sup>63</sup> ou certains aspects du droit d'asile<sup>64</sup>, dans lesquels seuls des instruments établissant des exigences minimales peuvent être adoptés au niveau de l'Union. Dans ce cas, le fait de ne pas choisir un niveau élevé de protection des droits fondamentaux dans la définition de l'instrument adopté au niveau de l'Union entraîne un risque de se retrouver au niveau le plus bas des mesures d'application adoptées par les Etats membres, une tendance contre laquelle il serait nécessaire de réagir pour que les droits fondamentaux dans l'Union soient protégés de façon adéquate<sup>65</sup>.

Une certaine forme d'intégration d'un organisme pour les droits fondamentaux *ex ante* est apparue récemment, à la suite de l'adoption de la Charte UE des droits fondamentaux. Depuis mars 2001, on demande aux services de la Commission européenne d'accompagner toutes leurs propositions législatives qui pourraient avoir un impact sur les droits fondamentaux d'une indication disant que ces propositions sont compatibles avec les exigences de la Charte.<sup>66</sup> Actuellement, une évaluation de l'impact sur les droits fondamentaux fait partie de l'évaluation générale d'impact imposée pour toutes les initiatives importantes adoptées par la

<sup>62</sup> Voir ce rapport, commentaire de l'article 47 de la Charte.

<sup>63</sup> Voir l'article 137(2), al. 1<sup>er</sup>, b), CE modifié par le Traité de Nice, qui modifie la nature des directives pouvant être adoptées dans les domaines identifiés par l'article 137(1), a) à i), CE.

<sup>64</sup> Art. 63(1), b) à d) et (2), a), CE.

<sup>65</sup> Voir, dans le présent rapport, les commentaires sous l'article 31 de la Charte (conditions de travail justes et équitables) et l'article 18 de la Charte (droit d'asile).

<sup>66</sup> Mémoire de M. Vitorino et de la présidence: Application de la Charte des droits fondamentaux, SEC (2001) 380/3 («toute proposition de législation et tout projet d'instrument devant être adoptés par la Commission (...), suivant les procédures normales de prise de décision, seront d'abord examinés pour s'assurer de leur compatibilité avec la Charte»).

Commission, par exemple celles qui sont présentées soit lors de la stratégie politique annuelle de la Commission ou celles qui font partie du Programme de Travail de la Commission<sup>67</sup>; les méthodes de détermination de l'impact sur les droits fondamentaux sont actuellement révisées. A certaines occasions, on a demandé au Réseau U.E. d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux d'émettre une opinion à propos de l'impact de certaines propositions législatives envisagées par la Commission européenne sur les droits fondamentaux reconnus par la Charte.

Ces initiatives ne sont toujours pas systématiques et leurs résultats restent insatisfaisants. Les évaluations d'impact préparées à la suite des propositions de la Commission sont réalisées par chaque service de la Commission responsable de la proposition, et non au niveau central, par un organisme d'experts spécialisés dans le domaine des droits fondamentaux, et capable de développer à temps une compréhension adéquate des exigences de la Charte des droits fondamentaux. Même si cette façon de faire pourrait être défendue dans le sens où elle permet de s'assurer que tous les services de la Commission tiennent compte des droits fondamentaux et les incluent dans leur culture administrative, elle a cinq conséquences négatives qui semblent nécessiter une révision sérieuse du mode actuel d'intégration des droits fondamentaux:

- Premièrement, les impacts de certaines propositions sur les droits fondamentaux restent méconnus ou ne sont pas suffisamment explorés. Cela nécessite une expertise dans le domaine des droits fondamentaux pour déterminer en premier lieu quels problèmes peuvent être provoqués par toute initiative politique ou toute proposition législative. Le fait de laisser à chaque service la responsabilité de déterminer quels problèmes risquent d'apparaître entraîne un risque que certains impacts sur les droits fondamentaux ne soient tout simplement pas identifiés, sans parler de la révision de la politique, de la proposition ou de l'adoption de mesures d'atténuation. Il est, par exemple, étonnant que dans la détermination élargie de l'impact de la proposition de directive sur les services dans le marché interne<sup>68</sup>, on ne parle pas de l'impact que l'adoption d'une telle proposition pourrait avoir sur la capacité des Etats membres de protéger efficacement la santé de leurs populations dans un environnement où les prestataires de soins de santé bénéficieront du principe du pays d'origine s'ils prestent leurs services dans des Etats membres autres que leur Etat d'origine, et s'établiront plus facilement dans d'autres Etats membres grâce à un environnement légal plus favorable. La détermination élargie de l'impact de cette proposition n'examine pas non plus le risque causé à la protection des droits des travailleurs soumis au principe du pays d'origine dans le contexte où ils prestent leurs services d'un Etat à l'autre, ce qui implique une affectation de travailleurs. Mais des critiques sérieuses et bien documentées ont été émises au sujet d'une proposition de directive sur les services dans le marché interne sur ces deux plans. On aurait pu s'attendre à une étude de l'impact de la proposition sur les articles 31 (conditions de travail justes et équitables) et 35 (protection de la santé) de la Charte des droits fondamentaux, même si aucune de ces clauses n'a été citée et encore moins discutée, que ce soit dans la détermination élargie de l'impact ou dans le Préambule de la proposition. Un examen de ces dimensions de la proposition aurait contribué de façon importante au débat public amorcé par sa présentation.

- Deuxièmement, en intégrant une détermination de l'impact sur les droits fondamentaux dans la pratique de déterminations de l'impact en général plutôt qu'en faisant de la vérification de compatibilité avec la Charte un exercice séparé, on confond la détermination de l'impact de certaines propositions sur les droits fondamentaux avec la vérification de compatibilité de ces dernières avec les droits fondamentaux. Mais il s'agit de deux exercices très différents. Lorsqu'une proposition a une influence négative sur certains droits fondamentaux, cela peut impliquer ou non une violation de ces droits. Cela dépend des

<sup>67</sup> Communication de la Commission, «Détermination d'impact», COM(2002) 276 final du 05.06.2002.

<sup>68</sup> SEC(2004) 21, 13.01.2004.

justifications pouvant être avancées en faveur de la proposition en dépit de cette influence. Selon le point de vue d'un décideur politique qui fait une proposition, l'influence négative de cette dernière sur un droit fondamental peut parfois être largement compensée par les avantages qu'elle présente, même si dans les faits, elle viole réellement un droit. Au contraire, en dépit du fait qu'elles ne provoqueraient aucune violation des droits fondamentaux, certaines propositions ont tout à gagner à être révisées afin de minimiser les conséquences négatives qu'elles provoquent sur l'accès à certains droits pour les individus ou sur la capacité des autorités publiques à les réaliser, surtout dans les administrations nationales des Etats membres. Il s'agit de deux examens distincts. Aucun des deux ne peut se substituer à l'autre. Il est extrêmement souhaitable que les déterminations d'impact sur les droits fondamentaux telles qu'on les pratique actuellement continuent à avoir lieu, puisqu'elles peuvent donner lieu à l'adoption de propositions plus complètement informées de tous leurs impacts potentiels. Cependant, il serait regrettable que cela soit considéré comme une dispense d'un examen de compatibilité de la proposition avec la Charte des droits fondamentaux, suivant les procédures appropriées à cet objectif.

- Troisièmement, dans une analyse de l'impact sur les droits fondamentaux réalisée par chaque service individuel qui est l'auteur de la proposition concernée, les problèmes de coordination concernant des problèmes intersectoriels risquent de ne pas être suffisamment examinés, voire de ne pas être remarqués du tout. On ne peut pas présumer que chaque service sera capable d'anticiper tous les problèmes risquant d'être soulevés par chaque proposition lorsque cette dernière dépasse son domaine d'expertise. Mais afin de déterminer l'impact de chaque proposition sur les droits fondamentaux, toutes les conséquences doivent être bien identifiées, y compris celles qui sont principalement traitées par d'autres services. Par exemple, les mesures concernant la création d'un marché interne peuvent influencer fortement l'intégration de personnes handicapées, la protection de la santé ou la protection de l'environnement, toutes ces dimensions risquant de mener à une analyse sous l'angle des droits fondamentaux de la Charte.

- Quatrièmement, un examen de l'impact sur les droits fondamentaux d'une initiative politique ou d'une proposition législative préparée dans un service particulier de la Commission par ce service peut mener à un examen biaisé de cette initiative ou de cette proposition. En effet, on demande à l'auteur de cette proposition de l'examiner lui-même. Mais, tout naturellement, il ou elle sera réticent(e) à y apporter d'importantes modifications ou même à la supprimer de l'ordre du jour, même si cette proposition semble poser de graves difficultés au niveau de la compatibilité avec les droits fondamentaux. Il ou elle aura plutôt tendance à défendre cette proposition, en relativisant l'importance des objections potentielles, ou en les reformulant de façon à ce qu'elles puissent être plus facilement contournées. Par conséquent, lorsqu'on examine leur composant dans le domaine des droits de l'homme, les déterminations d'impact donnent souvent à l'observateur une impression d'auto-justification, et sont très loin d'une réfutation bien raisonnée d'arguments pleinement élaborés. Cela ne contribue pas à la qualité de la législation et encore moins à la protection des droits fondamentaux. Cela ne devrait être considéré ni comme une critique des services impliqués dans la préparation des propositions au sein de la Commission, ni bien sûr comme une critique d'un service en particulier. Il s'agit simplement d'un fait sociologique. La vérification de la compatibilité de toute proposition avec les exigences des droits fondamentaux sera plus minutieuse si elle est réalisée au niveau externe, par un autre organisme que le service responsable de la proposition, qu'au sein de ce service.

- Cinquièmement, la vérification de la compatibilité de toute proposition avec la Charte des droits fondamentaux nécessite une interprétation de cette Charte. Ses articles ne sont pas auto-explicatifs. Au contraire, leurs implications complètes nécessitent une connaissance des sources auxquels ils font appel, et qui comprennent non seulement du droit primaire et dérivé de l'Union, mais aussi des instruments des droits fondamentaux internationaux et européens et

du droit jurisprudentiel des organismes qui les interprètent. Les tentatives actuelles visant à améliorer la pratique des déterminations d'impact sur les droits fondamentaux sont les bienvenues et sont réellement nécessaires; elles ne devraient pas mener à une sous-estimation de la nécessité de comprendre les exigences de la Charte des droits fondamentaux en tenant compte de l'important acquis des droits fondamentaux dans l'Union, dont les développements dans l'environnement légal européen et international nécessite une mise à jour et un perfectionnement constants.

Il faut espérer que la création d'une Agence des droits fondamentaux pour l'Union sera également considérée comme une opportunité d'améliorer le processus actuel de détermination de l'impact sur les droits fondamentaux et de redéfinir la distinction entre ce processus et l'examen *ex ante* de la compatibilité des propositions politiques et législatives faites par la Commission avec les exigences de la Charte. L'Agence peut apporter une importante contribution à la qualité des déterminations d'impact sur les droits fondamentaux en attirant l'attention des services de la Commission sur certains aspects de leurs propositions qu'ils peuvent avoir ignorés ou sur l'importance de ceux qu'ils ont surestimés, en encourageant une approche plus transversale qui réduirait le risque de problèmes de coordination et en identifiant les parties concernées dans la communauté des droits fondamentaux, lorsqu'il s'avère que des consultations externes devraient avoir lieu dans le contexte d'une détermination élargie des impacts<sup>69</sup>. L'évaluation de la compatibilité de toute proposition avec les exigences de la Charte est une tâche qui nécessite une expertise légale, réalisée par un organisme suffisamment indépendant des décideurs politiques pour offrir une évaluation objective et impartiale de ses propositions, et dont la création peut apporter une contribution essentielle à la qualité de la prise de décision dans les domaines politique et législatif au sein de l'Union. On ne sait pas encore si cette évaluation doit avoir lieu dans la structure de l'Agence, par exemple en créant au sein de l'Agence un comité d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux, ou si elle doit rester à l'extérieur de cette structure. Mais si l'exigence selon laquelle "toute proposition de législation et tout projet d'instrument devant être adopté par la Commission (...) doit d'abord être examiné de manière à s'assurer de sa conformité avec la Charte", comme l'annonçait la communication du 13 mars 2001, doit être prise au sérieux, il faudra lui donner une traduction institutionnelle complète dont elle manque encore pour le moment. En fait, un certain nombre de difficultés que les initiatives des institutions de l'Union examinées dans ce rapport semblent créer dans le domaine de la protection des droits fondamentaux auraient pu être facilement évitées grâce à un meilleur contrôle *ex ante* basé sur la Charte, par le biais de la consultation d'un organisme d'experts légaux capables de fournir une évaluation de la compatibilité de ces initiatives avec la Charte, et dont les appréciations auraient pu donner lieu à la présentation de propositions améliorées, beaucoup moins vulnérables aux critiques concernant leur impact supposé sur les droits protégés par la Charte. Cela aurait représenté un avantage à la fois au niveau des droits fondamentaux et au niveau de la sécurité juridique.

## II. L'EVALUATION MUTUELLE EN TANT QUE COMPLEMENT A LA CONFIANCE MUTUELLE

Ce rapport a rappelé que, dans une Europe élargie et plus diversifiée, la reconnaissance mutuelle devenait un outil essentiel à la fois pour la création progressive d'un espace de liberté, de sécurité et de justice et pour l'exécution du marché interne. Il a cependant insisté sur le fait que la confiance mutuelle qu'implique cette reconnaissance devrait être complétée

---

<sup>69</sup> Communication de la Commission, «Vers une culture renforcée de consultation et de dialogue – principes généraux et normes minimales pour la consultation des parties intéressées par la Commission», COM(2002) 704 final, du 11.12.2002.

par des clauses de sécurité, qui devraient se baser sur des mécanismes appropriés d'évaluation mutuelle.

### 1. L'évaluation mutuelle dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice

Ce développement est plus manifeste dans la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Lorsque le Traité établissant une Constitution pour l'Europe entrera en vigueur, il contiendra une clause qui systématisera les mécanismes actuels d'évaluation mis au point dans des instruments discrets.<sup>70</sup> Selon l'article III-260 de la Constitution:

le Conseil, sur proposition de la Commission, peut adopter des règlements ou décisions européens établissant des modalités par lesquelles les Etats membres, en collaboration avec la Commission, procèdent à une évaluation objective et impartiale de la mise en œuvre, par les autorités des Etats membres, des politiques de l'Union visées [au chapitre relatif à l'espace de liberté, sécurité et justice], en particulier afin de favoriser la pleine application du principe de reconnaissance mutuelle. Le Parlement européen et les parlements nationaux sont informés de la teneur et des résultats de cette évaluation.

Dans la mesure du possible, le mécanisme garantissant le caractère "impartial et objectif" de l'évaluation devrait présenter les caractéristiques suivantes:

- la non-sélectivité: tous les Etats membres devraient être traités de façon équitable et être jugés suivant les mêmes critères et les mêmes procédures;
- la proactivité: toute situation risquant de nuire à la confiance mutuelle sur laquelle la reconnaissance mutuelle s'appuie devrait être identifiée à un stade précoce, car la confiance mutuelle est rompue; cela implique que le contrôle devrait être permanent ou du moins être effectué sur une base régulière, plutôt que d'être réalisé de façon improvisée après qu'un phénomène risquant de nuire à la confiance mutuelle se soit développé;
- l'indépendance: même si l'évaluation par des mécanismes de révision équivalents présente une certaine valeur et peut réellement constituer la deuxième étape de tout mécanisme d'évaluation visant à faciliter l'application totale du principe de reconnaissance mutuelle en renforçant la confiance mutuelle, il peut être utile, du moins à un stade préliminaire, de profiter des constatations d'un organisme indépendant afin de s'assurer que le contrôle d'un Etat membre déterminé ne sera pas considéré comme une manifestation d'hostilité nécessitant des représailles diplomatiques;
- la décentralisation: un contrôle crédible de la situation des Etats membres devrait s'appuyer sur des informations rassemblées dans ces Etats plutôt que d'une manière centralisée, en se basant sur des sources secondaires qui seront forcément traitées de manière sélective.

Finalement, en dépit des termes apparemment plus restrictifs de l'article III-260 de la Constitution, cette évaluation devrait concerner non seulement «l'application des politiques de l'Union» à laquelle le chapitre IV (espace de liberté, de sécurité et de justice) de la partie III de la Constitution fait référence, mais aussi le contexte général dans lequel ces politiques – et les instruments législatifs

<sup>70</sup> Voir, par exemple l'action Jointe (97/827/JHA) du 5 décembre 1997 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne, établissant un mécanisme d'évaluation de l'application et de la mise en œuvre au niveau national des engagements internationaux dans la lutte contre le crime organisé, JO n° L 344 du 15.12.1997, p. 7; Action Jointe (98/429/JHA) du 29 juin 1998 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.13 du Traité sur l'Union européenne, mettant au point un mécanisme d'évaluation collective de la promulgation, l'application et la mise en œuvre effective par les pays demandeurs des acquis de l'Union européenne dans le domaine de la Justice et des Affaires intérieures, JO n° L 191 du 07.07.1998, p. 8; Décision du Comité exécutif du 16 septembre 1998 établissant une Commission permanente sur l'évaluation et la mise en œuvre de Schengen (SCH/ Com-ex (98) 26 déf.), JO n° L 239 du 22.09.2000, p. 138; Décision (2002/996/JHA) du Conseil du 28 novembre 2002 mettant au point un mécanisme d'évaluation des systèmes légaux et de leur mise en œuvre au niveau national dans la lutte contre le terrorisme, JO n° L 349 du 24.12.2002, p. 1.



auxquels elles ont donné lieu – doivent être appliquées. Par exemple, même si l'Union n'a adopté aucun instrument spécifique concernant les mesures que doivent prendre les Etats membres pour lutter contre les retards dans les procédures judiciaires, il est clair que, dans certains Etats membres, la situation peut en arriver à un point où elle remet en question la confiance mutuelle sur laquelle se base la coopération judiciaire, que ce soit dans des affaires civiles ou criminelles. Ainsi, même en l'absence d'instruments de l'Union concernant la situation dans les prisons, par exemple pour combattre la surpopulation carcérale ou pour améliorer des conditions de détention inacceptables, il est utile de contrôler ces situations dans les Etats membres, par exemple parce que l'application totale du mandat d'arrêt européen ne peut pas ignorer la réticence compréhensible qu'ont certains Etats membres à coopérer avec d'autres Etats où on ne remédie pas à ces situations conformément aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

Pour cette raison, il peut être justifié d'envisager de combiner la mise au point d'un mécanisme d'évaluation tel que l'envisage l'article III-260 de la Constitution dans le contexte de la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice avec l'amélioration de ce mécanisme prévu dans l'article 7 UE, qui est maintenu sous une forme légèrement modifiée dans l'article I-59 de la Constitution (Suspension de certains droits résultant de l'appartenance à l'Union).

La communication que la Commission a présentée au Conseil et au Parlement européen sur l'article 7 du Traité sur l'Union européenne, «Respect et promotion des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée»<sup>71</sup> souligne que, par ses rapports, le Réseau d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux peut contribuer à «détecter des situations d'anomalie ou des situations pouvant conduire à des violations ou à des risques de violations de ces droits au sens de l'article 7 UE» et qu'il peut «contribuer à la recherche de solutions visant à remédier aux anomalies vérifiées ou à éviter des violations potentielles». Il faudrait envisager la possibilité de se baser sur l'organisation actuelle du Réseau d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux afin de mettre en œuvre l'article III-260 de la Constitution et d'encourager une évaluation non sélective, objective et impartiale de la situation des droits fondamentaux dans l'Union pour faciliter pour les institutions de l'Union l'exercice des fonctions qui leurs sont attribuées par l'article I-59 de la Constitution. En effet, c'est déjà la direction que suggère la proposition de la Commission pour une décision-cadre sur certains droits procéduraux dans les procédures criminelles à travers l'Union européenne, ce qui pourrait marquer le commencement de la systématisation de cette forme de contrôle. Dans la détermination élargie de l'impact de la proposition de la Commission sur cet instrument, la Commission demande

la pratique d'un contrôle régulier sur la conformité. Cela devrait se faire sur la base des Etats membres soumettant eux-mêmes des données ou des statistiques rassemblées par leurs autorités nationales et soumises pour être reçues et analysées par la Commission. Cette dernière pourrait faire appel aux services d'experts indépendants pour analyser ces données et assister à la mise au point des rapports. Le Réseau U.E. d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux est une équipe potentielle d'experts indépendants.<sup>72</sup>

Ce contrôle pourrait donner lieu à des consultations informelles entre les Etats membres ou à des recommandations adressées à l'Etat membre où ont été identifiées certaines difficultés risquant de nuire à la confiance mutuelle, ou même, dans les cas les plus extrêmes, à l'application de certaines clauses de sécurité concernant les nouveaux Etats membres jusqu'au 1er mai 2007 telles que le prévoient l'article 39 de la loi annexée au Traité entre les Etats membres de l'Union européenne et les nouveaux Etats membres prévoyant leur adhésion à

<sup>71</sup> COM (2003) 606 final, du 15.10.2003.

<sup>72</sup> SEC(2004) 491, du 28.04.2004, p. 22.

l'Union<sup>73</sup> ou les clauses spécifiques de différents instruments adoptés pour créer un espace de liberté, de sécurité et de justice. Par exemple, on peut déduire de l'article 1<sup>er</sup>, § 3, de la décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres<sup>74</sup> que la remise d'une personne ne pourra avoir lieu lorsque celle-ci court un risque sérieux et avéré d'être soumise à une peine ou à un traitement inhumain ou dégradant dans l'Etat membre d'émission du mandat<sup>75</sup>. L'application de cette clause de sécurité par les Etats membres – dont le rôle a été souligné dans le Rapport de 2004 – pourrait être facilitée et les risques d'instrumentalisation réduits grâce à la mise au point d'un système objectif et impartial de contrôle de la situation des droits fondamentaux dans les Etats membres de l'Union, qui pourrait déterminer où ces risques peuvent être raisonnablement considérés comme existants et, par conséquent, où le refus d'exécuter le mandat d'arrêt européen serait justifié.

## 2. L'évaluation mutuelle lors de la mise au point d'un marché intérieur

Les articles 47, § 2, CE et 55 CE prévoient la possibilité pour le Conseil d'adopter des directives visant à coordonner les dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres concernant l'accès aux activités non salariées et à leur exercice, y compris en matière de services. La Commission européenne a proposé sur cette base juridique<sup>76</sup> l'adoption d'une directive relative aux services dans le marché intérieur, visant à clarifier le cadre juridique régissant à la fois l'établissement des prestataires de services et la libre circulation des services, c'est-à-dire la prestation transfrontières de services<sup>77</sup>. Pour l'essentiel, cette proposition vise à inscrire dans un instrument législatif la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'étendue de ces libertés et aux limites que les Etats membres peuvent y apporter. Elle vise cependant à accélérer l'achèvement du marché intérieur des services en recourant à une diversité de techniques: en matière de liberté d'établissement des prestataires de services, la directive proposée consisterait à exiger des Etats membres non seulement qu'ils suppriment certaines exigences restreignant la liberté d'établissement des prestataires de services qui sont incompatibles avec les règles du traité de Rome, mais également qu'ils évaluent certaines exigences afin d'en vérifier la compatibilité avec les critères posés par la Cour; en matière de libre circulation des services, la directive vise à établir le principe du "pays d'origine", selon lequel les Etats membres reconnaissent que les prestataires de services sont soumis uniquement aux dispositions nationales de leur Etat membre d'origine qui concernent l'accès à l'activité de service et son exercice, bien qu'un ensemble d'exceptions soient prévues audit principe.

La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur a fourni l'occasion d'un important débat au sein de l'Union sur la compatibilité avec certaines valeurs que reconnaît la Charte des droits fondamentaux de l'établissement du marché intérieur selon les techniques que la proposition de directive prévoit. A ce titre, elle appellera dans le cadre du présent rapport des observations ponctuelles qui seront faites sous les dispositions concernées

<sup>73</sup> La Loi sur l'adhésion des nouveaux Etats membres à l'Union, signée à Athènes le 16 avril 2003, comporte une clause de sécurité dans les domaines de la justice et des affaires intérieures (article 39). Cette clause prévoit que la Commission peut – jusqu'au 1<sup>er</sup> mai 2007 – prendre «des mesures appropriées», y compris lors de la suspension temporaire particulière de l'application des dispositions et des décisions qui organisent la reconnaissance mutuelle dans le domaine criminel (Titre VI UE) ou dans le domaine civil (Titre IV de la 3<sup>e</sup> partie du Traité de la CE), lorsqu'il existe «d'importants défauts ou un risque imminent de voir apparaître ces défauts dans la transposition, l'état de la mise en œuvre ou dans l'application des décisions-cadres ou de tout autre engagement pertinent ou tout autre instrument de coopération ou de décision» dans ces domaines. La Commission peut agir de sa propre initiative ou à la demande d'un Etat membre. Avant d'agir, la Commission consulte les Etats membres. Les mesures ne sont maintenues que tant que les défauts persistent, mais, lorsqu'on n'y a pas recours, elles peuvent continuer au-delà du 1<sup>er</sup> mai 2007.

<sup>74</sup> 2002/584/JAI, JO n° L 190 du 18.07.2002.

<sup>75</sup> Voir également les considérants 12 et 13 du Préambule.

<sup>76</sup> Ainsi que sur la base des articles 71 et 80, § 2, CE, pour ce qui concerne le domaine des transports.

<sup>77</sup> Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux services dans le marché intérieur, COM(2004) 2 final, du 13.01.2004.

de la Charte des droits fondamentaux. On examinera sous l'article 31 de la Charte (Conditions de travail justes et équitables) la question du lien entre la directive proposée et le détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de services d'un Etat membre à l'autre, sur laquelle porte déjà la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996<sup>78</sup>. La question de l'accès aux soins de santé, hospitaliers et non hospitaliers, offerts dans un Etat membre autre que celui du patient, et des conditions auxquelles l'Etat membre de résidence peut subordonner le remboursement des soins de santé fournis à l'étranger, sera examiné sous l'article 35 de la Charte (Protection de la santé), bien qu'il eût pu se justifier de l'examiner également sous l'angle de l'article 34 (Sécurité sociale et aide sociale). L'éventuel impact qu'aurait la directive proposée sur la possibilité pour les Etats membres d'organiser, de réglementer ou de financer des services d'intérêt économique général sur leur territoire sera examiné sous l'article 36 de la Charte (Accès aux services d'intérêt économique général). Enfin, le rapport examine l'impact éventuel de la directive relative aux services dans le marché intérieur sur la protection des consommateurs sous l'article 38 de la Charte, qui concerne cette question. Dans le cadre de l'introduction au présent rapport, on se bornera à des observations de nature générale, qui ne portent pas sur ces questions plus spécifiques que les débats de l'année 2004 ont permis de mettre en lumière.

### 2.1. La place des droits fondamentaux dans la construction du marché intérieur

Une première observation porte sur le statut des droits fondamentaux reconnus dans l'ordre juridique de l'Union européenne et les conséquences qui en découlent en matière de libre prestation des services. Les droits fondamentaux figurant parmi les principes généraux du droit de l'Union<sup>79</sup> ne constituent pas seulement des restrictions à la liberté dont les Etats membres disposent dans la mise en œuvre du droit de l'Union. La Cour de justice reconnaît également qu'ils permettent de justifier certaines restrictions aux libertés dites "fondamentales" de circulation que reconnaît le traité de Rome, lorsque de telles restrictions peuvent être justifiées par le souci des Etats membres d'en assurer la protection et de les promouvoir. Cela concerne notamment les entraves admissibles à la libre circulation des marchandises<sup>80</sup> et les entraves à la libre prestation des services<sup>81</sup>. Le *Rapport 2004* a insisté à cet égard sur l'importance de l'arrêt *Schmidberger* du 12 juin 2003, dans lequel la Cour de justice des Communautés européennes a été amenée à comparer les droits fondamentaux d'expression et d'assemblée reconnus par les articles 10 et 11 de la Convention européenne des droits de l'homme avec le droit fondamental de circulation des biens garantis par les articles 28 et 29 du Traité de la CE<sup>82</sup>. Au cours de l'année examinée, le jugement rendu par la Cour européenne de justice dans l'affaire *Omega* illustre parfaitement la position qu'occupent les droits fondamentaux dans l'ordre légal de l'Union.

Dans l'affaire *Omega*, le *Bundesverwaltungsgericht* (le Tribunal fédéral administratif allemand) a demandé à la Cour d'interpréter les articles 49 à 55 de la CE concernant la liberté de fournir des services et les articles 28 à 30 de la CE sur la libre circulation des biens<sup>83</sup>. Dans

<sup>78</sup> directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, JO n° L 18 du 21.01.1997, p. 1.

<sup>79</sup> Qui ne se limitent pas aux droits énoncés dans la codification partielle qu'en effectue la Charte des droits fondamentaux, ainsi que cela a été souligné plus haut.

<sup>80</sup> Voir CJCE, 26 juin 1997, *Familiapress*, C-368/95, Rec., p. I-3689 (point 24).

<sup>81</sup> Voir CJCE, 25 juillet 1991, *Commission c. Pays-Bas*, 353/89, Rec., p. 4089 (point 30); CJCE, 25 juillet 1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda e.a. c. Commissariaat voor de Media*, 148/91, Rec., p. 513 (points 9 et 10).

<sup>82</sup> C.J.C.E., *Schmidberger*, C-112/00, 12 juin 2003, Rec., p. I-5659.

<sup>83</sup> Bien que la demande de réglementation préliminaire fasse référence à toutes les libertés fondamentales garanties par le Traité de la CE, la Cour européenne de justice a envisagé, conformément à sa jurisprudence établie, d'examiner la compatibilité de la restriction imposée par une mesure nationale uniquement par rapport à la liberté de prester des services, puisque la libre circulation des biens était de toute évidence secondaire dans les circonstances de l'affaire (voir, pour un raisonnement similaire, dans un autre jugement important rendu au cours de l'année sous examen, l'affaire C-71/02, *Karner*[2004] ECR I-0000, paragraphe 46).

l'affaire portée devant les juridictions allemandes qui a donné lieu à un renvoi, Omega a contesté un arrêté rendu contre elle par l'autorité de police de Bonn. Cet arrêté lui interdisait d'autoriser dans ses jeux "laserdrome" des objets permettant de tirer sur des cibles humaines en utilisant un rayon laser ou d'autres appareils techniques. Bien que cette interdiction soit basée sur le besoin revendiqué de protéger l'ordre public et pouvait, selon le *Bundesverwaltungsgericht*, se justifier par le besoin de protéger la dignité humaine, que garantit l'article 1<sup>er</sup> § 1 de la Loi fondamentale allemande, Omega a estimé qu'il constituait une violation de la libre prestation de services et de la libre circulation des biens garanties par le Traité de la CE, étant donné que l'équipement qu'il utilisait lui était fourni par l'entreprise britannique Pulsar International Ltd. Cependant, la Cour a estimé que le besoin de protéger la dignité humaine pouvait justifier une restriction de la liberté de prester des services, en vertu de l'article 46 CE combiné à l'article 55 CE<sup>84</sup>. Elle a rappelé que « l'ordre juridique communautaire tend indéniablement à assurer le respect de la dignité humaine en tant que principe général du droit. Il ne fait donc pas de doute que l'objectif de protéger la dignité humaine est compatible avec le droit communautaire, sans qu'il importe à cet égard que, en Allemagne, le principe du respect de la dignité humaine bénéficie d'un statut particulier en tant que droit fondamental autonome » (par. 34). Citant l'affaire *Schmidberger*, la Cour relève au paragraphe 35 de son arrêt :

Le respect des droits fondamentaux s'imposant tant à la Communauté qu'à ses États membres, la protection desdits droits constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le traité telle que la libre prestation de services.

Pour que la protection d'un droit fondamental justifie une restriction de la liberté de prester des services, deux conditions doivent être satisfaites. D'abord, le droit fondamental ne doit pas être uniquement une création du droit national, qu'il s'agisse de droit constitutionnel ou législatif. Il doit être reconnu comme un principe général du droit de l'Union. Pour déterminer quels droits figurent parmi ces principes, la Cour s'inspire des traditions constitutionnelles communes aux États membres et des lignes directrices fournies par les traités internationaux pour la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont collaboré ou dont ils sont signataires. Même si, d'après la jurisprudence établie de la Cour, la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales a une importance particulière sous cet aspect, la Cour doit tenir compte d'autres instruments internationaux que la Convention; de plus, comme ce rapport l'a déjà souligné, même si la Charte des droits fondamentaux constitue une indication claire selon laquelle les droits qu'elle formule ont le statut de droits reconnus comme principes généraux du droit de l'Union, la Charte ne limite pas la possibilité de déterminer d'autres droits ayant un statut similaire par le biais du droit jurisprudentiel. Enfin, bien que le droit fondamental invoqué par les autorités nationales afin de justifier une restriction imposée à une liberté fondamentale garantie par le Traité de la CE doive être reconnu comme l'un des principes généraux du droit de l'Union, il n'est « pas indispensable (...) que la mesure restrictive édictée par les autorités d'un État membre corresponde à une conception partagée par l'ensemble des États membres en ce qui concerne les modalités de protection du droit fondamental ou de l'intérêt légitime en cause » (par. 37). Par exemple, dans l'affaire *Omega*, les autorités allemandes pouvaient se fier à leur propre compréhension des exigences de la dignité humaine, même si cette compréhension était peut-être différente de celle du Royaume-Uni ou de n'importe quel État membre<sup>85</sup>.

<sup>84</sup> L'article 46 CE, qui applique la clause sur les services en vertu de l'article 55 CE, permet des restrictions justifiées par des raisons de politique, de sécurité ou de santé publique.

<sup>85</sup> Après l'entrée en vigueur de la Constitution, il faudra tenir compte dans cette démarche de la Charte des droits fondamentaux, qui précise à cet égard que « 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 ». Selon les explications jointes à la Charte des droits fondamentaux, « plutôt que de suivre une approche rigide du « plus petit dénominateur commun », il convient

Deuxièmement, selon le jugement rendu le 14 octobre 2004 dans l'affaire *Omega*, « des mesures restrictives de la libre prestation des services ne peuvent être justifiées par des motifs liés à l'ordre public que si elles sont nécessaires pour la protection des intérêts qu'elles visent à garantir et seulement dans la mesure où ces objectifs ne peuvent être atteints par des mesures moins restrictives » (par. 36). Cette formulation peut sembler plus restrictive que celle adoptée un an plus tôt dans l'affaire *Schmidberger*, dans laquelle la Cour a opposé le besoin des autorités autrichiennes de protéger la liberté d'expression et d'assemblée garanties par les articles 10 et 11 de la Convention européenne des droits de l'homme à la libre circulation des biens garantie par le Traité CE, sans présenter ce besoin comme une exception, ce qui justifiait une interprétation stricte de la marge d'appréciation laissée aux Etats membres de la règle établie par le Traité CE. On ne sait pas très bien si cette différence entre les deux approches est délibérée: elle semble plutôt venir du fait que, dans l'affaire *Omega*, le besoin d'autoriser les autorités allemandes à protéger la dignité humaine était basé sur l'article 46 CE, qui pouvait s'appliquer à la liberté de prester des services garantie par l'article 55 de la CE, qui place cette autorisation dans la position technique d'une exception. Mais il n'est pas nécessaire de contourner à ce point les clauses du Traité de la CE lorsque l'Etat membre cherche à justifier les restrictions à la libre prestation de services par le besoin de protéger les droits fondamentaux. En tant que principes généraux du droit dont le respect est garanti par la Cour européenne de justice, les droits fondamentaux occupent la même position dans l'ordre légal de l'Union que les libertés fondamentales de circulation reconnues par le Traité. Cette situation sera simplement confirmée, et non pas modifiée, par l'intégration de la Charte dans la Constitution.<sup>86</sup>

Les rapports que nouent cette affaire et la proposition d'une directive sur les services dans le marché intérieur devrait être évidente. En ce qui concerne la libre circulation des services, la clause principale du texte proposé est le «principe du pays d'origine», selon lequel «les Etats membres veilleront à ce que les prestataires ne soient soumis qu'aux dispositions nationales de leur Etat membre d'origine faisant partie du domaine coordonné» (article 16, § 1<sup>er</sup>). Le raisonnement justifiant l'affirmation de ce principe est que, afin de garantir qu'aucune barrière injustifiée n'affectera la liberté de prester des services, «les Etats membres devraient cesser d'appliquer leurs propres règles et réglementations aux services entrants provenant d'autres Etats membres et de les superviser et les contrôler. Au lieu de cela, ils devraient faire confiance au contrôle exercé par les autorités du pays d'origine du prestataire de service»<sup>87</sup>. Cependant, parmi les dérogations au principe du pays d'origine prévues par l'article 17 de la proposition, on retrouve «les services qui sont interdits, dans les Etats membres dans lesquels le prestataire circule pour fournir son service, lorsque cette interdiction se justifie par des raisons relatives à la politique d'intérêt public, à la sécurité ou à la santé publique».<sup>88</sup> Cette indication<sup>89</sup> implique que la directive proposée ne limitera pas la marge d'appréciation

---

d'interpréter les droits en cause de la Charte d'une manière qui offre un niveau élevé de protection, adapté au droit de l'Union et en harmonie avec les traditions constitutionnelles communes».

<sup>86</sup> Dans ses conclusions précédant l'arrêt *Omega*, Mme l'avocat général Stix-Hackl note que les droits fondamentaux reconnus dans l'ordre juridique de l'Union «doivent être considérés comme faisant partie intégrante du droit originaire et comme occupant par conséquent le même rang hiérarchique que les autres dispositions du droit originaire, dont les libertés fondamentales [de circulation]» (point 49 des conclusions présentées le 18 mars 2004). Cela constitue également une implication nécessaire de l'arrêt *Schmidberger* du 12 juin 2003, dans lequel la Cour évoquait «la conciliation nécessaire des exigences de la protection des droits fondamentaux dans la Communauté avec celles découlant d'une liberté fondamentale consacrée par le traité» (au point 77).

<sup>87</sup> Dossier de vérification du personnel de la Commission, Détermination élargie de l'impact d'une proposition de directive sur les services dans le marché interne, SEC(2004) 21, 13.01.2004, p. 24 et 25.

<sup>88</sup> Dans le texte de la proposition de directive reformulé et clarifié par la présidence néerlandaise du Conseil pour le groupe de travail sur la compétitivité et la croissance (services), document de travail n° 1 pour la réunion du 16 novembre 2004 (Secrétariat général du Conseil, DG C I), 15 novembre 2004).

<sup>89</sup> Une autre dérogation au principe du pays d'origine concerne «les exigences spécifiques de l'Etat membre dans lequel le prestataire s'établit, qui sont directement liées aux caractéristiques particulières de l'endroit où le service est presté ou au risque particulier qu'entraîne le service pour le lieu où il est presté, et auxquelles il est indispensable de se conformer pour des raisons de politique ou de sécurité publique ou pour protéger la santé

actuellement accordée aux Etats membres en vertu de l'article 46, § 1<sup>er</sup>, CE, telle qu'on peut l'appliquer à la clause sur les services de l'article 55 CE.

Il est important de souligner que, sous la jurisprudence de la Cour européenne de justice, le besoin de protéger les droits fondamentaux reconnus en vertu des principes généraux du droit de l'Union constitue un intérêt légitime qui justifie en principe une restriction des obligations imposées par le droit de la Communauté, selon les termes utilisés par la Cour dans l'affaire *Omega*. Au minimum, le considérant du Préambule correspondant à cette dérogation au principe du pays d'origine devrait être répété aussi clairement, sans se limiter à la protection de la dignité humaine, mais plutôt en se référant à tous les droits reconnus par la Charte des droits fondamentaux ou considérés d'une autre façon comme des principes généraux du droit de l'Union par la Cour européenne de justice.<sup>90</sup> Cela écarterait tout risque que la mention spécifique de la protection de la dignité humaine dans le Préambule de la directive correspondant à cette (16<sup>e</sup>) dérogation au principe du pays d'origine soit considérée *a contrario* comme restreignant les restrictions admissibles à la libre circulation des services, ce qui, en vertu de la jurisprudence actuelle de la Cour européenne de justice, pourrait se justifier comme une nécessité pour la protection des droits fondamentaux reconnus comme des principes généraux du droit. Il serait cependant préférable, encore une fois dans un souci de clarté, et sans que cela constitue une modification du contenu de la directive proposée, d'indiquer à l'article 17 que le principe du pays d'origine ne s'appliquera pas aux services qui sont interdits dans l'Etat membre dans lequel le prestataire circule pour fournir son service lorsque cette interdiction se justifie par le besoin de protéger les droits fondamentaux reconnus par la Charte des droits fondamentaux ou en tant que principes généraux du droit de l'ordre légal de l'Union.

## 2.2. Mesures d'accompagnement de la confiance mutuelle

Le principe du pays d'origine a été clairement reconnu par la détermination élargie d'impact qui avait été préparée au sujet d'une proposition de directive sur les services dans le marché interne. En vertu de cette directive, ce principe gouvernera la libre prestation de services à travers les Etats membres. Il implique que «les Etats membres doivent avoir confiance en leurs mesures de contrôle et leurs systèmes légaux réciproques»<sup>91</sup>. Par conséquent, la directive proposée comprend certaines mesures visant à renforcer la confiance mutuelle en garantissant à l'Etat membre où le service est presté que le pays d'origine où est établi le prestataire de service supervisera correctement le prestataire et la qualité de son service.<sup>92</sup>

Même si les mesures visant particulièrement à protéger les consommateurs seront examinées dans ce rapport en vertu de l'article 38 de la Charte, il peut être utile ici de commenter les modalités de coopération entre le pays d'origine du service presté et l'Etat membre où il est presté, ainsi que l'évaluation mutuelle incluse dans la directive proposée.

---

publique ou l'environnement». Cette dérogation a un champ d'application potentiel plus limité et ne sera donc pas abordée dans ce rapport.

<sup>90</sup> Le considérant 43 du Préambule de la directive affirmait que cette clause avait pour but de prévoir «une dérogation au principe du pays d'origine dans le cas où des services sont interdits dans l'Etat membre dans lequel un prestataire s'est établi, si cette interdiction se justifie objectivement par des raisons relatives à la politique, la sécurité ou la santé publique, y compris les raisons relatives à la protection de la dignité humaine. Cette dérogation couvre également les affaires dans lesquelles des services sont interdits, sauf dans certaines circonstances déterminées (...)». Le passage souligné dans ce considérant devrait être remplacé par une expression plus générale, telle que «y compris pour des raisons relatives à la protection des droits fondamentaux reconnue comme un principe général du droit conformément à la jurisprudence de la Cour européenne de justice» afin de se conformer totalement à la jurisprudence.

<sup>91</sup> Dossier de vérification du personnel de la Commission, détermination élargie de l'impact d'une proposition de directive sur les services dans le marché interne, SEC(2004) 21, 13.01.2004, p. 24 et 25.

<sup>92</sup> Par conséquent, l'article 34 de la proposition de directive mentionne qu'à l'égard des cas couverts par le principe du pays d'origine, «les Etats membres garantiront que les pouvoirs de contrôle et de supervision prévus par le droit national en ce qui concerne le prestataire et les activités en question seront également exercés lorsqu'un service est prévu dans un autre Etat membre».

La coopération administrative entre l'Etat d'origine du prestataire de service et l'Etat où ce service est presté, telle qu'elle est organisée par le chapitre V de la directive proposée (Supervision), remplit une double fonction. Elle cherche non seulement à garantir que la duplication des contrôles sera évitée grâce à une division des tâches appropriée et plus rationnelle entre les autorités nationales concernées, mais aussi que le cadre légal sera clarifié pour le service presté. Elle devrait aussi garantir que le contrôle exercé sur le prestataire de services sera plus efficace et que ce dernier ne bénéficiera pas du manque de communication ou de coopération entre les autorités nationales des Etats concernés.

Afin de mettre au point une coopération administrative efficace entre l'Etat d'origine et l'Etat de destination, la directive proposée prévoit que chaque Etat désignera un ou plusieurs points de contact et se portera mutuellement assistance. En particulier, l'Etat d'origine fournira les informations demandées par un Etat membre ou par la Commission le plus rapidement possible, surtout les informations confirmant qu'un prestataire de services est établi dans son territoire et exerce ses activités de façon légale; et, dans le cas où ils seraient informés du comportement illégal d'un prestataire de services risquant d'exercer ses fonctions dans d'autres Etats membres, ou d'activités spécifiques risquant de causer un grave dommage à la santé ou à la sécurité des personnes, les Etats membres informeront tous les autres Etats ainsi que la Commission dans les plus brefs délais (article 35). De son côté, l'Etat membre où les services sont prestés informera l'Etat d'origine s'il prend connaissance de tout comportement illégal du prestataire de service, ou d'actions spécifiques risquant de causer un grave dommage à l'Etat membre (article 35, § 3, l.2). Des obligations d'assistance mutuelle sont prévues lorsque l'Etat de destination se sert de l'article 19 de la directive proposée pour imposer une dérogation au cas par cas depuis le pays d'origine dans des situations spécifiques (article 37).

La proposition de directive contient en outre un chapitre VI, relatif au "Programme de convergence" devant accompagner l'affirmation du principe du pays d'origine en matière de libre circulation des services. Ce programme prévoit l'encouragement à l'adoption de codes de conduite au niveau communautaire afin de favoriser le rapprochement des règles déontologiques régissant l'exercice des professions réglementées ainsi que le contenu et les modalités des communications commerciales, et les conditions d'exercice des activités d'agents immobiliers: les Etats membres doivent encourager la mise en oeuvre au niveau national des codes de conduite adoptés au niveau communautaire (article 39). Il prévoit également la possibilité d'une harmonisation complémentaire, notamment à travers l'examen par la Commission de la nécessité de prendre certaines initiatives ou de proposer certains instruments là où cela apparaît nécessaire pour le bon fonctionnement du marché intérieur (articles 40 à 43). Pareille nécessité serait identifiée au départ de l'examen de quatre séries de questions: les "questions qui, ayant fait l'objet de dérogations dans des cas individuels, ont révélé la nécessité d'une harmonisation au niveau communautaire"; les questions relatives à la déontologie des professions réglementées que l'adoption de codes de conduite communautaire n'ont pu régler de manière satisfaisante; les questions identifiées au départ d'un processus d'évaluation mutuelle, passant par la présentation de rapports par les Etats membres sur certains aspects de mise en oeuvre de la directive, notamment sur les résultats de l'évaluation de certaines exigences restreignant la liberté d'établissement des prestataires de services, ces rapports donnant lieu à des observations des autres Etats membres et à un rapport de synthèse de la Commission (assistée d'un comité composé des représentants des Etats membres) pouvant comprendre des propositions complémentaires; enfin, les questions relatives à la protection des consommateurs et les contrats transfrontaliers. L'article 43 prévoit que, tous les trois ans après la remise d'un premier rapport de synthèse le 31 décembre 2008, la Commission présentera "un rapport sur l'application de la (...) directive, accompagné le cas échéant, de propositions visant à l'adapter".

Ce programme de convergence, comprenant un mécanisme d'évaluation mutuelle et l'examen des questions exigeant une éventuelle harmonisation complémentaire de certains aspects de la liberté d'établissement des prestataires de services et de la libre circulation des services,

constitue un élément clé de la recherche de l'équilibre adéquat entre la libre prestation de services dans l'Union et le respect des droits fondamentaux. En particulier, en l'absence d'un "programme de convergence" tel que proposé initialement par la Commission, les restrictions apportées par les Etats membres à la libre prestation des services au départ d'un autre Etat membre, y compris lorsqu'elles seront fondées sur la nécessité d'assurer la protection des droits fondamentaux dans l'Etat membre de destination selon la conception propre qu'il s'en fait, seraient interprétées comme des exceptions au principe du pays d'origine, qui ne seraient admises que dans des conditions strictes sous le contrôle de la Cour de justice. Dans un tel système en outre, l'on resterait dépendant de la définition que chaque Etat membre prétendra donner des exigences découlant des droits fondamentaux sur son territoire. Cela impliquerait non seulement un risque d'instrumentalisation des droits fondamentaux, à des fins protectionnistes qui ne seraient pas acceptables du point de vue des règles du marché intérieur. Cela aurait entraîné aussi, en sens inverse, le risque que les Etats soient conduits progressivement à restreindre le degré de réalisation des droits fondamentaux sur leur territoire, à défaut de pouvoir démontrer la nécessité et la proportionnalité des restrictions que cela peut justifier à la libre prestation des services depuis un autre Etat membre. Il importe de souligner que les droits fondamentaux ne sont pas uniquement des limites que l'Etat doit respecter, et dont le contenu est défini une fois pour toutes. Les droits fondamentaux sont également des valeurs que l'Etat doit progressivement réaliser, dans une perspective dynamique. En l'absence d'un programme de convergence dynamique, la progression des droits fondamentaux risquerait de se trouver freinée au sein des Etats membres de l'Union, toute initiative unilatérale qu'ils souhaiteraient prendre à cet égard dans des domaines non harmonisés apparaissant d'emblée suspecte au regard de la liberté d'établissement du prestataire de services et du principe du pays d'origine en matière de libre circulation des services.

Au contraire, le système proposé implique qu'une harmonisation complémentaire, dont la nécessité aurait été révélée par le processus d'évaluation mutuelle à laquelle invite la Commission dans sa proposition, pourrait conduire la Commission à proposer des instruments visant à favoriser une protection à un niveau élevé des droits fondamentaux dans le marché intérieur. Cela est essentiel, au regard des craintes justifiées qui ont émises à propos de la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur. Le risque existe que l'adoption de cette directive incite les Etats membres à entrer dans une spirale de dérégulation compétitive en matière de services, compte tenu de la mise en concurrence directe de leurs systèmes réglementaires nationaux que la directive aboutit à organiser. Le programme de convergence que prévoit le chapitre VI de la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur constitue de ce point de vue un dispositif indispensable de préservation d'un niveau élevé de protection des droits fondamentaux.

### **III. UNE POLITIQUE DES DROITS FONDAMENTAUX POUR L'UNION EUROPEENNE**

Depuis son premier rapport portant sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne, le Réseau U.E. d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux insiste sur la nécessité de passer d'une conception purement réactive et *ad hoc* de la promotion et de la protection des droits fondamentaux, à une conception davantage proactive et systématique, visant à identifier les initiatives que réclament les droits fondamentaux pour leur réalisation effective dans l'Union. Nous disposons à présent d'une protection adéquate des droits fondamentaux dans l'Union: cette protection sera renforcée par l'adoption de la Constitution européenne, non seulement en raison de l'intégration de la Charte des droits fondamentaux dans sa deuxième partie, mais également par l'extension des compétences de la Cour de justice et, par conséquent, de sa capacité à assurer une protection juridictionnelle effective. Mais nous manquons encore d'une politique des droits fondamentaux. Contrairement à ce qui



est parfois affirmé, la difficulté ne réside pas dans l'absence de compétences de l'Union européenne dans ce domaine. Bien que ni les traités actuels, ni le Traité établissant une Constitution pour l'Europe ne contiennent une clause générale relative à l'adoption d'instruments visant à la promotion des droits fondamentaux, l'Union s'est vue attribuer par les Etats membres un ensemble important de compétences spécifiques qu'elle peut exercer afin de contribuer à la réalisation des droits fondamentaux au niveau de l'Union. La difficulté est d'orienter l'exercice de ces compétences afin qu'elles soient utilisées de manière à atteindre cet objectif.

Bien entendu, l'installation d'une Agence des droits fondamentaux peut contribuer à la formulation d'une telle politique. Il faut définir le rôle futur de cette Agence, comme celui, à l'avenir, du Réseau U.E. d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux ou d'un groupe équivalent présentant les mêmes caractéristiques d'indépendance et d'expertise et décentralisé dans les Etats membres, au départ de l'objectif de contribuer à la définition d'une politique des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Ces dispositifs doivent assurer une forme d'observation mutuelle des Etats membres, par le canal d'un mécanisme présentant les garanties d'objectivité et d'impartialité que seule peut fournir une indépendance rigoureusement préservée sur le plan de l'organisation institutionnelle. De la même manière que la construction de l'espace européen de liberté, de sécurité et de justice a emprunté au droit du marché intérieur le concept de reconnaissance mutuelle, l'extension de ce concept au sein même de la poursuite de l'établissement du marché intérieur dans le domaine des services doit s'inspirer des mécanismes d'évaluation mutuelle que les Etats membres ressentent le besoin de créer entre eux afin de favoriser la coopération dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice, et que l'article III-260 de la Constitution européenne vient confirmer. Sans évaluation mutuelle, susceptible de conduire à une harmonisation complémentaire ou à encourager le rapprochement des législations là où cela s'avère requis, la reconnaissance mutuelle n'est plus qu'un mécanisme aveugle, privée de la confiance mutuelle qui constitue son socle. Ce n'est pas seulement fragiliser la reconnaissance mutuelle elle-même, puisque sans mécanisme adéquat assurant l'évaluation mutuelle, les Etats membres et leurs autorités peuvent être conduits à aborder avec méfiance les standards définis par les autres Etats et les pratiques qui les mettent en œuvre, et à abuser des clauses d'exception qui permettent de déroger à la reconnaissance mutuelle. C'est aussi fragiliser les droits fondamentaux dans l'espace que les Etats membres ont en commun, puisque, définie strictement comme pouvant justifier des exceptions à la règle de la reconnaissance mutuelle, la protection que chaque Etat va assurer des droits fondamentaux sur son territoire s'en trouvera limitée à ce qui est strictement nécessaire et proportionné à l'objectif qu'une telle protection poursuit. Le suivi de la situation des droits fondamentaux dans les Etats membres de l'Union, par un mécanisme indépendant et impartial assurant une appréciation non sélective de tous les Etats, et capable de conduire à des comparaisons entre les Etats, est ainsi plus indispensable que jamais, dans l'élaboration d'une politique européenne des droits fondamentaux.

\*

\*\*

L'introduction à ce rapport appelle une dernière précision. De manière délibérée, l'accent a été mis dans ce rapport sur certaines thématiques particulières, qui ont émergé ou ont connu des développements importants en 2004. Le rapport se concentre ainsi sur les questions de protection des données à caractère personnel, sur les développements qu'ont connus les domaines de l'asile et de l'immigration, ainsi que sur l'impact que pourrait avoir sur certains droits fondamentaux reconnus dans la Charte (notamment la garantie de conditions de travail justes et équitables (article 31) et le droit à la santé (article 35)) la proposition d'accélérer l'ouverture du marché intérieur des services au sein de l'Union, en recourant à la technique fondée sur le principe du pays d'origine, qui s'inspire de la philosophie de la reconnaissance

mutuelle. Le choix a été fait d'évoquer un nombre moins grand de sujets que dans le rapport 2004, mais de faire un traitement plus approfondi de certains sujets particulièrement importants pour apprécier la situation des droits fondamentaux dans l'Union élargie.

Il résulte de ce choix méthodologique qu'un certain nombre de dispositions de la Charte ne feront pas l'objet de commentaires dans le présent rapport. Cependant, ce rapporteur ne peut manquer de souligner que, pour plusieurs des dispositions en cause, la jouissance des garanties qui y figurent ne saurait se concevoir sans le renforcement de la lutte contre l'exclusion sociale et, plus particulièrement, la prise en compte de la situation des plus pauvres dans notre société. L'article 7 de la Charte affirme le droit de chacun au respect de sa vie familiale. Mais la grande pauvreté menace l'unité des familles: dans l'Europe en 2004, il arrive encore que des enfants soient placés en institutions en raison du manque de moyens financiers de leurs parents et de leur incapacité présumée à prendre soin d'eux. L'article 14 de la Charte reconnaît le droit à l'éducation. Mais les enfants des familles très pauvres sont placés, en raison de l'indigence de leurs parents, dans une situation qui les désavantage fortement par rapport à d'autres enfants, alors qu'ils devraient pouvoir exercer leur droit à l'éducation dans les mêmes conditions. L'article 15 de la Charte reconnaît la liberté professionnelle et le droit de travailler. Mais ce droit ne peut être effectivement exercé par des personnes qui, en raison de leur situation de pauvreté, ne peuvent même se présenter dans des conditions dignes devant un employeur. Naturellement, les exemples peuvent être multipliés. Ainsi que le souligne le Mouvement international ATD Quart Monde, l'une des organisations internationales non gouvernementales consultées pour l'établissement du présent rapport, la situation des très pauvres traduit de manière exemplaire l'interdépendance de l'ensemble des droits que reconnaît la Charte.

Certes, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne reconnaît pas, en tant que tel, le droit à la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale, que garantit par exemple l'article 30 de la Charte sociale européenne révisée; et elle ne garantit pas le droit au logement, tel que l'énonce l'article 31 de la Charte sociale européenne révisée. Cela ne signifie naturellement pas que, dans l'exercice des compétences qui leur sont attribuées, les institutions de l'Union puissent ignorer ces exigences. L'article 21 de la Charte des droits fondamentaux interdit toute discrimination, fondée notamment sur la fortune. Dans la mise en œuvre progressive des droits économiques et sociaux, cette exigence de non-discrimination implique – ainsi que le relève à juste titre le Comité européen des droits sociaux – l'élimination de 'toutes les formes de discrimination indirecte, que peuvent révéler soit les traitements inappropriés de certaines situations, soit l'inégal accès des personnes placées dans ces situations et des autres citoyens aux divers avantages collectifs'. La prise en compte des exigences des droits fondamentaux dans les dispositifs de la gouvernance, notamment par l'amélioration des études d'impact ainsi qu'il a été mentionné plus haut, doit permettre aux institutions de l'Union de tendre vers des 'progrès mesurables, en utilisant au mieux les ressources [qu'elles peuvent] mobiliser'; les institutions 'doivent en outre être particulièrement [attentives] à l'impact des choix opérés par [elles] sur les groupes dont la vulnérabilité est la plus grande ainsi que sur les autres personnes concernées, tout particulièrement les familles sur qui, en cas de carence institutionnelle, pèse un écrasant fardeau'<sup>93</sup>. Les importants efforts qui sont faits aujourd'hui en faveur de l'intégration des personnes ayant un handicap, ainsi que ceux qui seront consentis, comme nous pouvons déjà l'anticiper, en faveur des minorités et notamment des Roms, ne devraient pas conduire à oublier cette exigence essentielle de l'intégration des personnes les plus pauvres, vers la satisfaction des besoins desquelles les politiques publiques doivent, plus que jamais, être tournées.

Afin de rencontrer le défi de la grande pauvreté, il s'impose d'adopter une perspective dynamique de la répartition des compétences entre l'Union et les Etats membres. Ainsi par exemple, la question n'est pas de savoir qui, de l'Union ou des Etats membres, a la compétence de promouvoir le droit au logement ou la lutte contre l'exclusion sociale, mais

<sup>93</sup> Comité européen des droits sociaux, décision sur le bien-fondé de la réclamation n° 13/2002, *Autisme-Europe c. France*, du 4 novembre 2003.

comment l'Union et les Etats membres, dans l'exercice de leurs compétences respectives, peuvent y contribuer. Les bases juridiques existent. Parmi les missions que l'article 2 CE définit pour la Communauté, figure celui d'assurer «le relèvement du niveau et de la qualité de la vie, la cohésion économique et sociale et la solidarité entre les Etats membres». L'article 308 CE prévoit que si «une action apparaît nécessaire pour réaliser... l'un des objectifs de la Communauté, sans que le présent traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet» le Conseil peut, sur proposition de la Commission, après consultation du Parlement européen, prendre les dispositions appropriées. C'est sur la base de cette clause qu'ont pu être adoptés plusieurs programmes communautaires de lutte contre la pauvreté, en dépit de l'obstacle que représente l'exigence d'une unanimité au sein du Conseil.<sup>94</sup> Les potentialités n'en demeurent pas moins réelles, d'autant plus que l'article I-3, § 3, du Traité établissant une Constitution pour l'Europe identifie la lutte contre l'exclusion sociale parmi les objectifs de l'Union, confirmant ce qui ressort déjà aujourd'hui de l'article 136 CE. Par ailleurs, conformément à ce que prévoit l'article 137, § 2, a), CE, la lutte contre l'exclusion sociale figure parmi les objectifs à la réalisation desquels la Communauté contribue par le recours à la méthode ouverte de coordination. Ces compétences doivent être exercées de manière à rendre effectif l'accès à l'ensemble des droits de la Charte des droits fondamentaux.

Une autre catégorie de la population exclue en pratique du bénéfice de plusieurs droits de la Charte des droits fondamentaux est celle des étrangers en situation illégale de séjour. L'objectif de renforcer la cohésion économique et sociale de l'Union (article I-3, § 3, al. 3, du Traité établissant une Constitution pour l'Europe) doit prendre en compte la situation spécifique de cette catégorie. Dans certains secteurs économiques, le recours à la main d'œuvre illégale, contre lequel les Etats membres luttent en ordre dispersé, est suffisamment important pour que l'on puisse évoquer le risque de distorsions entre les Etats membres en l'absence d'une approche plus harmonisée. Or, jusqu'à présent, les politiques d'intégration des ressortissants d'Etats tiers – dont il faut saluer les avancées au cours de la période récente – se sont limitées aux ressortissants d'Etats tiers en situation régulière de séjour, ce qui constitue une approche contestable. Les étrangers en situation illégale de séjour sont en position vulnérable face aux employeurs. Ils sont soumis à une exploitation économique qui, dans certains cas, débouche sur des situations de travail forcé<sup>95</sup>, contraires à l'article 5, § 2, de la Charte et que, par conséquent, il appartient à l'Union de combattre dans la mesure où elle dispose des compétences requises à cet effet. La question ayant été bien identifiée, y compris par des associations bénéficiant d'un soutien de la Commission européenne<sup>96</sup>, il convient de rechercher les bases juridiques permettant l'adoption d'initiatives de nature à apporter des réponses satisfaisantes à une situation qui constitue une grave menace pour la cohésion économique et sociale au sein des Etats membres. Ainsi que cela a été développé dans le Rapport 2004, la Charte des droits fondamentaux, si elle fait obstacle à l'adoption de mesures par les institutions de l'Union qui porte atteinte aux droits et libertés qu'elle garantit, doit également être interprétée comme imposant aux institutions de l'Union une obligation d'agir, lorsqu'elles disposent des compétences requises à cet effet.

---

<sup>94</sup> Le programme «Pauvreté 4», proposé par la Commission en septembre 1993, a ainsi été abandonné par le Conseil en juin 1995, en raison de l'opposition de l'Allemagne et du Royaume-Uni fondée sur le principe de subsidiarité et sur l'insuffisance des preuves d'efficacité du programme. Alors qu'un budget européen de 20 millions d'euros avait déjà été voté par le Parlement pour l'exercice 1995 dans la perspective de ce programme, et alors que la Commission avait octroyé des subventions à 86 projets de lutte contre l'exclusion sociale, le Royaume-Uni, soutenu par l'Allemagne, le Danemark et le Conseil ont obtenu devant la Cour de justice des Communautés européennes l'annulation de ces décisions, pour défaut de base juridique: C.J.C.E., 12 mai 1998, Royaume-Uni c. Commission, C-106/96, *Rec.*, p. I-2729.

<sup>95</sup> Voir l'affaire actuellement pendante devant la Cour européenne des droits de l'homme: *Siliadin c. France*, req. n° 73316/01 (ressortissante togolaise mineure travaillant en service continu et sans rémunération: requête communiquée à la France sous l'angle de l'article 4 de la Convention européenne des droits de l'homme).

<sup>96</sup> Il faut saluer le travail important sur ce point de la Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants (PICUM), qui bénéficie d'un soutien de la Commission européenne, DG Emploi et affaires sociales.

## TITRE I : DIGNITE

### Article 1. Dignité humaine

Déjà dans l'arrêt du 9 octobre 2001 rendu dans l'affaire *Pays-Bas c. Parlement et Conseil*, la Cour de justice avait admis qu'il lui revient, "dans son contrôle de la conformité des actes des institutions aux principes généraux du droit communautaire, de veiller au respect du droit fondamental à la dignité humaine et à l'intégrité de la personne"<sup>97</sup>. Se conformant aux conclusions de son avocat général Mme C. Stix-Hackl, qui mentionne l'article 1<sup>er</sup> de la Charte des droits fondamentaux sans pour autant prendre appui sur cette disposition, la Cour de justice a confirmé dans l'arrêt *Omega* du 14 octobre 2004 que le droit à la dignité humaine constitue un principe général du droit qu'il lui appartient de reconnaître, en l'espèce, afin d'autoriser l'Allemagne à apporter une restriction à la libre prestation des services revendiquée par une société qui prétendait contester en prenant appui sur le droit communautaire une interdiction de proposer dans son "laserdrome" un jeu consistant à tirer sur des cibles humaines<sup>98</sup>. Il est renvoyé au commentaire qui a été fait de cet arrêt dans l'introduction au présent rapport.

### Article 2. Droit à la vie

#### *Le contrôle intégré des frontières extérieures de l'Union*

Le Rapport de 2004 indiquait que le domaine dans lequel le droit à la vie paraît aujourd'hui le plus immédiatement menacé est celui des mesures opérationnelles prises en vue de renforcer le contrôle intégré des frontières extérieures de l'Union. Il mentionnait ensuite le plan de la Commission européenne de bâtir sur l'expérience de l'Unité commune de praticiens des frontières extérieures en vue de créer une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures, ayant en charge également la coordination et l'organisation de retours d'étrangers par les Etats membres et l'identification des bonnes pratiques dans l'acquisition de documents de voyage et l'éloignement des ressortissants d'Etats tiers des territoires des Etats membres<sup>99</sup>. Le rapport a insisté sur le fait que les Etats devaient protéger le droit à la vie des personnes se trouvant sous leur juridiction, et cela semblait s'appliquer à la situation d'un bateau intercepté en mer: lorsqu'elles se livrent à ce genre d'interception, les autorités de l'Etat sont obligées de prendre toutes les mesures nécessaires pour éviter en particulier des noyades<sup>100</sup>. Il a également insisté sur le fait qu'une personne cherchant à échapper à la persécution ne pouvait pas être privée de son droit d'asile, et que ce droit ne pouvait pas dépendre de l'arrivée de cette personne à des frontières nationales, mais devait être reconnu à chaque individu entrant dans la juridiction des autorités de l'Etat où la demande d'asile est déposée.

Les développements anticipés dans le précédent rapport se sont concrétisés au cours de l'année examen. Le règlement 377/2004 du 19 février 2004 relatif à la création d'un

<sup>97</sup> C.J.C.E., 9 octobre 2001, *Pays-Bas c. Parlement et Conseil*, C-377/98, Rec. p. I-7079 (recours en annulation de la directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 juillet 1998, relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques).

<sup>98</sup> C.J.C.E., 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH*, C-36/02, non encore publié au Rec.

<sup>99</sup> Proposition d'une réglementation du Conseil mettant sur pied une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures, COM(2003)687 final, du 11.11.2003. La question de l'expulsion des ressortissants de pays tiers sera traitée à l'article 19 de la Charte.

<sup>100</sup> Voir la Cour européenne des droits de l'homme, affaire *Xhavana et autres contre l'Albanie et l'Italie*, Appl. n° 39473/98 (jugement d'inadmissibilité du 11 janvier 2001). Cette affaire concernait le décès de plusieurs Albanais qui cherchaient à entrer illégalement en Italie par navire, après l'interception et le naufrage de ce navire.

réseau d'officiers de liaison «immigration» (O.L.I.) des Etats membres dans les pays tiers<sup>101</sup> formalise la collaboration qui existait déjà entre Etats membres sur ces questions. Il offre une base juridique à l'échange de toute une série d'informations sur l'immigration illégale en direction de l'Union et entre Etats membres. A ce titre, on notera que les officiers de liaison «immigration» «remplissent leur mission dans le cadre de leurs responsabilités et conformément aux dispositions, y compris celles relatives à la protection des données à caractère personnel, prévues dans leur législation nationale et dans tout accord ou arrangement conclu avec des pays hôtes ou des organisations internationales». Par ailleurs, le règlement 2004/573 portant création d'une Agence pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne<sup>102</sup> vise à coordonner la coopération opérationnelle entre Etats membres en matière de contrôle et de surveillance des frontières extérieures, à prêter assistance aux Etats membres pour la formation de leurs gardes-frontières nationaux; à effectuer des évaluations des risques liés à l'immigration clandestine et les particularités locales de certaines parties des frontières extérieures ou sur certaines tendances du *modus operandi* de l'immigration clandestine; à suivre l'évolution de la recherche en matière de contrôle et de surveillance des frontières extérieures; à assister les Etats membres confrontés à une situation exigeant une assistance opérationnelle et technique renforcée à leurs frontières extérieures<sup>103</sup>.

Dans la mesure où elle découragera et combattrà le trafic d'êtres humains, l'amélioration de la coopération opérationnelle entre les Etats membres dans le domaine du contrôle de l'immigration illégale doit en principe être approuvée. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté une résolution en janvier 2004 demandant aux Etats membres du Conseil de l'Europe «d'améliorer la coopération internationale entre la police, les autorités judiciaires et de l'immigration grâce à l'échange de renseignements et d'informations en vue de démanteler les réseaux de trafiquants opérant au niveau européen et international»<sup>104</sup>. Cependant, les initiatives adoptées dans ce domaine doivent être soigneusement contrôlées, surtout dans la mesure où elles ne devraient pas avoir pour conséquence de priver les demandeurs d'asile potentiels de l'accès à la détermination de leur statut de réfugiés.

### Article 3. Droit à l'intégrité de la personne

L'article 3, § 2, de la Charte prévoit une interdiction de faire du corps humain et de ses parties, en tant que tel, une source de profit. Cette disposition reproduit fidèlement le texte de l'article 21 de la Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine (Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine), conclue en 1997 dans le cadre du Conseil de l'Europe<sup>105</sup>. Le 24 janvier 2002, un Protocole additionnel à cette Convention, relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine, a été ouvert à la signature des Etats parties. Les articles 21 et 22 de ce Protocole additionnel détaillent l'interdiction figurant à l'article 21 de la Convention-mère.

La directive 2004/23/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à l'établissement de normes de qualité et de sécurité pour le don, l'obtention, le contrôle, la

<sup>101</sup> JO n° L 64 du 02.03. 2004, p.1.

<sup>102</sup> JO n° L349 du 25.11.2004 p.1

<sup>103</sup> COM(2003) 687, Proposition de règlement du Conseil portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures

<sup>104</sup> «Accès des demandeurs d'asile à l'assistance et à la protection dans les zones côtières et les ports de mer européens» (rapport F. Danieli, Comité sur l'immigration, les réfugiés et la population).

<sup>105</sup> La Convention a été ouverte à la signature des Etats membres du Conseil de l'Europe et, moyennant une invitation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe (article 34), à celle des Etats non membres, le 4 avril 1997.

transformation, la conservation, le stockage et la distribution des tissus et cellules humains<sup>106</sup> vise à préserver la santé publique et à prévenir la transmission de maladies infectieuses par ces tissus et ces cellules, en établissant des normes au niveau de la Communauté qui garantissent la sûreté des mesures prises lors de leur obtention, leur contrôle, leur transformation, leur conservation, leur stockage, leur distribution et leur utilisation (Préambule, considérant 2). Cet instrument est basé sur l'article 152(4) CE, qui prévoit que le Conseil peut contribuer à améliorer la santé publique, à prévenir les maladies humaines et à écarter les sources de danger pour la santé humaine en complétant les politiques nationales notamment par l'adoption de «mesures fixant des normes élevées de qualité et de sécurité des organes et substances d'origine humaine, du sang et des dérivés du sang», dont l'adoption «ne peut empêcher un Etat membre de maintenir ou d'établir des mesures de protection plus strictes».

La directive prévoit des principes, des normes minimales et des procédures obligatoires pour la chaîne tout entière (le don, l'obtention, le contrôle, la transformation, la conservation, le stockage et la distribution) de l'utilisation de ces tissus et de ces cellules d'origine humaine dans l'Union européenne. Elle encourage la définition au niveau de l'Etat membre d'exigences pour les établissements impliqués dans l'obtention, le contrôle, la transformation, le stockage et la distribution de tissus et de cellules d'origine humaine, ainsi que des structures nationales d'accréditation, de contrôle et d'inspection. Elle met également au point des clauses au niveau de la Communauté pour la mise au point d'un registre des établissements accrédités et pour la création d'un système de qualité pour ces établissements. Elle comprend aussi des clauses sur la formation du personnel directement impliqué dans la transformation des tissus et des cellules d'origine humaines. Elle établit des règles garantissant la traçabilité des tissus et des cellules d'origine humaine de donneur à patient et vice-versa qui sont valables dans toute l'Union. Et elle met au point un système de réglementation des importations de cellules et de tissus humains venant de pays tiers qui garantit l'utilisation de normes équivalentes en matière de sécurité et de qualité. Ce cadre unifié devrait contribuer à «rassurer la population quant au fait que les cellules et les tissus humains obtenus dans un autre Etat membre comportent néanmoins les mêmes garanties que ceux qui proviennent de leur propre pays» (considérant 4 du Préambule)<sup>107</sup>.

Dans le contexte de ce rapport, il suffira de commenter quatre aspects précis de cet instrument.

Une première observation concerne la nécessité de lire les compétences accordées à la Communauté par les Etats membres conformément aux exigences de la Charte des droits fondamentaux, qui peut imposer que ces compétences, quand elles existent, soient exercées afin de protéger efficacement et de promouvoir les valeurs de la Charte. Si elle cherche à protéger la santé publique en imposant des normes minimales à travers l'Union, la directive n'interfère en principe pas dans des décisions de nature plus strictement éthique et sur lesquelles les Etats membres peuvent légitimement avoir des avis différents. Par exemple, la directive ne porte pas atteinte aux décisions prises par les Etats membres concernant l'utilisation ou la non-utilisation de tel ou tel type de cellules humaines telles que les cellules germinatives et les cellules souches embryonnaires. Bien sûr, lorsqu'un usage particulier de ces cellules est autorisé dans un Etat membre, la directive impose l'application de toutes les dispositions nécessaires à la protection de la santé publique, étant donné les risques spécifiques fondés sur la connaissance scientifique que comportent ces cellules et leur nature particulière. De même, la directive n'affecte pas les dispositions des Etats membres

<sup>106</sup> JO n° L 102, 07.04.2004, p. 48.

<sup>107</sup> Voir aussi le considérant 15: «Il est nécessaire d'accroître la confiance, dans l'ensemble des Etats membres, en la qualité et la sécurité des dons de tissus et de cellules, en la protection de la santé des donneurs vivants et le respect des donneurs décédés, ainsi qu'en la sécurité du processus d'application».

concernant la définition juridique d'une «personne» ou d'un «individu» (considérant 12 du Préambule).

Au cours du processus législatif qui a été amorcé par une proposition de la Commission de juin 2002<sup>108</sup>, le Parlement européen a pris un certain nombre d'amendements dont seule une partie avait été prise en compte au départ. L'exposé des motifs de la recommandation d'une seconde lecture de la position commune du Conseil du 22 juillet 2003 présenté au Parlement disait à cet égard que «la justification formelle invoquée par la Commission et le Conseil pour le rejet de la plupart des amendements est l'absence de base légale et le fait que les amendements soulèvent de prétendus «problèmes éthiques» pour lesquels l'Union européenne n'a aucune compétence de réglementation. (...) La base légale de la directive est l'article 152 du Traité de la CE, qui traite des problèmes en matière de santé, mais tous les «problèmes éthiques» soulevés par le Parlement concernent également la santé des donneurs et des receveurs. Tout don effectué dans des circonstances douteuses, par exemple en réaction à des pressions financières, représente également un danger pour le receveur de ces tissus et de ces cellules. C'est l'avis qui prédomine au sein du Conseil. En d'autres termes, si les amendements du Parlement concernent des problèmes éthiques, ils sont tous liés à la protection de la santé. Par conséquent, un débat est possible sur la base de l'article 152. Même si on affirme que le lien entre les conditions dans lesquelles les dons sont effectués et la sécurité des receveurs est controversé sur le plan scientifique, il est certainement possible de traiter ce sujet avec prudence en respectant le principe de précaution»<sup>109</sup>. En effet, un argument en faveur d'une lecture plus généreuse des compétences de la Communauté en vertu de l'article 152 de la CE était basé sur l'article 3(2) de la Charte des droits fondamentaux, qui dit que, puisqu'on a attribué certains pouvoirs à la Communauté, elle devrait les exercer afin de faire respecter les droits de la Charte au lieu de se restreindre à la lecture la plus limitée de ces pouvoirs.

Une deuxième remarque concerne la question décisive de la non-rentabilité du don de cellules et de tissus humains, qui vient de l'interdiction de faire du corps humain et de ses organes une source de bénéfice financier, qu'on retrouve dans l'article 3(2) de la Charte des droits fondamentaux et dans l'article 21 de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine. A ce sujet, le texte final est le résultat d'un compromis entre le Parlement et le Conseil. Il a été entendu que les cellules et les tissus devraient être donnés sur une base volontaire sans paiement direct. Il a également été convenu que les Etats membres s'efforceraient de garantir les dons volontaires et non rémunérés de tissus et cellules. Les donneurs pourront recevoir une indemnisation, limitée à la couverture des dépenses et désagréments liés au don. Les Etats membres s'efforceraient aussi de garantir que l'obtention de tissus et cellules en tant que tels s'effectue sans but lucratif. Les Etats membres devront définir les modalités par lesquelles le caractère volontaire et non rémunéré des dons sera garanti et selon lesquelles les donneurs pourront être compensés.

A cet égard, les considérants 18 et 19 du Préambule de la directive stipulent:

(18) En principe, les programmes d'application de tissus et de cellules devraient reposer sur les principes du don volontaire et non rémunéré, de l'anonymat du donneur et du receveur, de l'altruisme du donneur et de la solidarité entre donneur et receveur. Les Etats membres sont invités à prendre des initiatives pour encourager le secteur public et les bénévoles à contribuer vivement à la fourniture de services d'application de tissus et de cellules et à la recherche et au développement dans ce secteur.

(19) Les dons de tissus et de cellules, volontaires et non rémunérés, constituent un facteur de nature à contribuer au relèvement des normes de sécurité des tissus et des cellules et, partant, à la protection de la santé humaine.

<sup>108</sup> COM(2002) 319 final, du 19.06.2002.

<sup>109</sup> Rapp. P. Liese (doc. EP A5-0387/2003, PE 331.685, 04.11.2003).

En dépit de l'absence de toute référence expresse dans le texte de la directive aux protocoles additionnels à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine<sup>110</sup>, les Etats membres devraient être encouragés à s'inspirer de l'article 21 du Protocole additionnel à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine<sup>111</sup> qui précise, à propos de l'interdiction du profit sur le corps humain et ses parties, la signification de cette interdiction:

1. Le corps humain et ses parties ne doivent pas être, en tant que tels, source de profit ou d'avantages comparables.

Ne sont pas visés par cette disposition les paiements ne constituant pas un profit ou un avantage comparable, en particulier:

- l'indemnisation de la perte de revenus subie par un donneur vivant et de toute dépense justifiable occasionnées par le prélèvement ou les examens médicaux y relatifs;
- le paiement des frais exposés pour la réalisation des actes médicaux et des prestations techniques connexes exécutés dans le cadre de la transplantation;
- la réparation en cas de préjudice injustifié consécutif au prélèvement d'organes ou de tissus sur un donneur vivant.

2. Il est interdit de faire de la publicité sur le besoin d'organes ou de tissus, ou sur leur disponibilité, en vue d'offrir ou de rechercher un profit ou un avantage comparable.

A cet égard, on rappellera que la directive n'empêche pas un Etat membre de «maintenir ou d'introduire des mesures de protection plus strictes, pour autant qu'elles soient conformes aux dispositions du traité. En particulier, un Etat membre peut exiger, afin de garantir un degré de protection élevé de la santé publique, que les dons soient volontaires et gratuits, et notamment interdire ou restreindre les importations de cellules et de tissus humains pour autant que les dispositions du traité soient respectées» (article 4(2)).

Troisièmement, il est intéressant de noter que le Parlement européen a également recommandé un nouveau considérant dans la directive proposée, disant que

les Etats membres devraient intensifier leurs efforts pour combattre le trafic illégal de cellules et de tissus humains et d'organes du corps humain en général. A la suite de l'adoption de cette directive et de la soumission d'une directive sur la qualité et la sécurité des organes, le Conseil devrait adopter une législation-cadre basée sur les articles 29, 31(e) et 34(2)(b) du Traité de l'Union européenne abordant tous les problèmes qui n'ont pas pu ou pas été résolus dans la présente directive.<sup>112</sup>

On rappelle à cet égard l'initiative qu'avait prise début 2003 la République hellénique en vue de l'adoption d'une décision-cadre relative à la prévention du trafic d'organes et de tissus d'origine humaine et à la lutte contre ce phénomène<sup>113</sup>. Ainsi que le décrit de manière plus approfondie le *Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union en 2003*, l'initiative prend pour base juridique les articles 29 et 31, e), UE, ce qui se justifie à la fois par l'inclusion, au sein du concept de «traite d'êtres humains», du trafic d'organes et de tissus

<sup>110</sup> Voir le 22<sup>e</sup> considérant du Préambule de la directive, qui n'inclut pas une référence aux protocoles additionnels à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine du Conseil de l'Europe en dépit du souhait exprimé à cet égard par le Parlement européen (Rapp. P. Liese, EP Doc. A5-0387/2003, 331.685, 12 novembre 2003).

<sup>111</sup> Signé à Strasbourg le 24 janvier 2002 (S.T.E., n° 186).

<sup>112</sup> Amendement 15 proposé lors de la 2<sup>e</sup> lecture du projet de directive.

<sup>113</sup> JO n° C 100 du 26.04.2003, p. 27.



humains, et par le constat figurant dans le Préambule que le trafic en question «est le champ d'action de groupes criminels organisés qui, souvent, ont recours à des pratiques inadmissibles telles que l'exploitation de personnes vulnérables et l'usage de la violence et de menaces» (2<sup>e</sup> considérant), ce qui permet de l'aborder comme une forme de criminalité organisée et de prendre appui sur l'article 31, e), UE.

La récente proposition de décision-cadre du Conseil relative à la lutte contre la criminalité organisée<sup>114</sup> s'appuie sur les mêmes bases juridiques. Bien qu'elle ne vise pas le trafic d'organes et de tissus humains en particulier<sup>115</sup>, cette récente proposition, qui sort du champ d'analyse du présent rapport, pourrait rendre la proposition d'un instrument spécifique relatif à la prévention du trafic d'organes et de tissus d'origine humaine et à la lutte contre ce phénomène finalement inutile, car ne présentant qu'une faible valeur ajoutée.

Une quatrième remarque liée à l'article 14 de la directive concerne la protection des données et la confidentialité. Après avoir établi le principe selon lequel «les Etats membres prennent toutes les mesures nécessaires pour que toutes les données, y compris les informations génétiques, recueillies conformément à la présente directive et auxquelles des tiers ont accès, soient rendues anonymes, de sorte que ni le donneur ni le receveur ne soient plus identifiables» (article 14(1)), l'article 14 de la directive prévoit que «les Etats membres prennent toutes les mesures nécessaires pour que l'identité du receveur ne soit révélée ni au donneur ni à sa famille et, inversement, sans préjudice de la législation en vigueur dans les Etats membres sur les conditions de divulgation, notamment dans le cas d'un don de gamète» (article 14(3)). Sous cet aspect, le Parlement européen aurait préféré une disposition plus explicite disant que, «dans le cas des gamètes en particulier, les Etats membres peuvent déroger à l'exigence d'anonymat afin de respecter le droit des enfants de connaître leurs parents génétiques»<sup>116</sup>. A cet égard, on rappellera que, dans les affaires *Gaskin* (1989) et *Mikulic* (2002), la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que le respect de la vie privée exige que tout le monde puisse établir les détails de son identité en tant qu'être humain individuel et que le droit d'un individu à ces informations est important en raison de leurs implications formatives pour sa personnalité<sup>117</sup>. Cependant, dans l'affaire *Odièvre c. France*, dans laquelle la requérante était une enfant adoptée cherchant à retrouver une autre personne, à savoir sa mère naturelle, qui l'avait abandonnée à la naissance et avait expressément demandé que les informations concernant sa naissance restent confidentielles, la Cour a noté que le problème soulevé dans cette affaire – la question de l'accès aux informations sur ses origines et sur l'identité de ses parents naturels – n'était pas de la même nature que le problème de l'accès au dossier d'une affaire concernant un enfant placé (comme dans l'affaire *Gaskin*) ou de la preuve d'une paternité présumée (comme dans l'affaire *Mikulic*)<sup>118</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme laisse une large marge d'appréciation aux Etats parties à la Convention européenne des droits de l'homme dans ce domaine où il s'impose d'établir un équilibre toujours délicat entre les différents intérêts en présence et à propos desquels aucun consensus européen ne semble avoir encore émergé.

#### *La protection des sujets de la recherche biomédicale*

Le Protocole additionnel de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, qui concerne la recherche biomédicale, a été adopté au sein du Conseil de l'Europe le 25 janvier

<sup>114</sup> COM(2005)6 définitif, du 19.1.2005.

<sup>115</sup> Une approche consistant à établir les listes des infractions concernées par la criminalité organisée a été jugée moins adéquate que l'approche consistant à définir la gravité des infractions concernées comme étant des infractions pouvant donner lieu à une peine de liberté dont le maximum ne doit pas être inférieur à 4 ans ou d'une peine plus lourde.

<sup>116</sup> Amendement 36 proposé lors de la 2<sup>e</sup> lecture du projet de directive.

<sup>117</sup> Voir C.E.D.H., *Gaskin c. le Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 1989, séries A n° 160, p. 16, § 39; C.E.D.H. (2<sup>e</sup> section), *Mikulic c. Croatie* (Appl. n° 53176/99), arrêt du 7 février 2002 (définitif), § 54.

<sup>118</sup> Cour eur. DH (GC), *Odièvre c. France* (req. n° 42326/98), arrêt du 13 février 2003, § 43.

2005. Même si ce protocole ne sera contraignant que pour les Etats parties de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine qui ont choisi de la ratifier, il devrait influencer l'interprétation de l'article 3 de la Charte des droits fondamentaux et les restrictions de l'article 13 de la Charte des droits fondamentaux devraient être considérées comme justifiées, dans la mesure où elles cherchent à assurer que les garanties de ce Protocole additionnel de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine sont pleinement respectées.

De plus, les Etats membres devraient être encouragés par la Commission européenne à signer et à ratifier le Protocole additionnel ou, s'ils ne sont pas signataires de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, à appliquer les principes de ce protocole dans leur droit national, en s'assurant que la recherche sur des êtres humains ne sera entreprise que s'il n'existe aucune alternative aussi efficace, si elle n'implique pas pour l'être humain des charges ou des risques disproportionnés par rapport à ses bénéfices potentiels, et uniquement après avoir été approuvée par l'organisme compétent après un examen indépendant de sa valeur scientifique comprenant une évaluation de l'importance du but de la recherche et une révision multidisciplinaire de son acceptabilité sur le plan éthique. De plus, les Etats membres devraient mettre sur pied des comités d'éthique afin de garantir que chaque projet de recherche fera l'objet d'un examen indépendant de son acceptabilité sur le plan éthique. Toute personne à qui il est demandé de participer à un projet de recherche devrait recevoir des informations appropriées sous une forme compréhensible comprenant des informations sur les droits et les garanties prévus par la loi pour les protéger, et surtout des informations sur leur droit de refuser ou de retirer leur consentement à n'importe quel moment, sans faire l'objet d'aucune forme de discrimination, en particulier en ce qui concerne leur droit à des soins médicaux.

En effet, il est important de noter que, en vertu de l'article 29 du Protocole additionnel, «les mandataires ou les chercheurs au sein de la juridiction d'un Etat signataire de ce protocole qui prévoient d'entreprendre ou de diriger un projet de recherche dans un état non signataire du protocole s'assureront que, sans enfreindre les dispositions applicables dans cet Etat, les projets de recherche se conformeront aux principes sur lesquels se basent les dispositions de ce protocole. Si nécessaire, l'Etat signataire prendra les dispositions appropriées à cette fin». Cette disposition avait pour but de répondre aux inquiétudes qui avaient été exprimées à propos de «la possibilité que la recherche puisse être largement considérée comme inacceptable sur le plan éthique si elle était effectuée dans un autre Etat où les systèmes de protection des participants aux recherches sont moins bien établis» (par. 137 du Rapport justificatif). Dans le contexte de la Communauté européenne où la liberté d'établissement est garantie, ce qui, dans de nombreux cas, permet *de facto* aux chercheurs ou aux établissements de recherche de s'établir dans l'Etat membre offrant les conditions les plus favorables, il est essentiel que tous les Etats membres de l'Union européenne, même ceux qui ne sont pas concernés par la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, appliquent les principes du Protocole additionnel concernant la recherche biomédicale, dans la mesure où ce Protocole a un champ d'application plus étendu que la Directive 2001/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 avril 2001 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'application de bonnes pratiques cliniques dans la conduite d'essais cliniques de médicaments à usage humain<sup>119</sup>. La Communauté européenne devrait refuser de financer les recherches qui ne se conformeraient pas aux exigences du Protocole additionnel, afin de ne pas inciter les Etats à ne pas ratifier ce protocole ou à ne pas appliquer ses principes. Autrement, cela ne devrait bien sûr pas constituer un obstacle à ce que des recherches biomédicales éthiques soient effectuées dans des Etats où elles sont moins chères, du moins dans la mesure où les motivations financières à participer à ces recherches ne violent pas l'exigence selon laquelle le consentement du participant individuel doit être libre et informé.

---

<sup>119</sup> JO L 121 du 1.5.2001, p. 34.

#### **Article 4. Interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants**

Cette disposition n'appelle pas de commentaires spécifiques, portant sur l'activité des institutions de l'Union en 2004. Le lecteur est renvoyé aux commentaires figurant sous les articles 18 et 19 de la Charte, qui concernent le droit d'asile et la protection en cas d'éloignement, d'expulsion ou d'extradition.

#### **Article 5. Interdiction de l'esclavage et du travail forcé**

##### *La lutte contre le trafic d'êtres humains*

Au cours de la période sous examen, a pu être formellement adoptée la directive 2004/81/CE du 29 avril 2004 relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes.<sup>120</sup> Le Rapport 2004 avait déjà pu souligner l'apport de ce texte, sur lequel un accord politique avait été obtenu au sein du Conseil en novembre 2003<sup>121</sup>. La directive vise à permettre à des ressortissants non communautaires victimes de l'aide à l'immigration clandestine ou de la traite des êtres humains de bénéficier d'un titre de séjour de courte durée en contrepartie de leur aide à lutter contre ces phénomènes en témoignant contre les trafiquants. Elle instaure donc un titre de séjour destiné aux victimes de la traite des êtres humains ou – mais uniquement si un Etat membre décide d'étendre le champ d'application de la présente directive, alors que la proposition initiale incluait cette extension de plein droit (article 3, § 2) – aux ressortissants de pays tiers qui ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine, pour lesquels le titre de séjour constitue une incitation suffisante pour qu'ils coopèrent avec les autorités compétentes, tout en étant soumis à certaines conditions pour éviter les abus<sup>122</sup>. La directive concerne toutes les victimes de la traite d'êtres humains, bien qu'à l'origine, les femmes et les enfants paraissaient devoir être principalement concernés.

La directive concrétise ainsi, cinq années plus tard, le point 23 des conclusions du Conseil européen de Tampere, qui se déclarait «déterminé à combattre à sa source l'immigration clandestine (...) en s'attaquant à ceux qui se livrent à la traite des êtres humains et à l'exploitation économique des migrants», tout en soulignant que les droits des victimes de ces pratiques seront garantis, «une attention particulière étant accordée aux problèmes auxquels sont confrontés les femmes et les enfants». Elle s'inscrit dans un contexte international favorable, puisque la lutte contre la traite des êtres humains constitue une préoccupation partagée par la société internationale<sup>123</sup>.

Bien que le texte lui-même mette l'accent sur le seul objectif de lutte contre l'immigration clandestine à travers le démantèlement des filières criminelles<sup>124</sup>, le Conseil ayant préféré une mention allusive de la Charte<sup>125</sup>, ce texte marque une importante avancée de la protection des

<sup>120</sup> JO n° L 261 du 06.08.2004, p. 19.

<sup>121</sup> Pour la proposition initiale de la Commission, voir la proposition de directive du Conseil sur les titres de séjour à court terme accordés aux victimes d'actions facilitant l'immigration illégale ou le trafic d'êtres humains qui coopèrent avec les autorités compétentes, COM(2002)71 final, JO n° C 126 E du 28.05.2002, p. 393.

<sup>122</sup> 6<sup>ème</sup> considérant.

<sup>123</sup> Voir également l'adoption par le Conseil JAI des 25 et 26 novembre 2004 d'une position commune relative aux négociations en cours au Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains.

<sup>124</sup> En liaison avec la directive 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers et la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains; voir le Rapport 2004 du Réseau d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux, p. 40.

<sup>125</sup> Le 6<sup>e</sup> considérant du Préambule indique que le texte «respecte les droits fondamentaux et observe les principes qui sont reconnus, notamment, par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne». Le 7<sup>e</sup> considérant

droits fondamentaux au moyen du droit communautaire. Tous les Etats membres de l'Union, à l'exception des trois Etats membres en situation dérogatoire, voient se généraliser un type de protection qui était largement inconnu de la plupart des législations nationales, et qui constitue une contribution bienvenue à la réalisation de l'article 5 de la Charte des droits fondamentaux.

Le mécanisme de la directive prévoit que les bénéficiaires potentiels du titre de séjour provisoire sont informés de la possibilité qui leur est ainsi ouverte. S'ouvre alors pour eux un «délai de réflexion», dont la durée est déterminée par chaque Etat membre pour ce qui le concerne<sup>126</sup>, leur permettant «de se rétablir et de se soustraire à l'influence des auteurs des infractions, de sorte qu'ils puissent décider en connaissance de cause de coopérer ou non avec les autorités compétentes» (article 6, § 1<sup>er</sup>). Pendant ce délai, ils ont accès à des mesures de protection et aucune mesure d'éloignement ne peut être exécutée à leur égard, jusqu'à ce que les autorités compétentes se soient prononcées. Les mesures de protection visent à garantir aux ressortissants de pays tiers concernés qui ne disposent pas de ressources suffisantes «des conditions de vie susceptibles d'assurer leur subsistance ainsi que l'accès aux soins médicaux d'urgence», les Etats devant en outre subvenir «aux besoins particuliers des personnes les plus vulnérables, y compris, le cas échéant et si le droit national le prévoit, en leur fournissant une assistance psychologique» (article 7, § 1<sup>er</sup>). Les Etats «tiennent dûment compte les besoins en matière de sécurité et de protection des ressortissants de pays tiers concernés, conformément au droit national» (article 7, § 2). Ils peuvent fournir une assistance linguistique ainsi qu'une assistance juridique gratuite, dans les conditions fixées par le droit national, sans qu'il s'agisse là d'une obligation (article 7, § 3 et 4).

Durant ce même délai, l'autorité chargée de l'enquête et des poursuites détermine si la présence de la victime est utile à l'enquête ou au début de poursuites contre les auteurs présumés. Il lui appartient donc de se prononcer sur l'opportunité de prolonger la présence de la victime sur le territoire, sur la volonté de la victime de coopérer et sur la réalité de la rupture de ses liens avec les auteurs présumés (article 8, § 1<sup>er</sup>). La coopération de la victime pourra revêtir plusieurs aspects, de la simple délivrance d'informations ou du dépôt d'une plainte, jusqu'au témoignage lors d'un éventuel procès. Si ces trois conditions sont remplies et si la victime ne représente pas de menace pour l'ordre public et la sécurité intérieure, un titre de séjour de courte durée lui est délivré pour une durée minimale de six mois, susceptible d'être renouvelé si les conditions énoncées par l'article 8, § 1<sup>er</sup>, continuent d'être remplies (article 8, § 3, et, sur le non-renouvellement, article 13, § 1<sup>er</sup>).

Le titre de séjour provisoire qui est accordé peut ouvrir l'accès au marché de l'emploi, à l'éducation et à la formation professionnelle, dans les conditions définies par le droit national (article 11).<sup>127</sup> La directive prévoit également que les Etats membres fournissent «l'assistance médicale nécessaire ou tout autre type d'assistance aux ressortissants de pays tiers concernés qui ne disposent pas de ressources suffisantes et qui ont des besoins particuliers, notamment les femmes enceintes, les personnes handicapées ou les victimes de violences sexuelles ou d'autres formes de violence» (article 9, § 2). Les Etats membres peuvent enfin la faire

---

exprime le souhait du Conseil que les Etats donnent effet «aux dispositions de la présente directive sans discrimination fondée sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle».

<sup>126</sup> La Commission européenne, soutenue par le Parlement européen tout au long de la procédure, avait proposé d'en fixer l'étendue à trente jours. Les Etats membres ont récusé cette possibilité pour laisser à chacun la liberté d'en décider: «la durée et le point de départ du délai sont déterminés conformément au droit national» (article 6, § 1<sup>er</sup>, al. 2). Il faudra être particulièrement attentif à ce que cette liberté d'appréciation laissée aux Etats membres ne débouche pas sur des situations trop divergentes d'Etat membre à Etat membre. Le rapport d'évaluation sur la mise en œuvre de la directive, prévu à l'article 16, devra notamment examiner l'opportunité de revenir sur l'absence d'une définition harmonisée de la durée du délai de réflexion laissé aux ressortissants d'Etats tiers concernés par la directive.

<sup>127</sup> Article 11

participer à un programme d'intégration dans l'Etat membre en vue de son installation ou de son retour dans son pays (article 12). Le titre de séjour est renouvelé selon les mêmes conditions que celles de sa délivrance. Il ne l'est plus si une décision judiciaire a clos la procédure. A ce moment, le droit commun des étrangers s'applique et, si la victime demande un permis de séjour à un autre titre, l'Etat membre tient compte de sa coopération dans le cadre de la procédure pénale pour l'examen de cette demande<sup>128</sup>.

La directive 2004/81/CE est fondée sur l'article 63, § 3, CE, qui prévoit l'adoption par le Conseil de mesures relatives notamment à l'immigration clandestine. Il importe de souligner que, dans la mise en œuvre de cette directive, les Etats membres sont tenus au respect des droits fondamentaux; en outre, la directive ne fait pas obstacle à ce que les Etats membres adoptent ou maintiennent des dispositions plus favorables aux personnes qu'elle vise (article 4). Cela signifie que, là où d'autres obligations internationales s'imposent à l'Etat membre, celui-ci ne saurait prendre appui sur la directive pour y déroger. La proposition initiale soumise par la Commission comprenait une disposition (article 4 de la proposition) stipulant que le texte «s'applique sans préjudice de la protection accordée aux réfugiés, aux bénéficiaires d'une protection subsidiaire et aux demandeurs de protection internationale conformément au droit international relatif aux réfugiés et sans préjudice des autres instruments relatifs aux droits de l'homme». Cette précision visait en particulier les demandeurs de protection internationale qui franchissent les frontières en ayant recours à des réseaux de trafiquants ou de passeurs. Elle concernait également les situations dans lesquelles une victime souhaite déposer une demande de protection internationale compte tenu des risques de rétorsion qu'elle encourt après avoir coopéré avec les autorités contre les trafiquants ou les passeurs. Cette clause de sauvegarde a disparu du texte adopté par le Conseil. Cela ne saurait être interprété comme déliant les Etats des obligations que leur impose la Convention de Genève relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951, ainsi que les autres instruments internationaux de protection des droits de l'homme. Il serait souhaitable que le rapport d'évaluation de la mise en œuvre de la directive que la Commission doit préparer en 2008 sur la base des informations que lui fourniront les Etats membres, consacre un chapitre à la question du respect par les Etats membres de ces obligations internationales dans la transposition de la directive et dans l'application des mesures nationales de mise en œuvre. Si cette évaluation devait révéler des manquements à ces obligations internationales, il y aurait lieu de proposer une révision de la directive, afin d'y intégrer ces exigences.

#### *La protection des enfants contre l'exploitation sexuelle et la pornographie infantile*

La décision-cadre 2004/68/JHA du Conseil du 22 décembre 2003 sur la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pornographie infantile<sup>129</sup> représente une contribution importante à la protection de l'enfant. Cette décision-cadre complète l'Action jointe 97/154/JHA du Conseil du 24 février 1997 concernant une action visant à combattre le trafic d'êtres humains et l'exploitation sexuelle des enfants,<sup>130</sup> qu'elle abolit, et la décision 2000/375/JHA du 29 mai 2000 visant à combattre la pornographie infantile sur l'Internet,<sup>131</sup> en définissant l'exploitation sexuelle des enfants, qui inscrit le recrutement ou la contrainte à la prostitution et la pornographie infantile dans la catégorie des graves délits criminels dont les éléments constitutifs dans le droit criminel de tous les Etats membres sera harmonisé par la décision-cadre, qui obligera également les Etats à prendre des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives.

Les Etats membres devraient être encouragés à appliquer pleinement cette décision-cadre le plus vite possible. Cette décision permet à chaque Etat de ne pas appliquer sa juridiction aux

---

<sup>128</sup> Chapitre IV

<sup>129</sup> JO n° L 13, 20.01.2004, p. 44.

<sup>130</sup> JO n° L 63, 04.03.1997, p. 2.

<sup>131</sup> JO n° L 138, 09.06.2000, p. 1.

délits d'exploitation sexuelle d'enfants et de pornographie infantine, à l'enquête les concernant et à leurs complices lorsque ces délits n'ont pas été commis sur son territoire et même s'ils ont été commis par l'un de ses ressortissants ou pour le compte d'une personne morale établie sur son territoire (article 8(2)). Cependant, l'adoption par chaque Etat membre d'une législation extraterritoriale devrait être encouragée: selon le Comité des droits de l'enfant, les Etats signataires de la Convention des droits de l'enfant de 1989 devraient rendre leurs citoyens passibles de poursuites criminelles pour avoir abusé d'enfants à l'étranger.<sup>132</sup>

En ce qui concerne la propagation de pornographie par le biais d'un système informatique, l'efficacité des mesures nationales appliquant la décision-cadre 2004/68/JHA serait renforcée par une application adéquate de l'article 19 du titre 4 de la Convention sur le cybercrime du Conseil de l'Europe, qui concerne la recherche et la saisie de données informatiques stockées. Par conséquent, les Etats membres devraient être encouragés à ratifier cette Convention et à en tenir compte lorsqu'ils appliquent la décision-cadre.

Les Etats membres devraient adopter les mesures d'application de cette décision-cadre avant le 20 janvier 2006. Ils devraient aussi envisager d'adopter un plan d'action national ayant pour cible l'exploitation sexuelle des enfants, y compris le recrutement ou la contrainte d'un enfant à la prostitution et à la pornographie infantine. Le Comité européen des droits sociaux a estimé que ce plan provient des engagements des Etats qui ont accepté d'être tenus de respecter l'article 7(10) de la Charte sociale européenne ou la Charte sociale européenne révisée. Ce plan d'action national permettrait d'aborder plus facilement les problèmes tels que, par exemple, les moyens que les prestataires de services ont à leur disposition pour contrôler le matériel qu'ils reçoivent ou l'identification des circonstances menant un enfant à se prostituer afin de combattre ce phénomène à la base, ainsi que l'attitude culturelle vis-à-vis de la présence de pornographie infantine sur l'Internet.

## TITRE II: LIBERTES

### Article 6. Droit à la liberté et à la sécurité

#### *Détention d'une personne en vue de sa remise à un autre Etat membre*

Il n'est pas nécessaire ici de revenir en détail sur la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres<sup>133</sup>, qui a déjà fait l'objet de commentaires au regard de la Charte des droits fondamentaux dans les documents précédents présentés par la Réseau d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux<sup>134</sup>. Il y a lieu cependant de faire une remarque, portant sur les conséquences qui découlent de l'applicabilité de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme aux détentions justifiées par l'exécution du mandat d'arrêt européen. Ainsi qu'il avait été souligné dans le Rapport 2004, cette applicabilité n'est en soi pas contestable: toute privation de liberté, y compris celle qui vise à assurer la remise d'une personne selon un mécanisme qui s'assimile à une extradition simplifiée, doit pouvoir bénéficier des garanties de cette

<sup>132</sup> Comité sur les droits de l'enfant, 35<sup>e</sup> session, Considération des rapports soumis par les Etats parties en vertu de l'article 44 de la Convention, observations de clôture du Comité sur les droits de l'enfant: Slovénie), CRC/C/15/Add.230.

<sup>133</sup> 2002/584/JHA, JO n° L 190 du 18.07.2002.

<sup>134</sup> Voir l'Observation thématique n° 1, L'équilibre entre liberté et sécurité dans les réponses de l'Union et de ses Etats membres à la menace terroriste, p. 17-19; Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne en 2003, p. 43-49. Les Etats membres auraient dû assurer la transposition de cette décision-cadre dans leur droit interne au 31 décembre 2004. Au moment de la clôture de ce rapport (01.01.2005), tous les Etats membres, à l'exception de l'Italie, s'étaient acquittés de cette obligation, bien que parfois avec un retard important.

disposition. Il en résulte notamment que la personne arrêtée en exécution d'un mandat d'arrêt européen doit pouvoir obtenir qu'il soit statué à bref délai par un tribunal sur la légalité de sa détention: à cette fin, l'article 14 de la décision-cadre doit être interprété conformément à l'article 5, § 4, de la Convention européenne des droits de l'homme,<sup>135</sup> ce qui implique que la personne qui a exercé un recours contre sa détention ne peut être remise aux autorités de l'Etat d'émission avant que la juridiction compétente ait pu statuer, à défaut de quoi le recours ne présenterait pas l'effectivité requise<sup>136</sup>. Cela doit pouvoir constituer une justification acceptable au dépassement des délais prescrits à l'article 17 de la décision-cadre pour l'exécution du mandat d'arrêt européen. L'affirmation de la Commission, selon laquelle «l'exercice des voies de recours internes ne constitue pas en soi une circonstance exceptionnelle» expliquant qu'un Etat membre ne puisse respecter les délais impartis pour l'exécution du mandat d'arrêt européen (article 17, § 7)<sup>137</sup>, doit se comprendre comme signifiant qu'il appartient aux Etats membres d'organiser les recours ouverts contre la privation de liberté et de donner à leurs juridictions les moyens d'exercer leur mission, de manière à respecter ces recours. Elle ne saurait en aucun cas se comprendre comme dispensant les Etats membres de l'obligation de respecter les droits fondamentaux dans l'exécution du mandat d'arrêt européen, ce que confirme d'ailleurs l'article 1<sup>er</sup>, § 3, de la décision-cadre. Lorsqu'il s'agira d'évaluer le respect par les Etats membres des obligations que leur impose la décision-cadre, il faudra tenir compte à cet égard de ce que, ainsi que le relève la Commission elle-même, «il est difficile de légiférer à propos des délais qu'entraînent des procédures juridictionnelles»<sup>138</sup>.

Il est important d'éviter que le souci de respecter les délais fixés par l'article 17 de la décision-cadre pour l'exécution du mandat d'arrêt européen conduise les autorités de l'Etat membre d'exécution à limiter les garanties que l'individu doit se voir accorder conformément à l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme, et que le droit interne de l'Etat d'exécution respecte en principe à l'heure actuelle dans le cadre classique de l'extradition. Il convient à cet égard de souligner que les délais fixés par l'article 17 de la décision-cadre ne sont pas impératifs<sup>139</sup>.

### Article 7. Respect à la vie privée et familiale

Sous l'article 45 de la Charte, qui concerne plus particulièrement la liberté de circulation, ce rapport examine le droit au regroupement familial comme faisant partie du droit des citoyens de l'Union et des membres de leur famille à circuler et à résider librement au sein du territoire des Etats membres.

Sous l'article 19 de la Charte, ce rapport examine la protection des ressortissants étrangers contre l'éloignement du territoire d'un Etat membre lorsque cela risque de donner lieu à une violation du droit à la vie privée et familiale de la personne expulsée.

<sup>135</sup> Sur les garanties procédurales devant entourer, dans le contexte d'une extradition, le recours d'*habeas corpus* prévu à l'article 5, § 4, de la Convention, voir C.E. D.H., arrêt *Sanchez-Reisse c. Suisse* du 21 octobre 1986, § 51.

<sup>136</sup> Voir C.E.D.H. (3<sup>e</sup> section), arrêt *Conka c. Belgique* du 5 février 2002, req. n° 51564/99, § 44 et 45.

<sup>137</sup> Rapport de la Commission fondé sur l'article 34 de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, COM(2004) XXX, février 2005, p. 6.

<sup>138</sup> Document de travail du personnel de la Commission, Annexe du Rapport de la Commission basé sur la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 sur le mandat d'arrêt européen et la procédure de remise de prisonniers entre les Etats membres, 14.01.2005, p. 21.

<sup>139</sup> Bien que l'article 15, § 2, de la décision-cadre évoque «la nécessité de respecter les délais fixés à l'article 17», cette dernière disposition formule, quant aux délais d'exécution, un souhait, plutôt qu'une obligation juridique: le terme utilisé aux articles 17, § 2 et 3, est «devrait» («should») et non «devra» («shall»). Il appartient par ailleurs aux autorités de l'Etat membre d'émission de fournir à l'autorité judiciaire d'exécution, à sa demande, toutes les informations requises permettant à celle-ci de décider si elle peut ou non exécuter le mandat d'arrêt européen. Le retard des autorités de l'Etat membre d'émission peut justifier un dépassement des délais fixés par l'article 17 de la décision-cadre, sans que cela puisse être reproché aux autorités de l'Etat membre d'exécution (voir l'article 15, § 2).

## Article 8. Protection des données à caractère personnel

Dans l'Union européenne, la protection des données à caractère personnel à l'égard des traitements dont elles font l'objet est assurée par la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données<sup>140</sup>, prolongée, pour ce qui relègue de la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications, par la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002, dite "vie privée et communications électroniques"<sup>141</sup>, et dont le règlement (CE) n° 45/2001 du 18 décembre 2000 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données<sup>142</sup> a opéré l'extension de la protection à ces institutions et organes. Tel est le cadre général dans lequel s'inscrivent plusieurs questions relatives à la protection des données qui se sont posées au cours de la période sous examen.

*La communication des données PNR relatives aux passagers par les compagnies aériennes opérant des vols transatlantiques au Bureau américain des douanes et de la protection des frontières*

Dans le *Rapport portant sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne en 2003*<sup>143</sup>, la question de la communication des données PNR (Passenger Names Records) relatives aux passagers de vols transatlantiques au Bureau américain des douanes et de la protection des frontières s'achevait sur plusieurs recommandations, recoupant celles formulées par le groupe de travail créé par l'article 29 de la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données<sup>144</sup> dans son avis n° 4/2003 du 13 juin 2003<sup>145</sup>. L'adoption de la décision du Conseil 2004/496 du 17 mai 2004 concernant la conclusion d'un accord entre la Communauté européenne et les Etats-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données PNR par des transporteurs aériens au Bureau des douanes et de la protection des frontières du ministère américain de la sécurité intérieure<sup>146</sup> n'a pas clôturé la polémique ouverte par la déclaration commune du 18 février 2003, par laquelle la Commission européenne et les autorités compétentes des Etats-Unis annonçaient qu'elles viseraient à identifier une solution permettant la transmission des données personnelles

<sup>140</sup> JO n° L 281 du 23.11.1995, p. 31. Dans un arrêt important rendu au cours de la période sous examen, la Cour de justice des Communautés européennes a donné une interprétation large des garanties que prévoit la directive 95/46/CE, en faisant allusion à: voir C.J.C.E., 6 novembre 2003, *Lindqvist*, C-101/01, non encore publié. La Cour constate que constitue un «traitement», au sens large de cette notion que la directive 95/46/CE retient, le fait de créer à son domicile et avec son ordinateur personnel, des pages Internet à diverses personnes et à les identifier soit par leur nom, soit par d'autres moyens, par exemple leur numéro de téléphone ou des informations relatives à leurs conditions de travail et à leurs passe-temps. Elle constate également que, compte tenu de son objet, qui est la protection d'un droit fondamental au respect de la vie privée, la directive doit être interprétée en ce sens que constitue le traitement d'une donnée «relative à la santé» le fait de mentionner sur une page Internet qu'une personne s'est blessée au pied et est en congé de maladie partiel (points 49 à 51).

<sup>141</sup> Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, JO n° L 201 du 31.07.2002, p. 37. Cette directive se substitue à la directive 97/66/CE du 15 décembre 1997, JO n° L 24 du 30.01.1998, p. 1. La transposition de la directive 2002/58/CE aurait dû être achevée pour le 31 octobre 2003. La Commission a indiqué que des procédures de manquement pourraient être introduites contre pas moins de neuf Etats membres, en raison de l'absence de transposition dans les délais requis.

<sup>142</sup> JO n° L 8 du 12.01.2001, p. 1.

<sup>143</sup> Voir les p. 56 à 59.

<sup>144</sup> JO n° L 281 du 23.11.1995, p. 31.

<sup>145</sup> Avis n° 4/2003 du groupe de travail «Article 29» sur le Niveau de protection assuré aux Etats-Unis pour la transmission des données passagers, adopté le 13 juin 2003 (WP 78).

<sup>146</sup> Décision (2004/496) du Conseil concernant la conclusion d'un accord entre la Communauté et les Etats-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données PNR par les transporteurs aériens au Bureau des douanes et de la protection des frontières du ministère américain de la Sécurité intérieure, JO n° L 183 du 20.05.2004, p. 83.



relatives aux passagers par les compagnies aériennes opérant des vols transatlantiques, selon le système APIS (Advance Passenger Information System).

A la suite des attentats du 11 septembre 2001, les Etats-Unis ont adopté, le 19 novembre 2001, une loi sur la sécurité de l'aviation et du transport (*Aviation and Transportation Security Act*), suivie le 9 mai 2002, d'une loi sur la sécurité aux frontières et la réforme des visas (*Enhanced Border Security and Visa Entry Reform Act*). Ces deux textes imposent désormais sous peine de sanctions aux compagnies aériennes assurant des liaisons à destination, au départ ou à travers le territoire des Etats-Unis, de transmettre aux services des douanes et de l'immigration américains des informations personnelles sur les passagers. En vertu de cette nouvelle législation, les autorités américaines ont exigé des compagnies aériennes européennes un accès, par la voie électronique, depuis le territoire américain aux données PNR contenues dans le système de réservation électronique des compagnies en question. Les compagnies aériennes européennes desservant les Etats-Unis ont donc été amenées à s'interroger sur la compatibilité d'une telle obligation avec le droit communautaire relatif à la protection des données<sup>147</sup>, sous peine soit d'enfreindre les législations nationales et communautaire sur la protection des données, soit la législation américaine et, dans les deux cas, au risque de s'exposer à des sanctions, en particulier aux amendes des autorités américaines et même à l'interdiction de pouvoir atterrir aux Etats-Unis.

Or, la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 prévoit des règles spécifiques relatives à la transmission vers des Etats tiers de données à caractère personnel<sup>148</sup>. Un tel transfert n'est en principe autorisé que si le pays tiers en question assure un niveau de protection «adéquat», le caractère «adéquat» du niveau de protection devant s'apprécier «au regard de toutes les circonstances relatives à un transfert ou à une catégorie de transferts de données». L'article 25 de la directive prévoit la possibilité pour la Commission d'engager des négociations avec les pays n'offrant pas à son estime un niveau de protection adéquat, faisant obstacle au transfert vers ces pays de données à caractère personnel, afin d'aboutir à une solution satisfaisante du point de vue du respect des droits fondamentaux de la personne. L'article 26 prévoit en outre un certain nombre d'exceptions au principe de l'interdiction du transfert de données vers un pays à défaut que celui-ci leur assure un niveau de protection adéquat<sup>149</sup>.

Un certain nombre de précautions à prendre étaient indiquées expressément par l'avis n° 4/2003 rendu par le groupe de travail «Article 29» de protection des données le 13 juin 2003<sup>150</sup>: le caractère transitoire d'une éventuelle décision d'adéquation de la Commission, la proportionnalité en ce qui concerne les catégories de données transférables (impliquant une liste beaucoup plus courte que celle envisagée par les autorités américaines, excluant les informations non indispensables et, en toutes circonstances, les données sensibles), le moment du transfert des données (au plus tôt 48 heures avant le décollage) et la durée de conservation des données (les données ne devraient être conservées que pour une période courte n'excédant

<sup>147</sup> Il y a lieu, en outre, de rappeler que l'article 6, d), du règlement n° 2299/89 (règlement (CEE) n° 2299/89 du Conseil, du 24 juillet 1989, instaurant un code de conduite pour l'utilisation de systèmes informatisés de réservation, JO n° L 220 du 29.07.1989, p. 1, amendé en dernier lieu par le règlement du Conseil n° 323/1999 du 8 février 1999, JO n° L 40 du 13.02.1999, p. 1) prévoit que «les informations personnelles concernant un consommateur et émanant d'un agent de voyage ne sont mises à la disposition des parties étrangères à la transaction qu'avec le consentement du consommateur».

<sup>148</sup> Sur ce point également, la Convention n° 108 du 28 janvier 1981 conclue au sein du Conseil de l'Europe a été complétée par le Protocole additionnel du 8 novembre 2001 à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontaliers de données, qui s'inspire étroitement de la directive 95/46/CE.

<sup>149</sup> Ces dispositions ont donné lieu, le 24 juillet 1998, à une prise de position du groupe de travail «Protection des données» créé par l'article 29 de la directive 95/46/CE: Article 29-Groupe de travail, Document de travail *Transfert de données personnelles à des pays tiers: Appliquer les articles 25 et 26 de la directive de l'Union européenne sur la protection des données*, 24 juillet 1998, WP 12.

<sup>150</sup> Avis 4/2003 sur le niveau de protection assuré aux Etats-Unis pour la transmission de données des passagers, adopté par le groupe de travail le 13 juin 2003, disponible sur: [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/privacy/docs/wpdocs/2003/wp78\\_fr.pdf](http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/docs/wpdocs/2003/wp78_fr.pdf).

pas quelques semaines, voire quelques mois, plutôt que les sept ou huit ans exigés par les Etats-Unis). Une attention particulière était portée à la méthode de transfert: le seul mécanisme de transfert de données dont la mise en œuvre ne crée pas de problèmes majeurs est celui du «push» – par lequel les données sont sélectionnées et transférées par les compagnies aériennes aux administrations américaines – plutôt que celui du «pull» – par lequel les autorités américaines ont un accès en ligne direct aux bases de données des compagnies aériennes et des systèmes de réservation. Cette solution devait être substituée dès que possible au mécanisme actuel. Enfin, les finalités d'un tel transfert étaient limitées: elles devraient être limitées à la lutte contre les actes terroristes sans être étendues à d'autres «graves crimes et délits» non précisés.

La Commission a adopté une position médiane dans sa communication du 16 décembre 2003<sup>151</sup>: une approche globale de l'Union européenne que la Commission a adressée le 16 décembre 2003 au Conseil et au Parlement choisit une approche médiane. La Commission annonce dans cette communication qu'elle prendra une décision en vertu de l'article 25(6) de la directive 95/46/CE en se basant sur les résultats des négociations avec le Bureau américain des douanes et de la protection des frontières (CBP). Cette décision d'adéquation aurait ensuite permis un accord bilatéral entre l'Union européenne et les Etats-Unis, accord venant compléter cette «constatation d'un niveau de protection adéquat». Ce dernier couvrirait des aspects tels que la non-discrimination, la réciprocité et l'accès direct de l'US CBP aux bases de données des compagnies aériennes tant que l'Union européenne n'utilisera pas de système de transfert de données de ce type ainsi que l'adoption par la législation européenne de l'exigence américaine imposée aux compagnies aériennes de fournir les données PNR. La communication énumère les engagements obtenus par les autorités américaines au cours de ces négociations: au lieu d'avoir accès à toutes les données PNR, les Etats-Unis recevront des données limitées (une liste de 34 données a été approuvée, sans obligation de demander des informations aux passagers lorsque rien n'est indiqué pour certaines données) concernant uniquement les vols allant aux Etats-Unis, venant des Etats-Unis ou passant par les Etats-Unis; les données délicates telles que les préférences alimentaires qui révèlent l'origine raciale ou ethnique seront filtrées et effacées; ces données ne seront utilisées que pour prévenir le terrorisme ou les crimes de dimension internationale, à l'exclusion des autres crimes «nationaux»; ces données ne seront pas conservées pendant plus de trois ans et demi, ce qui correspond à la durée de l'accord USA-CE: le directeur de la confidentialité établi au ministère de la Sécurité intérieure (DHS) «recevra et traitera de manière expéditive les représentations de l'autorité chargée de la protection des données dans l'Union européenne pour les citoyens qui estiment que leurs plaintes n'ont pas été traitées de façon satisfaisante par le DHS»; une révision jointe annuelle (effectuée par le Bureau américain des douanes et de la protection des frontières et la délégation de l'Union européenne dirigée par la Commission européenne) des engagements américains au sein de l'accord garantira que les pratiques actuelles des autorités américaines sont réellement gérées conformément à l'accord; enfin, la Commission a obtenu que le CAPPs II (système assisté par ordinateur de contrôle des passagers) ne soit pas couvert par l'accord: les négociations à ce sujet ne commenceront que si et quand les inquiétudes au sujet de la vie privée exprimées par le Congrès américain à propos de CAPPs II auront été apaisées.

Le groupe de travail «Article 29» soulignait à nouveau dans son avis n° 2/2004 du 29 janvier 2004<sup>152</sup> la nécessité absolue d'établir un «cadre légal clair» tout en notant que «les progrès limités qui ont été enregistrés ne permettent pas de juger qu'un niveau adéquat de protection des données est atteint». L'avis relève que, «compte tenu du volume et de la sensibilité des

<sup>151</sup> Transfert des données des dossiers passagers (PNR) Une démarche globale de l'Union européenne, COM (2003) 826 du 16.12.2003.

<sup>152</sup> Avis 2/2004 sur le niveau de protection adéquat des données à caractère personnel contenues dans les dossiers des passagers aériens (PNR) transférés au Bureau des douanes et de la protection des frontières des Etats-Unis (US CBP), adopté par le groupe de travail le 29 janvier 2004, disponible sur: [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/privacy/docs/wpdocs/2004/wp87\\_fr.pdf](http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/docs/wpdocs/2004/wp87_fr.pdf).

données concernées ainsi que du nombre d'individus touchés (10 à 11 millions de passagers par an), la demande de communication à une autorité publique de données personnelles collectées à des fins commerciales et figurant dans les bases de données des compagnies aériennes proposant des vols à destination des Etats-Unis ou transitant par les Etats-Unis, ainsi que dans les systèmes de réservation connexes, en lui fournissant un accès à ces systèmes, introduit une exception majeure au principe fondamental de spécification de la finalité en matière de protection des données». Le groupe de travail insiste sur la nécessité de garantir la qualité des données et la proportionnalité de leur transfert et de leur conservation. Il exclut le transfert des données sensibles – proposant à cet égard l'utilisation d'un système de filtres permettant d'écarter la solution consistant à ce que ces données soient supprimées après réception par les autorités américaines – ainsi que l'utilisation des données PNR transférées, même à titre d'essai, dans le cadre du système CAPPs II. Il réaffirme en outre la nécessité de mieux garantir les droits à l'information et à la rectification des personnes concernées et de rendre juridiquement contraignants les engagements des Etats-Unis. Le groupe relève aussi la fragilité des engagements pris par les Etats-Unis, puisqu'aux termes de l'accord, ces engagements «n'auront pas de force exécutoire du côté des Etats-Unis»<sup>153</sup>. Il en déduit que «le niveau des engagements du côté des Etats-Unis ne peut pas être considéré comme conforme aux exigences posées dans son avis 4/2003 et considère que cette question est une condition essentielle et devra être adressée avant qu'un accord puisse être formalisé». Surtout, sur le point essentiel de la proportionnalité du traitement des données PNR, le groupe de travail juge que les résultats de la négociation avec les Etats-Unis sont insuffisants: bien que les données transférables soient passées de 38 à 34, les quatre données écartées sont des données à propos desquelles le groupe de travail n'avait exprimé aucune objection dans son avis 4/2003, alors qu'au contraire, ont été maintenues parmi les données transférables les vingt données dont le groupe de travail avait jugé le transfert disproportionné et problématique. Le groupe de travail relève que «aucune indication ou explication n'a été fournie pour justifier la nécessité de leur traitement ou leur caractère proportionnel et non excessif dans la lutte d'une société démocratique contre le terrorisme». La conclusion à laquelle aboutit le groupe de travail est la suivante:

les progrès limités qui ont été enregistrés ne permettent pas de juger qu'un niveau adéquat de protection des données est atteint. Le groupe de travail estime que toute solution devra respecter au moins les principes suivants de protection des données:

– **la qualité des données:**

- le transfert de données doit uniquement avoir pour finalité la lutte contre les actes de terrorisme et certains crimes en rapport avec le terrorisme (à définir);
- la liste des données à transférer doit être proportionnelle et ne pas être excessive;
- les croisements de données par rapport à celles d'individus suspects doivent respecter des normes de qualité élevée assurant une certitude de résultat;
- les périodes de conservation des données doivent être courtes et proportionnelles;
- les données des passagers ne doivent pas être utilisées pour mettre en œuvre et/ou tester le système CAPPs II ou des systèmes similaires;

– les **données sensibles** ne doivent pas être transmises;

– **les droits des personnes concernées:**

- il convient de transmettre des informations claires, actuelles et compréhensibles aux passagers;
- un droit d'accès et de rectification doit être accordé sans discrimination;
- il y a lieu de prévoir des dispositions satisfaisantes garantissant aux passagers le droit de s'adresser à un organe de recours véritablement indépendant;

– **le niveau d'engagement des autorités américaines:**

- les engagements pris par la partie américaine doivent avoir un caractère juridique

<sup>153</sup> Le groupe de travail «Article 29» relève dans son avis 2/2004 (par. 4) que le nouveau paragraphe 47 ajouté à la fin des engagements dispose que ceux-ci «ne sont pas créateurs de droits ou d'avantages au bénéfice de personnes ou de parties, qu'elles soient privées ou publiques».

pleinement contraignant pour les Etats-Unis;

- il y a lieu de clarifier le champ d'application, la base juridique et la valeur d'un éventuel «accord international allégé»;
- les **transferts ultérieurs** de données passagers PNR à d'autres gouvernements ou organes étrangers doivent être strictement limités;
- la **méthode de transfert**: il convient de mettre en place une méthode de transfert «push», par laquelle les données sont sélectionnées et transférées par les compagnies aériennes aux administrations américaines.

Bien que confronté à ces objections, le Conseil a choisi, le 2 février 2004, de confier à la Commission un mandat de négociation avec les Etats-Unis. Prenant acte des engagements pris par les autorités des Etats-Unis d'Amérique à la suite des négociations conduites par la Commission européenne, celle-ci a adopté une décision<sup>154</sup> valable pour une période initiale de trois années et demie déclarant qu'«aux fins de l'article 25, paragraphe 2, de la directive 95/46/CE, le Bureau des douanes et de la protection des frontières des Etats-Unis est considéré comme assurant un niveau de protection adéquat des données de dossiers passagers transférées depuis la Communauté en ce qui concerne les vols à destination ou au départ des Etats-Unis, conformément à la déclaration d'engagement [du Bureau des douanes et de la protection des frontières des Etats-Unis, annexée à la décision]». Parallèlement, sur proposition de la Commission<sup>155</sup>, le Conseil a décidé la conclusion d'un accord entre la Communauté européenne et les Etats-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données PNR par des transporteurs aériens au bureau des douanes et de la protection des frontières du ministère américain de la sécurité intérieure. Cet accord a été signé le 28 mai 2004. Fondé sur l'article 300, § 2, CE, l'accord vise à permettre au Bureau des douanes et de la protection des frontières des Etats-Unis d'accéder, par voie électronique, aux données PNR provenant des systèmes de contrôle des réservations et des départs des transporteurs aériens situés sur le territoire des Etats membres de la Communauté européenne, jusqu'à ce qu'un système satisfaisant soit mis en place pour permettre la transmission de ces données par les transporteurs aériens. Un tel accord doit permettre de présenter le transfert de données relatives aux passagers des vols transatlantiques par les opérateurs européens comme «nécessaire au respect d'une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis», au sens de l'article 7, d), de la directive 95/46/CE, assurant ainsi la légitimation du traitement.

Dans différentes résolutions du 13 mars 2003, du 9 octobre 2003 ainsi que du 31 mars 2004, le Parlement européen a sévèrement mis en cause tout à la fois l'ensemble du processus et la compatibilité de son résultat avec les droits fondamentaux<sup>156</sup>. Exerçant les compétences que lui reconnaît le Traité de Nice dans le cadre de l'article 230, al. 2, CE, il a introduit deux recours en annulation auprès de la Cour de justice pour trancher le problème de la compatibilité de ce projet d'accord international avec le droit fondamental à la protection des données garanti dans l'Union, tandis que la Commission était invitée à retirer son projet de décision d'adéquation. A l'appui de ces recours<sup>157</sup>, le Parlement européen avance que la

<sup>154</sup> Décision de la Commission du 14 mai 2004 relative au niveau de protection adéquat des données à caractère personnel contenues dans les dossiers des passagers aériens transférés au Bureau des douanes et de la protection des frontières des Etats-Unis, JO n° L235 du 06.07.2004, p. 11.

<sup>155</sup> Proposition de décision du Conseil concernant la conclusion d'un accord entre la Communauté européenne et les Etats-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données PNR par des transporteurs aériens au Bureau des douanes et de la protection des frontières du ministère américain de la Sécurité intérieure (COM(2004)190 final - CNS 2004/0064, du 17 mars 2004).

<sup>156</sup> Voir notamment le rapport préparé au sein de la Commission des libertés et droits des citoyens, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen par J. L. A. Boogerd-Quaak, le 7 avril 2004 (doc. PE A5-0271/2004).

<sup>157</sup> La Cour de justice a cependant rejeté la demande consistant à ce que le recours soit traité selon une procédure accélérée, ainsi que le prévoit l'article 62bis du règlement de procédure: CJCE (prés.), ord. 21 septembre 2004, *Parlement c. Conseil et Parlement c. Commission*, C-317/04 et C-318/04, non encore publié. Le Parlement européen n'a pas demandé le sursis à exécution des actes attaqués, ce qu'il est permis de regretter.

«décision d'adéquation» arrêtée en vertu de l'article 25, § 6, la directive 95/46/CE est un acte d'exécution de la directive de base et qu'il doit, par conséquent, respecter les principes fixés par celle-ci, à défaut de quoi il en opère une forme de révision implicite. Lorsqu'un acte communautaire prescrit un dispositif de protection, les éléments essentiels de ce régime doivent nécessairement être protégés par les actes d'application, comme ce serait le cas en l'espèce. Si la décision d'adéquation transgresse de manière disproportionnée les critères de la directive 95/46/CE, elle ne saurait donc être valablement adoptée sans la co-décision du Parlement<sup>158</sup>.

Dans son avis n° 6/2004 du 22 juin 2004, le groupe de travail «Article 29» de protection des données a «noté» que la Commission «n'avait que partiellement tenu compte des exigences formulées» par ses avis précédents et que la Cour de justice était saisie<sup>159</sup>. En vue de «limiter au maximum les atteintes aux droits des passagers», il fait les recommandations suivantes:

1. Les compagnies aériennes devraient modifier aussi rapidement que possible la technique de transfert des données et passer de la méthode «globale» à la méthode «ciblée». Conformément aux principes généraux de protection des données, le destinataire ne devrait recevoir que les données dont il a effectivement besoin. Dans la méthode «globale», utilisée jusqu'à présent, le destinataire reçoit l'ensemble des données et il lui incombe d'en extraire les données convenues et de ne traiter que celles-là. Le changement de méthode ayant été convenu sur le principe, il ne reste plus qu'à procéder au remplacement effectif aussi vite que possible. La Commission est invitée à influencer les compagnies aériennes en ce sens. Le logiciel de filtrage à utiliser par les transporteurs aériens doit exclure les champs de données qui ne figurent pas dans la liste positive définie par l'accord international ainsi que les données de nature sensible qui sont mémorisées dans les champs inclus dans la liste positive dans la mesure où elles peuvent être identifiées au moyen d'un programme informatique.
2. Les passagers aériens doivent être correctement informés du transfert de données, comme en conviennent d'ailleurs toutes les parties. Pour des raisons de clarté, il est vivement souhaitable que les passagers aériens reçoivent toujours les mêmes informations, quelle que soit la compagnie aérienne qu'ils empruntent et quel que soit l'endroit où ils acquièrent leur ticket, y compris les agences de voyages. Les autorités de surveillance de la protection des données ont, pour leur part, formulé des propositions à cet égard. Le groupe de travail invite la Commission à achever ses discussions avec les autorités américaines et les transporteurs aériens aussi rapidement que possible, de manière à ce qu'un système uniforme, approprié, d'information sur les passagers aériens puisse être mis en œuvre.
3. Le groupe de travail est satisfait de constater que les transferts convenus ne portent que sur les données des passagers aériens enregistrées et conservées à des fins commerciales par les compagnies aériennes, les agences de voyages et autres points de vente. L'accord n'oblige ni n'autorise les compagnies aériennes à collecter d'autres données.
4. Les accords entre la Communauté et les Etats-Unis prévoient un contrôle régulier du respect des réglementations relatives à la protection des données, qui constituent la base appropriée pour reconnaître le niveau de protection des

<sup>158</sup> Voir, *mutatis mutandis*, CJCE, 18 juin 1996, *Parlement c. Conseil*, C-303/94, *Rec.*, p. I-2943.

<sup>159</sup> Avis 6/2004 du 22 juin 2004, concernant la mise en œuvre de la décision de la Commission du 14-V-2004 relative à la protection adéquate des données personnelles contenues dans les dossiers des passagers aériens (Passenger Name Records – PNR) transmises au Bureau des douanes et de la protection des frontières des Etats-Unis et de l'Accord entre la Communauté européenne et les Etats-Unis d'Amérique concernant le traitement et la transmission des données PNR par les transporteurs aériens au ministère américain de la Sécurité intérieure, Bureau des douanes et de la protection des frontières.

données<sup>[160]</sup>. Le groupe de travail accorde une importance particulière à ces contrôles, qui sont indispensables pour mesurer les conséquences pratiques des transferts de données et ainsi pouvoir évaluer l'étendue d'une éventuelle atteinte à la protection des données. Le groupe de travail s'intéresse donc vivement à la conception, à la mise en œuvre et à l'évaluation de ces contrôles et serait heureux de coopérer avec la Commission dans ce domaine.

5. Afin de se faire une idée claire et précise des mesures pratiques qu'impliquent les transferts de données aériennes, les autorités responsables de la protection des données prévoient d'organiser une rencontre avec les compagnies aériennes (...).

Le 30 septembre 2004, dans un nouvel avis (n° 8/2004)<sup>161</sup>, le groupe de travail a adopté deux notes d'information «qui doivent servir d'orientation pour les informations à fournir aux passagers des vols transatlantiques et être utilisées aussi largement que possible par les compagnies aériennes, les agences de voyages et les systèmes informatisés de réservation intervenant dans le processus d'enregistrement». En effet, ainsi que le confirme l'article 2 de la décision d'adéquation prise par la Commission le 14 mai 2004, celle-ci «n'influe en rien sur d'autres conditions ou restrictions mettant en application d'autres dispositions de la directive qui s'appliquent au traitement des données à caractère personnel au sein des Etats membres. L'une d'entre elles est l'obligation pour les responsables du traitement d'informer les personnes concernées des principaux éléments du traitement des données. Partant, les responsables du traitement des données PNR soumises aux législations nationales des Etats membres de l'Union européenne, adoptées conformément à la directive 95/46/CE, sont tenus de fournir aux passagers des informations exhaustives et précises sur le transfert des données PNR au CBP, en application des lois nationales adoptées en vertu des articles 10 et 11 de la directive».

La préoccupation qu'exprime le groupe de travail «Article 29» de protection des données à propos du transfert des données PNR des passagers des vols transatlantiques est partagée par les autorités nationales de contrôle dans certains Etats membres, tels que la Belgique<sup>162</sup> ou la France<sup>163</sup>, ainsi que par certains parlements nationaux<sup>164</sup> et par d'autres observateurs<sup>165</sup>. Le Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne en 2003 relevait, en référence à l'avis n° 4/2003 rendu le 13 juin 2003 par le groupe de travail «Article 29», qu'il était

indispensable que puisse être organisée une évaluation régulière de la mise en œuvre de l'accord qui sera conclu avec la partie américaine, et de prévoir une clause de sauvegarde si des abus sont constatés. Cette évaluation régulière devrait comprendre un mécanisme d'audits indépendants, de nature à garantir la transparence quant à l'utilisation faite des données transmises par les compagnies aériennes au Bureau américain des douanes et de la protection des frontières.

<sup>160</sup> Pour une description du système des «audits» prévus à cet égard, voir le par. 43 de la déclaration d'engagements des Etats-Unis et le commentaire qu'en donne le groupe de travail «Article 29» dans son avis 2/2004 (par. 5, K.).

<sup>161</sup> Avis 8/2004 (WP 97) sur l'information des passagers concernant les transferts des données des dossiers passagers (Passenger Name Record – PNR) relatives aux vols entre l'Union européenne et les Etats-Unis d'Amérique

<sup>162</sup> Voir l'avis 48/2003 du 18 décembre 2003 de la Commission belge de la protection de la vie privée

<sup>163</sup> La Commission nationale informatique et libertés (CNIL) française a ouvert une page spécifique sur ce dossier. Les usagers sont invités à la saisir éventuellement: voir <http://www.cnil.fr/index.php?id=1015&print=1>

<sup>164</sup> Voir, par exemple, la proposition de création d'une commission d'enquête du Sénat français sur les atteintes aux libertés résultant de l'accord, doc. n° 399, 1<sup>er</sup> juillet 2004

<sup>165</sup> Pour une étude négative de cet accord par la société civile: Privacy International, *Transferring Privacy: The Transfer of Passenger Records and the Abdication of Privacy Protection*, février 2004 (<http://www.privacyinternational.org/issues/terrorism/rpt/transferringprivacy.pdf>)

La décision d'adéquation du 14 mai 2004 comprend la clause de sauvegarde à laquelle ce passage faisait allusion. L'article 3 prévoit que,

1. sans préjudice des pouvoirs leur permettant de prendre des mesures pour assurer le respect des dispositions nationales adoptées conformément aux dispositions autres que l'article 25 de la directive 95/46/CE, les autorités compétentes des Etats membres peuvent exercer les pouvoirs dont elles disposent actuellement pour suspendre le transfert de données vers le CBP afin de protéger les personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel qui les concernent dans l'un des deux cas suivants:

a) lorsqu'une autorité américaine compétente a constaté que le CBP ne respecte pas les normes applicables en matière de protection;

b) lorsqu'il est probable que les normes de protection établies en annexe ne sont pas respectées, qu'il y a tout lieu de croire que le CBP ne prend pas ou ne prendra pas, en temps voulu, les mesures qui s'imposent pour régler l'affaire en question, que la poursuite du transfert entraînerait un risque imminent de grave préjudice pour les personnes concernées et que les autorités compétentes de l'Etat membre se sont raisonnablement efforcées, dans ces circonstances, d'avertir le CBP et de lui donner la possibilité de répondre.

2. La suspension du transfert cesse dès que les normes de protection sont assurées et que les autorités compétentes dans les Etats membres concernés en sont averties.

Pour qu'une telle clause de sauvegarde puisse véritablement inciter les Etats-Unis à respecter pleinement les engagements pris dans le cadre de la négociation avec la Commission européenne, il est essentiel non seulement que le comité des représentants des Etats membres créé par l'article 31 de la directive 95/46/CE exerce pleinement la fonction de surveillance que lui confie l'article 5 de la décision d'adéquation, mais également que le mécanisme dit d'«audits» – consistant en une «révision» (examen), au moins une fois par an, des engagements des autorités américaines conduite conjointement par le Bureau américain des douanes et de la protection des frontières (CPB) et la Commission européenne, laquelle pourra se faire assister d'experts – dispose de l'autorité de la crédibilité requise. Il est indispensable à cet égard que prennent part à cet examen annuel du respect par les autorités américaines de leurs engagements des représentants des autorités indépendantes de contrôle créées dans les Etats membres conformément à la directive 95/46/CE. Il y a lieu de noter à cet égard qu'en dépit des critiques qu'ils ont émises sur la décision d'adéquation de la Commission ainsi que sur l'accord signé avec les Etats-Unis, «les membres du groupe de travail [«Article 29» de protection des données] s'engagent à participer le cas échéant à tout révision de ce type et à observer les règles de confidentialité convenues par les deux parties»<sup>166</sup>.

*La transmission par les transporteurs, aux autorités de l'Etat de destination, de données relatives aux passagers*

Une question de principe que pose la négociation de l'accord entre la Communauté européenne et les Etats-Unis s'agissant de la transmission des données PNR est de savoir s'il est admissible que des informations collectées en vue de l'achat de la réservation d'un vol puissent être utilisées à d'autres fins<sup>167</sup>. La proposition d'une directive introduite début 2003 par l'Espagne instaurant une obligation pour les transporteurs aériens de transmettre aux autorités compétentes de l'Etat de destination certaines données, à des fins de contrôle de l'immigration, mais également à des fins de prévention de certaines infractions pénales,

<sup>166</sup> Avis 2/2004, précité, p. 12.

<sup>167</sup> Comp. l'article 6, § 1<sup>er</sup>, b), de la directive 95/46/CE, prévoyant que les données à caractère personnel doivent être «collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne pas être traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités». L'article 13 de la directive prévoit néanmoins la possibilité d'apporter des restrictions à ce droit pour un des motifs qu'il énumère.

suscitait la même interrogation dans le *Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne en 2003*.<sup>168</sup> Cette proposition a débouché, pendant la période sous examen, à l'adoption de la directive 2004/82/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers<sup>169</sup>. La directive a pour base juridique les articles 62, 2), a), et 63, § 3, b), CE, qui donnent compétence au Conseil de fixer les normes et modalités auxquelles les Etats membres doivent se conformer pour effectuer les contrôles des personnes aux frontières extérieures, ainsi que de prendre des mesures relatives à l'immigration clandestine et au séjour irrégulier.

Dans sa version initiale, la proposition visait à améliorer le contrôle aux frontières et la lutte contre l'immigration illégale en imposant la transmission préalable de données relatives aux passagers par les transporteurs aux autorités nationales compétentes, sous la menace, en cas de non-respect de ces obligations par les transporteurs, de sanctions pénales dissuasives, effectives et proportionnées, et dont la directive fixerait les seuils minima: bien que la version initiale de la proposition de directive n'ait visé que les transporteurs aériens, sa formulation fut ensuite élargie à tous les transporteurs. Une disposition de la proposition (article 3, § 1<sup>er</sup>, b), de la version du 12 novembre 2003) prévoyait également que les transporteurs avertissent les autorités nationales compétentes, dans un délai de quarante-huit heures, lorsqu'il apparaît que le ressortissant d'un Etat tiers n'a pas utilisé son billet de retour vers son pays d'origine ou n'a pas poursuivi son voyage à destination d'un pays tiers.

Le Conseil a estimé nécessaire, en février 2004, de «mettre à jour» la proposition espagnole en proposant un projet modifié de directive visant, pour l'essentiel, à accentuer l'aspect «lutte contre l'immigration clandestine» du projet initial et à renforcer le panel des informations à transmettre aux autorités de contrôle par les seuls transporteurs aériens, avant le transport de ressortissants de pays tiers à destination du territoire de l'Union. Les données concernées sont non seulement l'identité des personnes transportées, le numéro et le type de document de voyage, la nationalité, le nom et la date de naissance, mais aussi des données telles que le point de passage pour entrer dans l'Union, les heures de départ et d'arrivée du transport et le point d'embarquement initial de toutes les personnes transportées. La transmission de ces données est soumise au respect de la directive 95/46/CE. Saisi de cette proposition, le Parlement européen a exprimé son accord de principe sur l'objectif. Il a cependant rejeté les modalités choisies, en particulier au regard du mélange des genres entraîné pour les transporteurs aériens, de la discrimination en résultant par rapport aux autres modes de transport et des risques qu'entraînait la proposition pour la protection des données<sup>170</sup>. En avril 2004, le Conseil a transmis une proposition modifiée, élargissant à l'ensemble des personnes le champ d'application du texte et ciblant la lutte contre l'immigration illégale. Elle situe l'utilisation de ces données dans le contexte de la lutte contre l'immigration clandestine et le contrôle aux frontières. Ainsi, le Conseil précise-t-il qu'il serait légitime d'utiliser ces données comme «preuves» lors de l'application des procédures visant à faire respecter les lois et règlements sur l'entrée et l'immigration, notamment les dispositions relatives à la protection de l'ordre public et la sécurité nationale. Dans ce contexte, les données pourraient être conservées pour un laps de temps plus long que le délai initialement prévu de 24 heures, notamment en vue d'une utilisation par les services répressifs des Etats membres. Toutefois, il est précisé que tout autre traitement contreviendrait à l'esprit de la directive 95/46/CE et il est prévu que la transmission des données sur les personnes à transporter se fasse avant la fin de l'enregistrement.

Deux éléments paraissent avoir accéléré le processus d'adoption de la directive. D'une part, le Conseil européen des 25 et 26 mars 2004 a adopté une déclaration sur la lutte contre le

<sup>168</sup> Voir p. 59 et 60 du rapport.

<sup>169</sup> JO n° L 261 du 06.08.2004, p. 24.

<sup>170</sup> Rapport Ingo-Schmitt, 19 mars 2004, A5-0211/2004. Voir aussi *House of Lords*, "Fighting illegal immigration: should carriers carry the burden?", HL Paper 29, 12.02.2004.



terrorisme, dont le point 6 souligne la nécessité d'accélérer l'examen des mesures à prendre à cet égard, proposant notamment d'avancer sur la proposition de directive du Conseil concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux personnes transportées, en vue de parvenir rapidement à un accord sur cette mesure. D'autre part, il résulte de l'article 67, § 2, premier alinéa, du Traité instituant la Communauté européenne, que, si cette directive n'était pas adoptée avant l'échéance du 1<sup>er</sup> mai 2004, le Conseil ne pourrait plus agir sur la base d'une initiative d'un Etat membre. Cela aurait obligé à reprendre le processus dans son ensemble. Dès lors, passant outre le second renvoi du Parlement européen<sup>171</sup>, et malgré la déclaration expresse de la Commission indiquant qu'elle «aurait préféré» un texte législatif d'ensemble dont elle se propose de prendre l'initiative «plutôt que d'aborder au coup par coup les questions relatives aux dites mesures», ce dont le Conseil a «pris note», le Conseil a inscrit le texte controversé au point A de l'ordre du jour du Conseil JAI du 29 avril 2004.

L'article 6 de la proposition initiale de directive, relatif à la protection des données à caractère personnel, prévoyait que les données traitées par les transporteurs seraient transmises aux autorités compétentes (autorités chargées du contrôle des frontières extérieures ou, lorsque ces données concernent l'interruption du voyage du ressortissant d'Etat tiers ou la non-utilisation de son billet de retour, autorités chargées de la lutte contre l'immigration illégale), uniquement aux fins d'exercer le contrôle aux frontières. Il prévoyait également que ces données devront être détruites une fois la personne concernée aura pénétré le territoire; le transporteur en assurera la destruction 24 heures après l'arrivée. Un droit d'information, d'accès et de rectification des données était reconnu à la personne dont les données ont fait l'objet de ce traitement, conformément à la directive 95/46/CE (article 6, § 5, de la proposition).

Dans sa version définitive adoptée le 29 avril 2004, l'article 6 de la directive 2004/82/CE prévoit que:

1. Les données relatives aux personnes visées à l'article 3, paragraphe 1<sup>er</sup>, sont transmises aux autorités chargées d'effectuer le contrôle des personnes aux frontières extérieures par lesquelles le passager entrera sur le territoire d'un Etat membre, afin de faciliter l'exécution de ce contrôle dans le but de lutter plus efficacement contre l'immigration clandestine.

Les Etats membres veillent à ce que ces données soient recueillies par les transporteurs et transmises par voie électronique ou, en cas d'échec, par tout autre moyen approprié aux autorités chargées d'effectuer les contrôles au point de passage frontalier autorisé par lequel le passager entrera sur le territoire d'un Etat membre. Les autorités chargées d'effectuer le contrôle des personnes aux frontières extérieures conservent les données dans un fichier temporaire.

Une fois que les passagers sont entrés, les autorités visées à l'alinéa précédent effacent les données dans les vingt-quatre heures qui suivent la transmission, *à moins qu'elles ne soient nécessaires ultérieurement pour permettre aux autorités chargées d'effectuer les contrôles sur les personnes aux frontières extérieures d'exercer leurs pouvoirs réglementaires conformément au droit national et sous réserve des dispositions relatives à la protection des données figurant dans la directive 95/46/CE.*

Les Etats membres prennent les mesures nécessaires afin d'établir l'obligation, pour les transporteurs, d'effacer, dans les vingt-quatre heures suivant l'arrivée du moyen de transport visé à l'article 3, paragraphe 1<sup>er</sup>, les données à caractère personnel qu'ils ont

<sup>171</sup> Rapport Hernandez Mollar, 7 avril 2004, A5-0266/2004. Les considérants 3 à 6 du Préambule de la directive notent à cet égard: «Il importe d'éviter l'inaction de la Communauté en ce qui concerne la lutte contre l'immigration clandestine. A partir du 1<sup>er</sup> mai 2004, le Conseil ne pourra plus statuer à l'initiative d'un Etat membre. Le Conseil a épuisé toutes les possibilités d'obtenir l'avis du Parlement européen dans les délais. Etant donné ces circonstances exceptionnelles, il convient d'adopter la directive en l'absence de l'avis du Parlement européen».

recueillies et transmises aux autorités chargées du contrôle aux frontières aux fins de la présente directive.

Conformément à leur droit interne et sous réserve des dispositions relatives à la protection des données figurant dans la directive 95/46/CE, *les Etats membres peuvent également faire usage des données à caractère personnel visées à l'article 3, paragraphe 1<sup>er</sup>, pour répondre aux besoins des services répressifs.*

2. Les Etats membres prennent les mesures nécessaires afin d'établir l'obligation, pour les transporteurs, d'informer les passagers conformément aux dispositions de la directive 95/46/CE. Cette obligation porte également sur les informations visées à l'article 10, point c), et à l'article 11, paragraphe 1<sup>er</sup>, point c), de ladite directive.

Ainsi que le Préambule de la directive le rappelle expressément, «s'il est vrai que le traitement des données transmises concernant les passagers, effectué aux fins des contrôles aux frontières, serait légitime également dans le but de permettre l'utilisation de ces données comme élément de preuve *dans des procédures visant à l'application des lois et des règlements sur l'entrée et l'immigration*, notamment des dispositions relatives à la protection de l'ordre public et de la sécurité nationale, *tout autre traitement de ces données qui serait incompatible avec ces objectifs* irait, en revanche, à l'encontre du principe énoncé à l'article 6, paragraphe 1<sup>er</sup>, point b), de la directive 95/46/CE» (12<sup>e</sup> considérant). On a rappelé que l'article 6, par. 2, point b), de la directive 95/46/CE prévoit que les données à caractère personnel doivent être «collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne pas être traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités». L'article 13, § 1<sup>er</sup>, de la directive 95/46/CE prévoit cependant que les Etats membres peuvent prendre des mesures législatives visant à limiter la portée de ce principe et des droits qui en découlent, lorsqu'une telle limitation constitue une mesure nécessaire pour sauvegarder notamment la sûreté de l'Etat, la sécurité publique, ou la prévention, la recherche, la détection et la poursuite d'infractions pénales. La possibilité qu'organise la directive 2004/82/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers alors que, destinées initialement aux services chargés de l'immigration, ces données pourront le cas échéant être utilisées par les services répressifs, paraît donc compatible avec la directive 95/46/CE. Néanmoins, sous couvert de lutte contre l'immigration illégale, la transmission de données par les transporteurs qu'elle prévoit sert l'objectif de la prévention, de la recherche, de la détection et de la poursuite d'infractions pénales, ce qui constitue une exception au principe de finalité inscrit à l'article 6, § 1<sup>er</sup>, b) de la directive 95/46/CE. Pareille exception n'est admissible que dans la mesure où elle satisfait au critère de nécessité figurant à l'article 13 de la directive.

*La rétention de données traitées et stockées en rapport avec la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de données transmises via des réseaux de communications publics*

Le 28 avril 2004, un projet de décision-cadre sur la rétention de données traitées et stockées en rapport avec la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de données transmises via des réseaux de communications publics, aux fins de la prévention, la recherche, la détection, la poursuite de délits et d'infractions pénales, y compris du terrorisme<sup>172</sup> a été déposé conjointement par la République française, l'Irlande, le Royaume de Suède et le Royaume-Uni. Cette proposition s'inscrit dans la ligne des conclusions du Conseil européen du 25 mars 2004 relatives à la lutte contre le terrorisme. Elle porte uniquement sur les données de trafic, c'est-à-dire sur les données électroniques générées par une communication, et non sur le contenu proprement dit des informations communiquées. Elle vise à procéder à la rétention des données en vue de remonter à la source de contenus illégaux, tels que des matériels à caractère pédophile, raciste et xénophobe, ainsi qu'à l'origine

<sup>172</sup> Doc. 8958/04 du 28.04.2004, CRIMORG 36, TELECOM 82. Voir aussi la note explicative sur cette initiative, Doc. 8958/04 ADD 1 du 20.12.2004, CRIMORG 36, TELECOM 82.

des attaques informatiques, et d'identifier les individus utilisant des réseaux de communications électroniques pour mener des activités relevant de la criminalité organisée et du terrorisme. Pour ce faire, elle propose de retenir «*a priori*» certains types de données, qui sont déjà traitées et stockées à des fins de facturation, à des fins commerciales ou à toute autre fin légitime, pendant un laps de temps supplémentaire en prévision du fait que ces données pourraient s'avérer nécessaires à l'avenir en cas d'enquête ou de poursuites judiciaires.

Dans l'*Observation thématique n° 1*, qu'il a consacrée en mars 2003 à l'équilibre entre liberté et sécurité dans le cadre des mesures de lutte contre le terrorisme<sup>173</sup>, le Réseau d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux a déjà exprimé son point de vue quant à l'utilisation de l'article 15, § 1<sup>er</sup>, de la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques<sup>174</sup>. Cette disposition prévoit que les Etats membres peuvent «adopter des mesures législatives prévoyant la conservation de données pendant une durée limitée lorsque cela est justifié» par les nécessités de la sauvegarde de la sécurité nationale, la défense et la sécurité publique, ou pour la poursuite d'infractions pénales ou d'utilisations non autorisées du système de communications électroniques. Aux termes de cette disposition, ces restrictions à la vie privée ne peuvent toutefois intervenir que dans les limites qu'impose le respect des droits fondamentaux, et notamment de la vie privée telle qu'elle est garantie par la directive 95/46/CE. Les commissaires européens à la protection des données ont exprimé leur préoccupation face aux délais envisagés pour la rétention des données de trafic dans une proposition de décision-cadre présentée en 2002, lorsque celle-ci fut divulguée<sup>175</sup>. Le groupe de travail «Article 29» a formulé une préoccupation identique dans un avis n° 5/2002 du 11 octobre 2002<sup>176</sup>. Dans son Observation thématique n° 1, le Réseau d'experts notait la grande dispersion des attitudes adoptées par les Etats membres en matière de rétention des données de trafic. C'est d'un tel constat que part également la proposition de décision-cadre (8<sup>e</sup> considérant du Préambule). Les différences qui subsistent entre les législations des Etats membres

nuisent à la coopération entre les autorités compétentes à des fins de prévention, de recherche, de détection et de poursuite des délits et des infractions pénales. Dans le but de garantir une coopération policière et judiciaire efficace en matière pénale, il y a donc lieu de veiller à ce que tous les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour retenir certains types de données durant une période déterminée dans le cadre de paramètres définis, aux fins de la prévention, la recherche, la détection et la poursuite de délits et d'infractions pénales, y compris du terrorisme. Il conviendrait que ces données soient mises à la disposition des autres Etats membres conformément aux instruments de la coopération judiciaire en matière pénale adoptés en vertu du titre VI du traité sur l'Union européenne. Il importe également de se conformer aux instruments qui n'ont pas été adoptés en vertu dudit titre, mais auxquels les Etats membres ont adhéré et auxquels il est fait référence dans les instruments précités.<sup>177</sup>

Le lien entre des différences de protections d'Etat membre à Etat membre et l'efficacité de la lutte contre la criminalité organisée, y compris le terrorisme, est expliqué de la manière

<sup>173</sup> Voir section IV.3. de cette Observation thématique, p. 26 à 28.

<sup>174</sup> Directive 2002/58 du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), JO n° L201 du 31.07.2002 p. 37

<sup>175</sup> Déclaration des Commissaires européens à la protection des données adoptée lors de la conférence internationale de Cardiff (9-11 septembre 2002), relative à la conservation systématique et obligatoire des données de trafic des télécommunications.

<sup>176</sup> Avis n° 5/2002 du 11 octobre 2002 sur la déclaration des Commissaires européens à la protection des données adoptées lors de la conférence internationale de Cardiff (9-11 septembre 2002), relative à la conservation systématique et obligatoire des données de trafic des télécommunications, 11818/02/FR/final, WP 64.

<sup>177</sup> Préambule, 9<sup>e</sup> considérant.

suivante dans la note explicative du 20 décembre 2004 jointe à la note de transmission de la proposition de décision-cadre au secrétaire général du Conseil de l'Union:

Il est évident que les organisations criminelles ou terroristes internationales sophistiquées, qui connaissent les différences existant entre les prescriptions législatives des Etats membres dans le domaine de la rétention des données, s'intéresseront inévitablement aux Etats membres qui permettent aux fournisseurs de services de communications d'exploiter des réseaux en observant des périodes de rétention des données plus courtes. Ces organisations profiteraient de l'anonymat ainsi offert pour réduire à néant les efforts des enquêteurs qui tenteraient de suivre les traces de leurs communications afin de vérifier la présence des auteurs présumés sur le lieu de l'infraction ou identifier tous les complices et coauteurs. L'harmonisation des règles en matière de rétention permettra de réduire le risque de voir se créer pareils «paradis des données» au sein de l'Union européenne, mais surtout de veiller à ce que des éléments de preuve soient disponibles sous la forme de données de communication pour faciliter la coopération judiciaire entre les services répressifs.

En réalité, ce ne sont pas en tant que telles ces différences existant entre les prescriptions législatives des Etats membres dans le domaine de la rétention des données qui constituent un obstacle à l'efficacité de la lutte contre des formes de criminalité organisée ou contre le terrorisme; l'obstacle résulte plutôt de ce que certains Etats membres définissent des périodes de rétention de données jugées trop courtes au regard des nécessités de l'enquête pénale. Or le raccourcissement des délais de rétention est encouragé par des impératifs de rentabilité commerciale, les fournisseurs de services souhaitant ne pas conserver des données au-delà du temps strictement nécessaire du point de vue commercial, et étant soumis entre eux à une forte concurrence. C'est cette tendance au raccourcissement des périodes de rétention à laquelle la proposition de décision-cadre prétend réagir.

Les données de trafic constituent des données à caractère personnel, au sens de l'article 2, a), de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, ouverte à la signature au sein du Conseil de l'Europe le 28 janvier 1981, et à laquelle sont parties tous les Etats membres de l'Union européenne<sup>178</sup>. Le traitement de ces données n'est acceptable que si, notamment, les données traitées sont adéquates, pertinentes et non excessives par rapport aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées. Cette exigence de proportionnalité se déduit également de l'article 8, § 2, de la Convention européenne des droits de l'homme. La mémorisation de données relatives au trafic constitue une ingérence dans le droit au respect de la vie privée que garantit l'article 8 de la Convention<sup>179</sup>. Dans la mesure où des fournisseurs de services seraient requis par les autorités de conserver certaines données en vue de leur utilisation possible dans le futur dans le cadre d'une enquête pénale, il ne serait pas acceptable d'affirmer que les autorités ne sauraient se voir imputer la responsabilité des ingérences qui en résulteraient dans le droit au respect de la vie privée. Indépendamment même du fait que les autorités publiques doivent protéger les personnes privées des ingérences commises par d'autres personnes – à plus forte raison leur est-il interdit d'imposer à des particuliers de porter atteinte à la vie privée d'autres particuliers –, cet argument a été rejeté par la Cour européenne des droits de l'homme dans un contexte différent, bien que comparable, la Cour relevant qu'un tel argument reviendrait à «permettre aux autorités d'enquête d'échapper à leurs responsabilités au regard de la Convention par l'utilisation d'agents privés»<sup>180</sup>.

<sup>178</sup> S.T.E., n° 108.

<sup>179</sup> Voir C.E.D.H., arrêt *Rotaru c. Roumanie* (req. n° 28341/95) du 4 mai 2000, § 46: «...tant la mémorisation par une autorité publique de données relatives à la vie privée d'un individu que leur utilisation et le refus d'accorder la faculté de les réfuter constituent une ingérence dans le droit au respect de sa vie privée garanti par l'article 8, § 1<sup>er</sup>, de la Convention».

<sup>180</sup> C.E.D.H. (2<sup>e</sup> section), arrêt *M.M. c. les Pays-Bas* (req. n° 39339/98) du 8 avril 2003 (final), § 40.

L'exigence de proportionnalité s'apprécie aussi bien du point de vue du volume des données collectées que de la durée de la rétention dont elles font l'objet. En ce qui concerne le volume des données collectées, il est clair qu'un système sélectif, reposant sur la préservation des données concernant certains individus particuliers, constituerait une ingérence moindre dans la vie privée qu'un système non sélectif, consistant en un stockage général dans le cadre d'un système de rétention des données, sans distinction quant aux individus concernés. Dans son avis n° 5/2002 précité, le groupe de travail «Article 29» de protection des données exprime par conséquent sa préférence pour le premier système. Certes, un système reposant sur la préservation des données de communication concernant certains individus identifiés peut présenter une efficacité moindre du point de vue des possibilités d'enquête pénale, excluant par définition l'identification d'individus non encore suspects d'activités illégales. Mais, d'une part, il ne suffit pas, pour qu'une mesure apportant une restriction au droit au respect de la vie privée puisse être jugée conforme aux exigences de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, qu'elle soit appropriée à la réalisation de certains objectifs légitimes, notamment la prévention et la répression d'infractions pénales. Il faut encore que, compte tenu de l'ingérence dans la vie privée qui en résulte, elle soit proportionnée: l'équilibre entre les exigences de la vie privée et celles de la lutte contre la criminalité est rompu dès lors que l'atteinte supplémentaire à la vie privée qui résulte du choix d'une méthode particulière de recherche des auteurs d'infractions n'est pas justifié par un gain d'importance comparable dans l'efficacité de l'enquête. Or, d'autre part, aucune démonstration n'a à ce jour été apportée par les services de police de la nécessité d'une conservation des données de trafic généralisée à l'ensemble des communications électroniques, de manière strictement proactive. Le groupe de travail «Article 29» de protection des données relève à cet égard dans son avis n° 9/2004 du 9 novembre 2004<sup>181</sup>:

Le stockage global de routine de l'ensemble des données de trafic, des données sur les utilisateurs et les participants proposé dans le projet de décision ferait de la surveillance autorisée dans ces circonstances exceptionnelles la règle générale. Cela serait manifestement démesuré. Le projet de cadre s'appliquerait non seulement à certaines personnes qui seraient surveillées en application de lois spécifiques, mais à tous les particuliers qui utilisent les communications électroniques. En plus, toutes les communications envoyées ou reçues seraient couvertes. Les mesures qui pourraient s'avérer utiles pour faire respecter la loi ne sont pas toutes souhaitables ou ne sauraient être toutes considérées comme une mesure nécessaire dans une société démocratique, en particulier si cela aboutit à l'enregistrement systématique de toutes les communications électroniques. La décision-cadre n'a fourni aucun argument de nature à persuader que la conservation des données de trafic à grande échelle de ce type constitue l'unique option viable pour lutter contre la criminalité ou protéger la sécurité nationale. Imposer aux opérateurs de conserver des données de trafic dont ils n'ont pas besoin à des fins propres constituerait une dérogation sans précédent au principe de finalité/but.

En ce qui concerne la durée de rétention des données de trafic, l'article 4 de la proposition de décision-cadre prévoit que la législation nationale de chaque Etat membre relative à la rétention des données de communication doit prévoir une période d'au moins douze mois et de maximum trente-six mois. Ce délai est supérieur à celui que le groupe de travail «Article 29» de protection des données estime acceptable du point de vue de l'exigence de proportionnalité, aussi bien dans son avis n° 5/2002 que dans son avis n° 9/2004.

Il est notable également que la Convention sur la cybercriminalité conclue au sein du

---

<sup>181</sup> Avis n° 9/2004 sur le projet de décision-cadre sur la conservation de données traitées et stockées en relation avec la mise à disposition de services de communications électroniques disponibles publiquement ou de données sur les réseaux de communications publiques aux fins de la prévention, l'étude, la détection et la poursuite des actes criminels, y compris le terrorisme. [proposition présentée par la France, l'Irlande, la Suède et la Grande-Bretagne (Document du Conseil 8958/04 du 28 avril 2004)], adopté le 9 novembre 2004, 11885/04/FR, WP 99.

Conseil de l'Europe en 2001<sup>182</sup> ne prévoit pas une telle possibilité de rétention généralisée des données. Elle contient un article 20 relatif à la collecte en temps réel des données relatives au trafic qui n'évoque que la collecte ou l'enregistrement de ces données «associées à des communications *spécifiques* transmises sur son territoire au moyen d'un système informatique». Le Rapport explicatif à cet instrument précise du reste qu'en vertu de cet article, «les données relatives au trafic doivent être associées à des communications spécifiques transmises sur le territoire de la Partie concernée. (...) Toutefois, les communications au titre desquelles les données relatives au trafic peuvent être collectées ou enregistrées doivent être spécifiées. Il s'ensuit que la Convention ne requiert ni n'autorise la surveillance et la collecte générales ou systématiques de quantités importantes de données relatives au trafic. Elle n'autorise pas non plus les «missions exploratoires» à la faveur desquelles on espère découvrir des activités criminelles, situation très différente des enquêtes ouvertes sur des cas précis d'agissements illicites. L'ordonnance judiciaire ou autre autorisant la collecte doit préciser les communications auxquelles se rapporte la collecte des données relatives au trafic en question».

Il est à tout le moins étonnant que la nécessité d'une rétention systématique et généralisée des données concernées pour une période de douze mois soit apparue à présent, avant même que la Convention sur la cybercriminalité n'ait trahi des insuffisances, et sans même qu'une étude ait pu être présentée sur la nécessité d'étendre les possibilités des services de maintien de l'ordre au-delà des possibilités que leur offrent les périodes actuelles de rétention des données de trafic.

L'article 6 de la proposition de décision-cadre est relatif à la protection des données:

Les Etats membres veillent à ce que la rétention de données effectuée en vertu de la présente décision-cadre respecte au minimum les principes de protection des données énoncés ci-après et ils établissent des voies de recours conformément aux dispositions du chapitre III de la directive 95/46/CE sur les recours juridictionnels, la responsabilité et les sanctions:

- a) les autorités compétentes ont accès aux données pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, au cas par cas et dans le respect du droit national; ces données ne seront pas traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités;
- b) les données sont adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités poursuivies. Elles sont traitées loyalement et licitement;
- c) les données auxquelles les autorités compétentes ont accès sont conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire à la réalisation des finalités pour lesquelles elles sont collectées ou pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement;
- d) la confidentialité et l'intégrité des données sont garanties;
- e) les données auxquelles l'accès est accordé sont exactes et toutes les mesures raisonnables doivent être prises pour que les données à caractère personnel qui sont inexactes, au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées ou pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement, soient effacées ou rectifiées.

Cette clause présente bien sûr de nombreux avantages puisqu'elle garantit que les principes de la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe seront appliqués à l'utilisation des données sur le trafic et la localisation conservées en vertu de la décision-cadre des autorités publiques dans le but de prévenir, d'enquêter, de découvrir et de poursuivre les crimes ou les délits criminels tels que le terrorisme. Cependant, il faudrait souligner que la conservation *en elle-même* de données traitées et stockées par les prestataires de services – et même avant que les autorités publiques y aient accès – interfère avec le droit à la vie privée auquel la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe et la directive

<sup>182</sup> Ouverte à la signature à Budapest le 23 novembre 2001 (S.T.C.E. n°185).

95/46/CE s'appliquent. Même si cette clause a été rédigée comme si seul l'accès des autorités publiques aux données conservées pouvait constituer une menace potentielle pour le droit à la vie privée et révélait donc peut-être une mauvaise compréhension des implications du droit à la vie privée, les exigences énumérées – et empruntées à la directive 95/46/CE – devraient en fait s'appliquer également au stockage des données par les prestataires de services.

### **Article 9. Droit de se marier et de fonder une famille**

Sous l'article 45 de la Charte, ce rapport examine du point de vue des droits fondamentaux la directive 2004/38/CE du 29 avril 2004 sur le droit des citoyens de l'Union et de leurs familles de circuler et de résider librement au sein du territoire des Etats membres. Cette disposition de la Charte n'est pas commentée dans le présent rapport. Il est renvoyé aux rapports nationaux ainsi qu'au *Rapport de synthèse : la situation des droits fondamentaux dans l'Union et ses Etats membres en 2004* contenant les conclusions et recommandations du Réseau pour l'année 2004.

### **Article 10. Liberté de pensée, de conscience et de religion**

Cette disposition de la Charte n'est pas commentée dans le présent rapport. Il est renvoyé aux rapports nationaux ainsi qu'au *Rapport de synthèse : la situation des droits fondamentaux dans l'Union et ses Etats membres en 2004* contenant les conclusions et recommandations du Réseau pour l'année 2004. Le lecteur est renvoyé également à l'Observation thématique n° 3 du Réseau d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux concernant le droit des minorités dans l'Union européenne.

### **Article 11. Liberté d'expression et d'information**

#### *Le pluralisme des médias*

L'article 11, § 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne affirme que «la liberté et le pluralisme des médias seront respectés». Pour le moment, la responsabilité de garantir le pluralisme des médias revient aux Etats membres. Il y a eu certaines réclamations en faveur d'une initiative européenne dans ce domaine. En effet, le Réseau d'Experts indépendants a remarqué que la directive 89/552/CEE du Conseil du 3 octobre 1989 sur la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires ou administratives dans les Etats membres concernant la poursuite d'activités de radiodiffusion télévisuelle<sup>183</sup>, qui ont ensuite été amendées par la directive 97/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997<sup>184</sup>, pourrait être modifiée afin de satisfaire les exigences de l'article 11(2) de la Charte.

Dans son Livre blanc de mai 2004 sur les services d'intérêt général<sup>185</sup>, la Commission européenne conclut cependant que,

en ce qui concerne le pluralisme des médias, la consultation publique [développée au départ du Livre vert sur les services d'intérêt général du 21 mai 2003<sup>186</sup>] a montré que,

<sup>183</sup> JO n° L 298 du 17.10.1989, p. 23.

<sup>184</sup> Directive 97/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 amendant la directive du Conseil 89/552/CEE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, JO n° L 202 du 30.07.1997, p. 60.

<sup>185</sup> COM(2004) 374 final du 12.05.2004, par. 4.6.

<sup>186</sup> COM(2003) 270 final, du 21.05.2003.

compte tenu des différences qui existent entre les Etats membres, il vaut mieux, à ce stade, laisser à ces derniers le soin de traiter la question. La Commission est d'accord et en conclut qu'il n'est pas opportun, pour l'instant, de présenter une initiative communautaire concernant le pluralisme. En même temps, elle continuera de suivre attentivement la situation.

Cependant, la directive 89/552/CEE du Conseil fera l'objet d'une évaluation en 2005. Bien que le Préambule de la directive mentionne «qu'il est essentiel pour les Etats membres de garantir la prévention de tout acte pouvant entraver la liberté de mouvement et de commerce dans les programmes télévisés ou pouvant encourager la création de positions dominantes qui mèneraient à des restrictions concernant le pluralisme et la liberté de l'information télévisée et du secteur de l'information dans son ensemble», la directive en elle-même ne comprend aucune clause concernant spécifiquement l'exigence selon laquelle les Etats membres doivent prendre certaines mesures pour garantir le maintien du pluralisme dans la radiodiffusion télévisuelle, alors que la directive comprend, par exemple, des clauses détaillées sur la protection des mineurs (article 22) ou sur le droit de réponse (article 23). Il peut être utile, au cours de cette évaluation, de prendre particulièrement en considération la valeur ajoutée que présenterait une détermination des exigences en matière de pluralisme des médias au niveau de la Communauté, surtout pour clarifier le cadre légal applicable aux initiatives prises par les Etats membres. Ces derniers ne devraient pas hésiter à adopter certaines réglementations dans ce domaine, même si elles pourraient être considérées comme des violations de la liberté de prester des services audiovisuels ou de la liberté d'expression des prestataires de ces services.

#### **Article 12. Liberté de réunion et d'association**

Cette disposition de la Charte n'est pas commentée dans le présent rapport. Il est renvoyé aux rapports nationaux ainsi qu'au *Rapport de synthèse : la situation des droits fondamentaux dans l'Union et ses Etats membres en 2004* contenant les conclusions et recommandations du Réseau pour l'année 2004.

#### **Article 13. Liberté des arts et des sciences**

Il y a lieu de renvoyer au commentaire figurant dans ce rapport sous l'article 3 de la Charte des droits fondamentaux.

Selon l'auteur de ce rapport, l'adoption le 25 janvier 2005 du Protocole additionnel de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine qui concerne la recherche biomédicale impliquerait qu'on devrait considérer comme justifiées les restrictions à la liberté de recherche scientifique, dans la mesure où ces restrictions ont pour but de s'assurer que les garanties de ce Protocole additionnel de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine sont pleinement respectées.

#### **Article 14. Droit à l'éducation**

Cette disposition de la Charte n'est pas commentée dans le présent rapport. Il est renvoyé aux rapports nationaux ainsi qu'au *Rapport de synthèse : la situation des droits fondamentaux dans l'Union et ses Etats membres en 2004* contenant les conclusions et recommandations du Réseau pour l'année 2004.



### **Article 15. Liberté professionnelle et droit de travailler**

Cette disposition de la Charte n'est pas commentée dans le présent rapport. Il est renvoyé aux rapports nationaux ainsi qu'au *Rapport de synthèse : la situation des droits fondamentaux dans l'Union et ses Etats membres en 2004* contenant les conclusions et recommandations du Réseau pour l'année 2004.

### **Article 16. Liberté d'entreprise**

#### *Les politiques des marchés publics*

Les Etats membres devraient être encouragés à inclure un souci de promouvoir le respect des droits fondamentaux dans le cadre des procédures d'attribution des marchés publics. La directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services<sup>187</sup> prévoit que les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger des conditions particulières concernant l'exécution du marché pour autant qu'elles soient compatibles avec le droit communautaire et qu'elles soient indiquées dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. Conformément à jurisprudence de la Cour de justice, l'article 26 de la directive prévoit que ces conditions peuvent notamment viser des considérations sociales et environnementales. Le considérant 33 du Préambule précise à cet égard que:

les conditions d'exécution d'un marché sont compatibles avec la présente directive pour autant qu'elles ne soient pas directement ou indirectement discriminatoires et qu'elles soient annoncées dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. Elles peuvent, notamment, avoir pour objet de favoriser la formation professionnelle sur chantier, l'emploi de personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion, de lutter contre le chômage ou de protéger l'environnement. A titre d'exemple, on peut citer, notamment, les obligations — applicables à l'exécution du marché — de recruter des chômeurs de longue durée ou de mettre en œuvre des actions de formation pour les chômeurs ou les jeunes, de respecter en substance les dispositions des conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT) dans l'hypothèse où celles-ci n'auraient pas été mises en œuvre dans le droit national, de recruter un nombre de personnes handicapées qui irait au-delà de ce qui est exigé par la législation nationale.

Ces possibilités sont importantes et les Etats devraient être encouragés à y recourir. Cependant, elles concernent uniquement les conditions d'exécution du contrat; elles ne s'étendent pas à la sélection des candidats ou des soumissionnaires. La directive n'autorise pas les Etats membres à exclure de la participation à un marché public les opérateurs économiques qui soit prennent l'engagement de respecter, de faire respecter et de protéger les droits de l'homme dans leur sphère d'activité et d'influence, et acceptent de se soumettre à des mécanismes de contrôle qui permettent de vérifier cet engagement, soit ont été condamnés par un jugement revêtu de l'autorité de la chose jugée pour certaines violations des droits fondamentaux, par exemple pour la violation des règles nationales qui mettent en œuvre les principes et droits fondamentaux au travail identifiés dans la Déclaration adoptée en 1998 par la Conférence internationale du travail. Aucun obstacle de principe, pourtant, ne paraît s'opposer à l'adoption d'un tel critère de sélection. La directive 2004/18/CE prévoit déjà que les opérateurs économiques doivent être exclus lorsqu'ils ont participé à une organisation criminelle ou se sont rendus coupables de corruption ou de fraude aux intérêts financiers des Communautés ou de blanchiment de capitaux (article 45, § 1<sup>er</sup>), et qu'ils peuvent être exclus lorsqu'ils ont violé les règles nationales assurant la transposition des directives 2000/78/CE

---

<sup>187</sup> JO n° L 134 du 30.04.2004, p. 114.

ou 76/207/CEE (article 45, § 2, c) et d)). Le considérant 43 du Préambule de la directive précise à cet égard que:

il convient d'éviter l'attribution de marchés publics à des opérateurs économiques qui ont participé à une organisation criminelle ou qui se sont rendus coupables de corruption ou de fraude au détriment des intérêts financiers des Communautés européennes ou de blanchiment de capitaux. (...) L'exclusion de tels opérateurs économiques devrait intervenir lorsque le pouvoir adjudicateur a connaissance d'un jugement concernant de pareils délits rendu conformément au droit national et ayant un caractère définitif qui lui confère l'autorité de la chose jugée. Si le droit national contient des dispositions à cet effet, le non-respect de la législation environnementale ou de celle des marchés publics en matière d'entente illicite, ayant fait l'objet d'un jugement à caractère définitif ou d'une décision ayant des effets équivalents, peut être considéré comme un délit affectant la moralité professionnelle de l'opérateur économique ou comme une faute grave.

Selon ce même considérant, le non-respect des dispositions nationales ayant transposé les directives 2000/78/CE<sup>188</sup> ou 1976/207/CEE<sup>189</sup> dûment constatée par un jugement passé en force de chose jugée peut constituer pareil délit affectant la moralité professionnelle de l'opérateur économique ou une faute grave, au sens de l'article 45, § 2, c) ou d), de la directive.

Bien que la directive 2004/18/CE représente un incontestable progrès dans la responsabilisation des entreprises au regard des droits fondamentaux, il est permis de regretter le caractère encore timide de ces dispositions. Il y a lieu de s'étonner, en particulier, de ce que la directive 2000/43/CE ne soit pas traitée de manière équivalente aux directives 2000/78/CE ou 76/207/CEE, et de ce que les Etats membres ne puissent subordonner la sélection des candidats ou soumissionnaires de marchés publics à des conditions tenant au respect des droits de l'homme, pourvu que, dans les mécanismes qu'ils pourraient créer à cette fin, ils se conforment pleinement aux principes généraux de non-discrimination et de transparence.

### **Article 17. Droit de propriété**

Cette disposition de la Charte n'est pas commentée dans le présent rapport. Il est renvoyé aux rapports nationaux ainsi qu'au *Rapport de synthèse : la situation des droits fondamentaux dans l'Union et ses Etats membres en 2004* contenant les conclusions et recommandations du Réseau pour l'année 2004.

### **Article 18. Droit d'asile**

*Identification des personnes pouvant bénéficier du statut de réfugié ou ayant droit à une protection subsidiaire*

La directive 2004/83/CE du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants de pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts a été formellement adoptée par

<sup>188</sup> 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 (JO n° L 303 du 02.12.2000, p. 16).

<sup>189</sup> Directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976 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 (JO n° L 39 du 14.02.1976, p. 40). directive modifiée par la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil (JO n° L 269 du 05.10.2002, p. 15).

le Conseil à la veille de la période de cinq ans après l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam fixée par celui-ci<sup>190</sup>. Ce texte résulte d'une proposition de la Commission présentée initialement en septembre 2001<sup>191</sup>. Il établit des normes minimales en ce qui concerne la qualification des personnes pouvant prétendre au statut de réfugié ou qui doivent se voir accorder une protection internationale à titre subsidiaire, laissant les Etats membres libres, en principe, de maintenir ou d'établir des dispositions plus favorables aux personnes concernées (article 3). Cela est conforme à l'article 63, 1), c) et 2), a), CE, qui en constitue la base juridique. Il faut cependant souligner d'emblée l'ambiguïté de cette référence à l'adoption par le Conseil de normes «minimales», dans un contexte où l'attribution à l'Union de la matière de l'asile, ensuite ancrée dans le Traité CE, se justifie par le souci d'éviter une érosion du droit d'asile en présence de régimes différents d'Etat membre à Etat membre, les Etats les plus généreux dans la reconnaissance de la qualité de réfugié risquant d'attirer un nombre plus important de demandeurs d'asile. Le raisonnement même qui a justifié, à l'origine, l'eupéanisation de l'asile, implique que la tentation des Etats membres sera, à la suite de l'adoption de la directive 2004/83/CE, d'aligner leur législation nationale sur les seuils minima de protection qu'elle définit. Toute tentative d'élargir les conditions de reconnaissance de la qualité de réfugié crée en effet le risque d'augmenter la pression sur des systèmes d'octroi de la qualité de réfugié qui, à la fin des années quatre-vingt-dix en particulier, ont été mis à l'épreuve. Il serait regrettable, bien qu'il soit prévisible, que la transposition de la directive constitue dans certains Etats le prétexte à abaisser les niveaux de protection déjà offerts dans leurs législations nationales aux personnes qui prétendent à la qualité de réfugié ou qui réclament une autre forme de protection internationale.

Du point de vue de l'article 18 de la Charte des droits fondamentaux, la directive 2004/83/CE du 29 avril 2004 appelle les commentaires suivants.

*1° La reconnaissance formelle de la protection subsidiaire.* L'adoption de la directive 2004/83/CE peut être saluée comme une avancée du droit d'asile dans la législation européenne, en dépit de cette réserve fondamentale<sup>192</sup>. Le premier mérite du texte consiste dans la reconnaissance formelle dans le droit communautaire du statut de la protection subsidiaire, que l'article 2, e), reconnaît à

tout ressortissant d'un pays tiers ou tout apatride qui ne peut être considéré comme un réfugié, mais pour lequel il y a des motifs sérieux et avérés de croire que la personne concernée, si elle était renvoyée dans son pays d'origine ou, dans le cas d'un apatride, dans le pays dans lequel il avait sa résidence habituelle, courrait un risque réel de subir les atteintes graves définies à l'article 15 [il s'agit de a) la peine de mort ou l'exécution, ou b) la torture ou des traitements ou sanctions inhumains ou dégradants infligés à un demandeur dans son pays d'origine, ou c) des menaces graves et individuelles contre la vie ou la personne d'un civil en raison d'une violence aveugle ou en cas de conflit armé interne ou international], l'article 17, paragraphes 1<sup>er</sup> et 2 [prévoyant des clauses d'exclusion de la qualité de réfugié], n'étant pas applicable à cette personne, et cette personne ne pouvant pas ou, compte tenu de ce risque, n'étant pas disposée à se prévaloir de la protection de ce pays.

Le droit communautaire impose ainsi une obligation de protection internationale subsidiaire de la protection due au réfugié conformément à la Convention de Genève du 28 juillet 1951. Cependant, le texte prévoit la possibilité d'une cessation de ce statut «lorsque les circonstances qui ont justifié l'octroi de cette protection cessent d'exister ou ont évolué dans une mesure telle que cette protection n'est plus nécessaire», les Etats membres tenant compte à cet égard du «changement de circonstances, en déterminant s'il est suffisamment important

<sup>190</sup> JO n° L 304 du 30.09.2004, p. 12.

<sup>191</sup> COM(2001)510 du 12 septembre 2001.

<sup>192</sup> Voir par exemple ECRE, Note d'information sur la directive 2004/83, IN1/10/2004

et non provisoire pour que la personne pouvant bénéficier de la protection subsidiaire ne coure plus de risque réel de subir des atteintes graves» (article 16). D'autre part, le candidat à une protection internationale est exclu du statut de la protection subsidiaire «s'il existe des motifs sérieux de considérer: a) qu'il a commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes; b) qu'il a commis un crime grave de droit commun; c) qu'il s'est rendu coupable d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations unies tels qu'ils sont énoncés dans le Préambule et aux articles 1<sup>er</sup> et 2 de la charte des Nations unies; d) qu'il représente une menace pour la société ou la sécurité de l'Etat membre dans lequel il se trouve» ou qu'il a participé à de tels actes (article 17). Cette clause d'exclusion est naturellement inspirée de la clause semblable que contient, en ce qui concerne les personnes prétendant à la qualité de réfugié, l'article 1<sup>er</sup>, F, de la Convention de Genève. Cependant, l'application de cette clause à des personnes qui ne peuvent faire l'objet d'un éloignement vers leur pays d'origine ou vers un pays tiers sûr conduit à ce que ces personnes demeureront sur le territoire de l'Etat d'accueil sans disposer d'un statut précis, et potentiellement sans que l'Etat en cause se reconnaisse la moindre obligation envers elles.

Bien que l'introduction d'un statut spécifique pour les personnes reconnues comme devant bénéficier d'une protection internationale soit bienvenue, les conditions dans lesquelles cette introduction est opérée dans le droit communautaire appelle deux réserves:

- Il importe d'abord de souligner que ce statut demeure *subsidiaire* du statut de réfugié dans la définition qu'en donne la Convention de Genève du 28 juillet 1951. L'existence d'un statut de protection subsidiaire ne saurait dispenser les Etats membres de reconnaître en tant que réfugiés les personnes correspondant à cette définition, sauf lorsque les personnes concernées expriment de manière explicite leur souhait de ne pas se voir accorder ce statut. Toute demande de protection internationale devrait d'abord donner lieu à un examen au regard de la définition du réfugié que donne la Convention de Genève, et il n'y a lieu d'envisager d'accorder un statut de protection subsidiaire que si la personne en quête de protection ne correspond pas à cette définition ou a manifesté clairement son souhait de ne pas se voir reconnaître en tant que réfugié.
- On peut en outre regretter la différenciation opérée par le texte entre les deux statuts ainsi établis par le droit communautaire, celui de réfugié au titre de la Convention de Genève et celui de réfugié au titre de la protection subsidiaire. Tant pour l'accès à l'emploi (immédiat pour les premiers et conditionnels pour les seconds selon les termes de l'article 26, § 3), que pour la durée de séjour (trois ans renouvelable contre un selon l'article 24), la différenciation en trouve aucune justification rationnelle autre que politique. Elle est d'ailleurs contredite par certains Etats membres, comme la Suède ou la Finlande, qui pratiquent l'égalité de droit en la matière.

2° *Conditions de reconnaissance de la qualité de réfugié.* Les articles 5 à 10 de la directive 2004/83/CE définissent les conditions auxquelles une personne qui y prétend doit se voir reconnaître la qualité de réfugié. Ces dispositions constituent en réalité une interprétation de l'article 1<sup>er</sup>, A, 2, de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, sur laquelle les Etats membres de l'Union européenne acceptent de s'aligner. Le risque de pareille codification est que cette interprétation se fige, alors qu'elle devrait, par nature, être évolutive, capable en particulier de s'adapter à l'apparition de nouvelles menaces de persécution, et de s'aligner sur les recommandations du Haut Commissariat aux réfugiés des Nations unies, dont l'article 35 de la Convention de Genève reconnaît le rôle dans la surveillance de l'application de cette convention. C'est le sens du commentaire que fait le HCR de la directive 2004/83/CE, lorsqu'il note que la Convention de Genève relatif au statut des réfugiés est un instrument multilatéral à l'application universelle. Pour maintenir le caractère international de la Convention, le HCR appelle les Etats membres de l'Union européenne à «prendre en compte les accords communs conclus lors des forums

internationaux, en particulier le Comité exécutif du HCR des Nations unies et le développement de la pratique étatique en dehors de l'Union européenne lorsqu'ils interprètent la Convention». <sup>193</sup> Bien que cela puisse être déduit des considérants 15 et 16 du Préambule de la directive, il eût été souhaitable qu'une clause soit inscrite dans la directive prévoyant que les dispositions de celles-ci sont sans préjudice des obligations plus importantes qui pourraient découler pour les Etats membres de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés, et de l'interprétation dont elle fait l'objet <sup>194</sup>.

Il est en outre permis de regretter que, confirmant sur ce point l'approche adoptée par les Etats membres de l'Union européenne depuis l'adoption du Protocole sur le droit d'asile pour les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne annexé au Traité CE par le Traité d'Amsterdam, la notion de «réfugié» soit réservée aux ressortissants de pays tiers ou aux apatrides, et ne s'étende pas par conséquent aux ressortissants des Etats membres de l'Union européenne (article 2, c) de la directive). La confiance mutuelle que les Etats membres s'accordent ne saurait justifier qu'ils limitent ainsi la portée des obligations internationales qu'ils ont acceptées en adhérant à la Convention de Genève.

Sur le fond des articles 5 à 10 de la directive 2004/83/CE, il y a lieu d'attirer l'attention sur les clauses suivantes:

- Bien qu'en principe la directive reconnaisse que la crainte fondée d'être persécuté ou un risque réel de subir des atteintes graves puisse s'appuyer sur des événements ayant eu lieu depuis le départ du demandeur du pays d'origine (article 5, § 1<sup>er</sup>), l'article 5, § 3, prévoit que «les Etats membres peuvent déterminer qu'un demandeur qui introduit une demande ultérieure ne se voit normalement pas octroyer le statut de réfugié, si le risque de persécutions est fondé sur des circonstances que le demandeur a créées de son propre fait depuis son départ du pays d'origine». Cette clause devrait être interprétée conformément aux libertés d'expression et de réunion pacifique, notamment, que reconnaissent les articles 11 et 12 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Cela implique que la qualité de réfugié ne devrait pas pouvoir être refusée à une personne qui s'en réclame, lorsque la crainte de persécution qui justifie sa demande résulte de l'exercice qu'elle a fait de ces libertés, sur le territoire de l'Etat d'accueil. De manière plus générale, on ne peut que rejoindre l'appréciation que porte sur cette clause de la directive le HCR, qui relève que

il n'existe aucun lien logique ou empirique entre le bien-fondé de la crainte d'être persécuté ou de subir de sérieux dommages et le fait que la personne puisse avoir agi de façon à pouvoir demander le statut de réfugié. La Convention de 1951 ne comporte aucune clause explicite ou implicite selon laquelle sa protection ne peut pas être accordée aux personnes dont les demandes d'asile résultent d'actions commises à l'étranger. Par conséquent, l'expression «sans porter atteinte à la Convention de Genève» de l'article 5(3) nécessiterait ce type d'approche.

- L'article 6 de la directive 2004/83/CE prévoit que les persécutions ou les atteintes graves aux droits de l'homme dont le risque justifie la reconnaissance de la qualité de réfugié peuvent être le fait d'acteurs non étatiques. Cette précision est bienvenue, dès lors qu'elle va au-delà de l'interprétation, plus restrictive sur la question de l'identité des agents de persécution, que certains Etats membres avaient faite jusqu'à présent de la Convention de Genève. Cependant, cette extension n'est admise que si l'Etat ou des partis ou organisations

<sup>193</sup> HCR des Nations unies, Commentaires annotés sur la directive 2004/83/CE du Conseil de la CE du 29 avril 2004 sur les normes minimales en matière de qualification et de statut des ressortissants de pays tiers et des apatrides en tant que réfugiés ou que personnes ayant besoin d'une protection internationale et sur le contenu de la protection garantie, janvier 2005.

<sup>194</sup> Dans son commentaire de la directive 2004/83/CE, le HCR recommande que les lois nationales de transposition fassent référence explicitement à la nécessité de tenir compte, dans l'interprétation de celles-ci, des recommandations qu'il fait au départ de la Convention de Genève.

qui contrôlent l'Etat ou une partie importante du territoire de celui-ci, y compris les organisations internationales, «ne peuvent pas ou ne veulent pas accorder une protection contre les persécutions ou les atteintes graves (...)».

Bien que, comme l'Etat, les partis ou organisations, y compris les organisations internationales, ne seront considérés comme pouvant offrir une protection adéquate contre le risque de persécution que dans la mesure où ces acteurs «prennent des mesures raisonnables pour empêcher la persécution ou des atteintes graves, notamment lorsqu'ils disposent d'un système judiciaire effectif permettant de déceler, de poursuivre et de sanctionner les actes constituant une persécution ou une atteinte grave, et lorsque le demandeur a accès à cette protection» (article 7, § 2), l'assimilation à l'Etat d'acteurs non étatiques (partis ou organisations, y compris organisations internationales) censés pouvoir offrir une protection équivalente à celle que devrait en principe pouvoir offrir l'Etat, n'est justifiée qu'en partie. Les situations où, en l'absence d'un Etat organisé, notamment à la suite d'un conflit armé, des organisations internationales assument une partie des fonctions étatiques, illustrent qu'elles sont le plus souvent dans l'incapacité de véritablement offrir cette protection effective, ne disposant pas de tous les éléments constitutifs de la souveraineté sur le territoire dont elles assurent en partie la gestion. Le HCR estime ainsi «inapproprié de la part des organisations internationales de vouloir atteindre le niveau de protection nationale des Etats en exerçant une certaine autorité administrative et un contrôle sur le territoire sur une base transitoire ou temporaire. D'après le droit international, les organisations internationales n'ont pas les mêmes attributions qu'un Etat. En pratique, cela signifie aussi que leur capacité à appliquer la règle du droit est souvent très problématique. Pour déterminer le niveau de protection existant, il est nécessaire d'évaluer l'accessibilité et l'efficacité de la protection pour prévenir la persécution dans un cas individuel au lieu de faire une référence générale aux garants potentiels de cette protection ou à l'existence d'un système légal dans un pays déterminé»<sup>195</sup>. Les orientations du Conseil, qui, selon l'article 7, § 3, de la directive doivent servir à déterminer «si une organisation internationale contrôle un Etat ou une partie importante de son territoire et si elle fournit une protection» suffisante<sup>196</sup>, devraient tenir compte de cette différence fondamentale.

Bien qu'elle demeure conditionnée à leur capacité de fournir une protection jugée suffisante sur une partie importante du territoire national du pays d'origine, l'assimilation à l'Etat d'acteurs non étatiques (partis ou organisations, y compris organisations internationales) censés pouvoir offrir une protection équivalente à celle que devrait en principe pouvoir offrir l'Etat est d'autant plus problématique si on la relie à l'article 8, § 1<sup>er</sup>, de la directive, qui évoque la possibilité de fuite interne («internal flight alternative») dans les termes suivants:

Dans le cadre de l'évaluation de la demande de protection internationale, les Etats membres peuvent déterminer qu'un demandeur n'a pas besoin de protection internationale lorsque, dans une partie du pays d'origine, il n'y a aucune raison de

<sup>195</sup> HCR des Nations unies, note sur les principaux motifs d'inquiétude liés au projet de directive de qualification. Voir aussi les commentaires du Conseil européen sur les réfugiés et les exilés à propos de la proposition de directive du Conseil sur les normes minimales en matière de qualification et de statut des ressortissants de pays tiers et des apatrides en tant que réfugiés ou que personnes ayant besoin d'une protection internationale, p. 6; mémorandum de Guy S. Goodwin-Gill, professeur de droit international des réfugiés, Université d'Oxford, et Agnès Hurwitz, Centre d'étude des réfugiés, Université d'Oxford. § 12, in *House of Lords, Select Committee on the European Union, Defining Refugee Status and Those in Need of International Protection*, 28<sup>e</sup> rapport, session 2001-2002.

<sup>196</sup> Le Conseil a accompagné sa décision d'une déclaration jointe au procès-verbal du Conseil du 29 avril spécifiant que «aux fins de l'application de l'article 7, le Conseil, compte tenu des informations communiquées par les organisations internationales compétentes, s'efforcera de fournir des orientations permettant de déterminer si une organisation internationale contrôle effectivement un Etat ou une partie importante de son territoire et si cette organisation internationale fournit une protection contre la persécution ou les atteintes graves, en se fondant sur une évaluation de la situation dans l'Etat ou le territoire concerné» (Doc. 8990/04, ADD 1 REV 1 COR 1, 29.05.2004).

craindre d'être persécuté ni aucun risque réel de subir des atteintes graves et qu'il est raisonnable d'estimer que le demandeur peut rester dans cette partie du pays.

Si tel est le cas, le renvoi du demandeur de protection est possible nonobstant l'existence d'obstacles techniques au retour vers le pays d'origine» (article 8, § 3). Cela signifie que la qualité de réfugié ne devra pas être reconnue à la personne qui, bien que pouvant craindre avec raison la persécution pour un des motifs qu'énumère l'article 1, A, 2, de la Convention de Genève si elle retourne dans son pays d'origine, a néanmoins la possibilité de retourner dans certaines zones de ce pays dont la stabilité sera préservée par la présence d'une organisation internationale, y compris s'il existe des obstacles techniques à de déplacement interne. Mais l'alternative de la fuite interne ne saurait, conformément à la Convention de Genève, exclure qu'une personne doive être reconnue comme réfugié que lorsque cette alternative est praticable: ainsi que le Comité européen pour les réfugiés et les exilés (ECRE) l'a noté, «une évaluation de la protection intérieure existante implique forcément de savoir si le demandeur peut atteindre la région proposée physiquement, en toute sécurité et de manière légale. Si l'accès est impossible dans la pratique, alors il n'existe aucune alternative de protection intérieure»<sup>197</sup>. Les lois nationales assurant la transposition de la directive devraient préciser que l'alternative de la fuite interne dans le pays d'origine ne saurait justifier le refus de reconnaissance de la qualité de réfugié que si, d'une part, ce déplacement interne constitue une alternative réaliste, ce qui suppose réunies des conditions à la fois juridiques et pratiques, et si, d'autre part, il n'est pas de nature à imposer des conséquences négatives disproportionnées au demandeur d'asile concerné.

• La Convention de Genève prévoit que la crainte de persécution fondée sur l'appartenance à un groupe social justifie la reconnaissance de la qualité de réfugié. L'article 10, d), de la directive 2004/83/CE dit que:

un groupe est considéré comme un certain groupe social lorsque, en particulier:

- ses membres partagent une caractéristique innée ou une histoire commune qui ne peut être modifiée, ou encore une caractéristique ou une croyance à ce point essentielle pour l'identité ou la conscience qu'il ne devrait pas être exigé d'une personne qu'elle y renonce, et
- ce groupe a son identité propre dans le pays en question parce qu'il est perçu comme étant différent par la société environnante.

L'interprétation habituelle de la Convention de Genève est moins restrictive, puisqu'elle considère que ces deux conditions ne sont pas cumulatives, ainsi que les présente la directive, mais alternatives. Le HCR a proposé la définition suivante du «groupe social» tel qu'il apparaît à l'article 1, A, 2, de la Convention de Genève: «un groupe social particulier est un groupe de personnes qui partagent une caractéristique commune autre que le risque d'être persécutées ou que la société considère comme un groupe. Cette caractéristique sera souvent innée, immuable ou en tout cas fondamentale pour l'identité, la conscience ou l'exercice des droits fondamentaux»<sup>198</sup>.

3° *Exclusion du statut de réfugié*. L'article 12, § 2, de la directive 2004/83/CE prévoit que

Tout ressortissant d'un pays tiers ou apatride est exclu du statut de réfugié lorsqu'il y a des raisons sérieuses de penser:

a) qu'il a commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre

<sup>197</sup> Commentaires du Conseil européen sur les réfugiés et les exilés sur les propositions de directive du Conseil sur les normes minimales en matière de qualification et de statut des ressortissants de pays tiers et des apatrides en tant que réfugiés ou que personnes ayant besoin d'une protection internationale, N1/10/2004, p. 8.

<sup>198</sup> HCR des Nations unies, lignes directrices sur la protection internationale, «Appartenance à un groupe social particulier dans le cadre de l'article 1A(2) de la Convention de 1951 et/ou de son Protocole de 1967 relatif au statut des réfugiés», HCR/GIP/02/02, 7 mai 2002, § 11.

l'humanité au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes;

b) qu'il a commis un crime grave de droit commun en dehors du pays de refuge avant d'être admis comme réfugié, *c'est-à-dire avant la date d'obtention du titre de séjour délivré sur la base du statut de réfugié; les actions particulièrement cruelles, même si elles sont commises avec un objectif prétendument politique, pourront recevoir la qualification de crimes graves de droit commun;*

c) qu'il s'est rendu coupable d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations unies tels qu'ils figurent dans le Préambule et aux articles 1<sup>er</sup> et 2 de la charte des Nations unies.

Les passages indiqués en italiques aboutissent à élargir les causes d'exclusion de la qualité de réfugié par rapport à l'exception, d'interprétation en principe restrictive, que contient l'article 1, F, de la Convention de Genève du 28 juillet 1951. La notion d'action «particulièrement cruelle», bien qu'elle vise à exclure la possibilité que des personnes s'étant rendues coupables d'actes terroristes puissent revendiquer la qualité de réfugié, est particulièrement vague. Il faudra veiller à ce que cette notion ne puisse être utilisée abusivement afin de refuser le statut de réfugié à des personnes pouvant craindre d'être persécutées pour leurs opinions politiques et ayant traduit ces opinions par des actes réprimés pénalement dans leur pays d'origine. Rappelant ses prises de position antérieures à cet égard<sup>199</sup>, le HCR note, dans son commentaire de la directive 2004/83/CE, que

une interprétation du langage utilisé dans l'article 1, F, (c) pour y inclure les actes de «terrorisme» sans définir correctement ce terme risque de mener à une application trop extensive de cette clause d'exclusion particulière, surtout quand on sait qu'il n'existe aucune définition claire ou universellement admise de la notion de «terrorisme». Dans le but d'interpréter et d'appliquer l'article 1, F, (c), seuls les actes se trouvant dans le champ d'action des Résolutions des Nations unies relatives aux mesures de lutte contre le terrorisme ayant des conséquences au niveau international en raison de leur gravité, de leur impact international et de leurs implications pour la paix et la sécurité internationales devraient donner lieu à une exclusion en vertu de cette clause.<sup>200</sup>

4° *La révocation du statut de réfugié.* En ce qui concerne le statut de réfugié, l'article 14, § 4, de la directive 2004/83/CE prévoit la possibilité de sa *révocation* «a) lorsqu'il existe des motifs raisonnables de [...] considérer [le réfugié] comme une menace pour la sécurité de l'Etat membre dans lequel il se trouve; b) que, ayant été condamné en dernier ressort pour un crime particulièrement grave, il constitue une menace pour la société de cet Etat membre». Bien qu'il appartienne à l'Etat de prouver que les circonstances permettant de révoquer la qualité de réfugié sont réunies (article 14, § 2), cela constitue en fait un élargissement des clauses d'exclusion du statut que la Convention de Genève définit de manière limitative à son article 1, F. Pour autant que, ce faisant, ils ne violent pas leurs obligations internationales – notamment celles résultant des articles 2 et 3 de la Convention européenne des droits de l'homme –, les Etats membres pourront renvoyer des personnes à qui le statut de réfugié aura été retiré en vertu de l'article 14, § 4, de la directive. Ils sont cependant tenus de se conformer aux garanties que la Convention de Genève reconnaît aux réfugiés faisant l'objet d'une mesure d'éloignement pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public, notamment les garanties de procédure visées à l'article 32, § 2, de la Convention de Genève (article 14, § 6, de la directive 2004/83/CE).

<sup>199</sup> HCR des Nations unies, «Notes de fond sur l'application des clauses d'exclusion: article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés», 4 septembre 2003, par. 46 à 49.

<sup>200</sup> Le HCR des Nations unies a annoté des commentaires sur la directive 2004/83/CE du Conseil de la CE du 29 avril 2004 sur les normes minimales en matière de qualification et de statut des ressortissants de pays tiers et des apatrides en tant que réfugiés ou que personnes ayant besoin d'une protection internationale et sur le contenu de la protection garantie, janvier 2005.



La formulation actuelle de l'article 14, § 4, de la directive confond la *révocation* du statut de réfugié, que la Convention de Genève admet dans des circonstances limitativement définies à l'article 1, F, afin d'éviter que la protection internationale due aux réfugiés bénéficie à des personnes s'étant rendues coupables de crimes de droit international ou fasse obstacle à ce que des poursuites puissent être engagées en cas de graves crimes de droit commun, avec la possibilité, sous certaines conditions, de *refoulement*, lorsque cela est justifié par la nécessité de protéger la communauté de l'Etat d'accueil (article 33, § 2, de la Convention de Genève). En fait, la directive étend les circonstances possibles de révocation du statut de réfugié, y assimilant les circonstances où la Convention de Genève admet seulement une exception au principe de *non-refoulement* énoncé à l'article 33. Une lecture de la directive conforme à la Convention de Genève conduit à considérer que le réfugié dont le statut a été «révoqué», car, aux termes de l'article 14, § 4, de la directive, il existe des motifs raisonnables de le considérer comme une menace pour la sécurité de l'Etat membre dans lequel il se trouve, ou que, ayant été condamné en dernier ressort pour un crime particulièrement grave, il constitue une menace pour la société de cet Etat membre, doit continuer à bénéficier de l'ensemble des droits reconnus aux réfugiés tant qu'il demeure sur le territoire de l'Etat d'accueil. Cette «révocation» doit s'entendre comme un refus d'accorder l'asile, plutôt que comme une remise en cause du statut de réfugié au sens de l'article 1, A, 2, de la Convention de Genève.

5° *Le droit à une protection subsidiaire et le risque indiscriminé d'atteintes graves aux droits de l'homme.* L'article 15, c), de la directive 2004/83/CE inclut parmi les atteintes graves aux droits de l'homme dont le risque justifie l'octroi d'une protection subsidiaire des «menaces graves et individuelles contre la vie ou la personne d'un civil en raison d'une violence aveugle ou en cas de conflit armé interne ou international». Le texte anglais de la directive évoque «serious and individual threat to a civilian's life or person by reason of indiscriminate violence in situations of international or internal armed conflict». La version anglaise est plus restrictive, puisqu'elle paraît restreindre aux situations de conflit armé interne ou international les hypothèses où une violence aveugle (ou «indiscriminée») peut justifier l'octroi de la protection subsidiaire. Le texte français permet au contraire d'envisager d'autres situations de violence aveugle, par exemple en cas de conflits ethniques ne prenant pas la forme d'un conflit armé interne, mais plutôt celle d'émeutes ou de violences commises par un groupe de la population à l'égard d'un autre. Dans la mise en œuvre de la directive, il s'imposera de tenir compte de cette dernière version, qui est plus conforme à l'objectif qui consiste à traduire, à travers la notion de protection subsidiaire, les obligations découlant pour les Etats notamment des articles 2 et 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme confirme qu'il découle de ces dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme qu'une protection subsidiaire doit être accordée aux personnes qui craignent d'être exécutées, ou de subir des tortures ou des traitements inhumains ou dégradants, que l'on se trouve en situation de conflit armé ou non<sup>201</sup>. C'est d'ailleurs également une telle interprétation que le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a recommandée aux Etats membres. Sa recommandation (2001)18 du 27 novembre 2001 sur la protection subsidiaire fait mention de «raisons de violence généralisée résultant de situations telles que des conflits armés», sans restreindre de telles raisons à ces dernières situations<sup>202</sup>.

<sup>201</sup> Voir C.E.D.H., arrêt *H.L.R. c. France* du 29 avril 1997.

<sup>202</sup> Le paragraphe 1<sup>er</sup> de la recommandation Rec(2001)18 du Comité des ministres aux Etats membres relative à la protection subsidiaire adoptée par le Comité des ministres le 27 novembre 2001 lors de la 774<sup>e</sup> réunion des Délégués des ministres définit cette forme de protection: «La protection subsidiaire devrait être accordée par les Etats membres à une personne qui, sur la base d'une décision prise au cas par cas par les autorités compétentes, ne satisfait pas aux critères du statut des réfugiés de la Convention de 1951 et de son Protocole de 1967, mais qui se trouve être en besoin de la protection internationale:

- parce qu'elle est exposée à un risque de torture ou de peines ou traitements inhumains ou dégradants dans son pays d'origine; ou
- parce qu'elle a été forcée de fuir son pays d'origine ou de rester hors du pays d'origine à la suite d'une menace à sa vie, sa sécurité ou sa liberté, pour des raisons de violence généralisée résultant de situations telles que des conflits armés, ou

Pour les mêmes motifs, il y a lieu d'interpréter l'expression de «menaces individuelles» comme formulant l'exigence que la personne qui demande à pouvoir bénéficier de la protection subsidiaire court le risque réel de subir elle-même les atteintes graves qu'elle dit craindre, sans y inclure une exigence d'*individualisation*, c'est-à-dire sans qu'il soit imposé que le candidat au statut de protection subsidiaire se distingue, par sa situation propre, de l'ensemble des membres d'une catégorie déterminée de la population<sup>203</sup>. Cela n'est pas contredit par le considérant 26 du Préambule. En énonçant que «les risques auxquels la population d'un pays ou une partie de la population est généralement exposée ne constituent normalement pas en eux-mêmes des menaces individuelles à qualifier d'atteintes graves», celui-ci ne fait qu'énoncer une règle relative à la charge de la preuve, sans que cela doive influencer l'étendue de la protection accordée: le fait que des risques généralisés ne suffisent pas à établir l'existence de menaces individuelles ne signifie pas que l'individu demandeur de protection internationale doit établir qu'il est menacé autrement que tout autre membre du groupe auquel il appartient, mais uniquement qu'il lui appartient d'établir qu'il est, effectivement, lui-même menacé, le cas échéant au même titre que tout autre membre de ce groupe. Ce point de vue est partagé par le HCR dans ses commentaires de la directive 2004/83/CE, qui relève que, conformément à l'intention ayant guidé sur ce point la proposition initiale présentée par la Commission<sup>204</sup>, le considérant 26 du Préambule

doit être interprété à la lumière de l'intention explicite de ses rédacteurs de fournir, en vertu de cette directive, une protection allant au-delà de l'article 1<sup>er</sup> de la Convention de 1951. L'article 15(c) prévoit la base légale garantissant la protection subsidiaire/complémentaire aux personnes fuyant en raison d'une menace grave et individuelle pesant sur leur vie ou d'une violence généralisée en situation de conflit armé. Une interprétation qui n'étendrait pas la protection aux personnes sur qui pèsent des menaces graves et individualisées si ces personnes constituent une partie plus importante de la population touchée par les mêmes risques serait en contradiction avec l'esprit de l'article 15(c), mais aussi avec ses termes explicites. De plus, cette interprétation pourrait donner lieu à un manque inacceptable de protection qui ne serait pas conforme au droit international des réfugiés et des droits fondamentaux.<sup>205</sup>

6° *Conclusion*. La directive 2004/83/CE du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants de pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, n'opère qu'une harmonisation très partielle des critères de reconnaissance de la qualité de réfugié. D'une part, elle ne fixe que des normes minimales. Les Etats membres demeurent libres de maintenir ou

---

– pour d'autres raisons reconnues par la législation ou la pratique de l'Etat membre et que, pour ces motifs, son retour vers son pays d'origine est impossible».

<sup>203</sup> C.E.D.H., arrêt *Vilvarajah et al. c. Royaume-Uni* du § 111: «Les preuves fournies à la Cour quant aux antécédents des requérants et au contexte général à Sri Lanka n'établissent pas que la situation personnelle des intéressés fût pire que celle de la généralité des membres de la communauté tamoule ou des autres jeunes Tamouls de sexe masculin qui regagnaient leur pays. La conjoncture restant instable, ils se trouvaient devant un certain risque de détention ou de mauvais traitements, qui s'était apparemment déjà réalisé pour certains d'entre eux par le passé (paragraphes 10, 22 et 33 ci-dessus). Toutefois, en de telles circonstances une simple possibilité de mauvais traitements n'entraîne pas en soi une infraction à l'article 3 (art. 3)."; C.E.D.H., arrêt du 29 avril 1997, *HLR c. France* § 41: "A l'instar de la Commission, la Cour ne peut que constater la situation générale de violence existant dans le pays de destination. Elle estime toutefois qu'un tel contexte n'est pas à lui seul de nature à entraîner, en cas d'expulsion, une violation de l'article 3 (art. 3)."

<sup>204</sup> Voir également le Mémoire explicatif de la proposition d'article 11 (c), qui s'inspire du Mémoire explicatif présenté par la Commission européenne concernant la proposition de directive du Conseil sur les normes minimales pour la qualification et le statut des ressortissants de pays tiers et des apatrides en tant que réfugiés ou que personnes ayant besoin d'une protection internationale (COM(2001) 510 final, 12.09.2001), page 20.

<sup>205</sup> HCR des Nations unies, Commentaires annotés sur la directive 2004/83/CE du Conseil de la CE du 29 avril 2004 sur les normes minimales en matière de qualification et de statut des ressortissants de pays tiers et des apatrides en tant que réfugiés ou que personnes ayant besoin d'une protection internationale et sur le contenu de la protection garantie, janvier 2005.

d'introduire des normes plus favorables aux demandeurs de protection internationale. D'autre part, la directive renvoie aux Etats membres le soin de définir la nature de leurs obligations en «examinant» si une situation est «suffisamment significative»<sup>206</sup> ou en «jugant opportun» ou «approprié» de conférer un droit<sup>207</sup>.

Il paraît tout à fait essentiel que, dans le suivi qui sera fait des mesures de transposition de la directive, une attention particulière soit accordée à la compatibilité avec les obligations dérivées de la Convention de Genève et des autres instruments internationaux de protection des droits de l'homme de ces mesures. La faculté qui est laissée aux Etats d'adopter des dispositions plus favorables que les dispositions minimales fixées par la directive constitue, en vertu même du droit de l'Union, une obligation, lorsque cela découle des droits fondamentaux reconnus au sein de l'ordre juridique de l'Union, et notamment du droit d'asile que reconnaît l'article 18 de la Charte des droits fondamentaux, mais aussi, par exemple, du droit au respect de la vie privée et familiale que reconnaissent les articles 7 de la Charte des droits fondamentaux et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>208</sup>, ou du droit à la non-discrimination, notamment entre réfugiés et personnes bénéficiant d'un statut de protection subsidiaire<sup>209</sup>. L'article 63 CE pré suppose que les mesures adoptées par le Conseil sous cette disposition seront conformes à la Convention de Genève. Il en résulte nécessairement que le droit communautaire fait obstacle à ce que, en mettant en œuvre ces mesures, les Etats membres portent atteinte aux obligations découlant de cette Convention. Dans le rapport qu'elle devra présenter le 10 avril 2008 au Parlement européen et au Conseil sur l'application de la directive (article 37), la Commission devrait accorder une attention particulière à la question de la compatibilité des mesures de transposition avec les obligations internationales des Etats membres, en tenant compte à cet égard notamment des observations du Haut Commissariat aux réfugiés des Nations unies et, le cas échéant, des observations d'organes internationaux de contrôle. Une section séparée de ce rapport devrait porter spécifiquement sur cette dimension. Des modifications devraient être apportées à la directive si l'examen devait faire apparaître que la définition des obligations étatiques a été effectuée à un seuil trop peu élevé, incitant les Etats membres à se soustraire à leurs obligations internationales.

*Définition des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié*

La directive relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres<sup>210</sup> n'a pu être adoptée formellement avant le 1<sup>er</sup> mai 2004, bien qu'un accord politique ait pu se dégager au sein du Conseil le 29 avril 2004 sur les orientations générales du texte<sup>211</sup>. Le blocage est resté entier quant à la notion et surtout quant à la «liste» commune minimale de l'Union européenne énumérant les pays tiers reconnus comme pays d'origine sûrs. Le 9 novembre 2004, le Conseil a donc décidé de renvoyer à plus tard l'établissement d'une telle liste, après l'adoption de la directive<sup>212</sup>. Cette liste devra être

<sup>206</sup> Article 11, § 2, pour les effets du changement de circonstances sur la cessation de la protection

<sup>207</sup> Article 33, § 2, sur l'accès aux procédés d'intégration pour les bénéficiaires de la protection subsidiaire

<sup>208</sup> La notion de «membres de la famille» que retient l'article 23 de la directive 2004/83/CE, ainsi, est trop restrictive par rapport à la notion de «vie familiale» protégée par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, dans l'interprétation qu'en donne la Cour européenne des droits de l'homme. Les mesures nationales de transposition de la directive doivent s'aligner sur le standard plus exigeant de la Convention européenne des droits de l'homme et ne peuvent s'en tenir à la notion plus restrictive de «famille» que retient la directive.

<sup>209</sup> On n'aperçoit pas, par exemple, pour quels motifs les conditions d'accès à l'emploi salarié ou indépendant devraient différer selon que l'intéressé est un réfugié ou une personne bénéficiant d'une protection subsidiaire, alors que l'article 26 de la directive 2004/83/CE établit le principe d'une telle différenciation.

<sup>210</sup> Pour les propositions initiales de la Commission, voir COM(2000)578 du 20.9.2000 (JO n° C 62, 27.02.2001, p. 231) et COM(2002)326 final du 18.06.2002 (JO n° C 291, 26.11.2002, p. 143). Pour l'avis du Parlement européen, voir JO n° C 77 du 28.03.2002, p. 94.

<sup>211</sup> Doc. 8771/04 ASILE 33.

<sup>212</sup> Doc. 14383/04 ASILE 65, du 9 novembre 2004.

adoptée par le Conseil à la majorité qualifiée des Etats membres, sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen. Etant donné que des modifications de fond ont été apportées au texte qui avait été initialement soumis au Parlement européen, le Conseil devra donc consulter à nouveau ce dernier sur le nouveau texte avant une adoption formelle du texte. Le texte de la directive appelle les commentaires suivants<sup>213</sup>.

*1° Champ d'application de la proposition de directive.* La proposition de directive s'applique, afin de réglementer l'accès aux procédures, à toutes les demandes d'asile introduites sur le territoire des Etats membres. Cela inclut les demandes introduites à la frontière ou dans une zone de transit (article 3, § 1<sup>er</sup>), bien que les Etats membres se soient réservés la possibilité de traiter les demandes d'asile présentées à la frontière selon des procédures n'offrant pas même les garanties élémentaires que la proposition de directive prévoit dans son chapitre II (article 35, § 2). Cependant, les demandes d'asile diplomatique ou territorial introduites auprès des représentations des Etats membres sont exclues du champ d'application du texte (article 3, § 2), comme en sont exclues les demandes de protection subsidiaire. Les Etats membres peuvent néanmoins décider d'appliquer la directive aux procédures de traitement des demandes visant tout type de protection internationale (article 3, § 4). On notera par ailleurs que le «réfugié» concerné est un «ressortissant d'un pays tiers ou apatride remplissant les conditions visées à l'article 1<sup>er</sup> de la Convention de Genève» telles que définies dans la directive 2004/83/CE (article 2, f)). Comme dans ce dernier instrument examiné ci-dessus, cette approche confirme la restriction apportée à la Convention de Genève du 28 juillet 1951 et au Protocole de New York du 31 janvier 1967 depuis l'adoption du Protocole sur le droit d'asile pour les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne annexé au Traité CE par le Traité d'Amsterdam.

*2° Objet de la directive: l'établissement de normes minimales.* La directive en préparation a été présentée par le Haut Commissariat aux réfugiés des Nations unies comme relevant de la recherche du «plus petit dénominateur commun», issu d'une «compilation de dispositions facultatives qui satisfont aux pratiques existantes et prévues des Etats membres de l'Union européenne, y compris celles les plus gravement éloignées des normes de protection internationale, qui ne prévoit qu'une harmonisation minimale»<sup>214</sup>. Certes, la directive n'établit que des normes minimales, les Etats membres préservant la possibilité d'introduire ou de maintenir des normes plus favorables concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié (article 4). Cependant, l'objectif même de la directive étant d'éviter des mouvements dits «secondaires» de demandeurs d'asile, en présence de standards différents d'Etat membre à Etat membre, on ne peut exclure d'emblée le risque que l'impact de la directive soit dans l'ensemble négatif, conduisant à un abaissement du niveau moyen des garanties procédurales accordées aux demandeurs d'asile dans le traitement de leur demande.

*3° Détention des demandeurs d'asile.* L'article 17, § 1<sup>er</sup>, dit que les Etats membres ne peuvent placer une personne en rétention au seul motif qu'elle demande l'asile. Cette garantie est formulée de manière particulièrement peu exigeante, bien que l'affirmation de ce principe soit bienvenue en complément des règles énoncées à l'article 7 de la directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres.<sup>215</sup> Cette disposition prévoit que «lorsque cela s'avère nécessaire, les Etats membres peuvent obliger un demandeur à demeurer dans un lieu déterminé conformément à leur droit national, par exemple pour des raisons juridiques ou d'ordre public.» (§ 3 – notre accent); elle précise qu'en outre, les demandeurs d'asile peuvent être tenus de résider en un lieu déterminé, soit «pour des raisons d'intérêt public ou d'ordre

<sup>213</sup> Ces commentaires prennent appui sur le texte de la proposition de directive tel qu'annexé au doc. 14203/04 ASILE 64 du 9 novembre 2004.

<sup>214</sup> HCR des Nations unies, Aide-mémoire sur la directive "Procédures", 18 novembre 2003.

<sup>215</sup> JO n° L 31 du 06.02.2003, p. 18.

public ou (...) aux fins du traitement rapide et du suivi efficace de leur demande» (§ 2), soit «pour bénéficier des conditions matérielles d'accueil» (§ 4).

L'article 17 de la directive relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres ainsi que l'article 7 de la directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres doivent être interprétés conformément à la recommandation (2003)5 que le Comité des ministres aux Etats membres du Conseil de l'Europe a adoptée, le 16 avril 2003, sur les mesures de détention des demandeurs d'asile<sup>216</sup>. La recommandation porte sur la détention des demandeurs d'asile à leur arrivée sur le territoire, justifiée dans le système de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme par le souci d'empêcher une personne d'y pénétrer irrégulièrement (article 5, § 1<sup>er</sup>, f)). Prenant appui sur plusieurs textes internationaux<sup>217</sup> et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>218</sup>, la recommandation souligne que l'objectif de la détention n'est pas de sanctionner les demandeurs d'asile. Il découle d'ailleurs de l'article 31 de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés que, d'une part, le demandeur d'asile ne saurait être considéré comme ayant commis une infraction pénale du fait de son entrée irrégulière sur le territoire, et que, d'autre part, une restriction à la liberté de mouvement du demandeur d'asile ne saurait être admise que pour autant qu'elle est nécessaire. Selon la recommandation Rec(2003)5 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, les mesures de détention concernant les demandeurs d'asile ne peuvent être utilisées que pour l'une ou l'autre des raisons suivantes: lorsque leur identité, y compris leur nationalité, demande, en cas de doute, à être vérifiée, notamment quand l'intéressé a détruit son titre de voyage ou ses papiers d'identité, ou a utilisé de faux papiers pour tromper les autorités du pays d'accueil; lorsque les éléments sur lesquels se fonde la demande d'asile et qui, en l'absence de détention, ne pouvaient pas être fournis, demandent à être établis; lorsqu'une décision doit être prise en ce qui concerne leur droit d'entrée dans le territoire de l'Etat concerné; ou lorsque la protection de la sécurité nationale et l'ordre public l'exigent.

L'article 17, § 2, de la directive invite les Etats à «prévoir la possibilité d'un contrôle juridictionnel rapide». Cette disposition doit être lue conformément à l'article 5, § 4, de la Convention européenne des droits de l'homme, qui impose que toute personne arrêtée et/ou détenue afin d'éviter qu'elle pénètre irrégulièrement sur le territoire national se voie reconnaître le droit d'introduire un recours pour que la légalité de sa détention soit rapidement jugée par un tribunal. Si la détention est jugée illégale, et sous réserve d'un appel de ce jugement, elle doit immédiatement être remise en liberté. Un tel recours doit présenter une accessibilité et une effectivité suffisantes. Cela implique que le demandeur d'asile doit recevoir une information adéquate sur les remèdes disponibles contre la privation de liberté dont il fait l'objet, dans une langue qu'il comprend, qu'il puisse contacter un avocat et qu'il puisse bénéficier d'une assistance juridique gratuite s'il n'a pas les moyens de rémunérer un avocat<sup>219</sup>. Cette exigence va au-delà des normes minimales fixées par la directive. Bien que l'article 9 (garanties pour les demandeurs d'asile) et les articles 13 et 14 (droit à l'assistance

<sup>216</sup> Recommandation (2003)5 du Comité des ministres aux Etats membres sur les mesures de détention des demandeurs d'asile, (adoptée par le Comité des ministres le 16 avril 2003, lors de la 837<sup>e</sup> réunion des Délégués des ministres)

<sup>217</sup> L'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme constitue la principale garantie. Il faut également tenir compte de l'article 31 de la Convention de Genève, déjà cité, ainsi que de la Conclusion n° 44 (XXXVII) du Comité exécutif du Programme du Haut-Commissaire des Nations unies pour les réfugiés relative à la détention des réfugiés et des demandeurs d'asile, de la résolution sur la détention des demandeurs d'asile de la sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme de la Commission des droits de l'homme des Nations unies, de l'ensemble de principes des Nations unies pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement, de la délibération n° 5 du groupe de travail des Nations unies sur la détention arbitraire, et des règles des Nations unies pour la protection des mineurs privés de liberté

<sup>218</sup> C.E.D.H., arrêt *Amuur c. France* du 25 juin 1996, § 43 et suivants.

<sup>219</sup> C.E.D.H. (3<sup>e</sup> section), arrêt *Conka c. Belgique* du 5 février 2002, req. n° 51564/99, par. 44 et 45.

juridique et à la représentation) de la directive prévoient certaines garanties au bénéfice du demandeur d'asile, ces garanties ne concernent que certains aspects de la procédure de reconnaissance de la qualité de réfugié proprement dite, et non la privation de liberté du demandeur d'asile jugée nécessaire au cours de l'examen de sa demande.

4° *Garanties accordées au demandeur d'asile dans le cadre de l'examen de sa demande.* Les garanties du demandeur d'asile sont méticuleusement énumérées par la directive<sup>220</sup>. Ces garanties ne concernent cependant que le stade de la première instance. Les Etats membres doivent veiller à ce que tous les demandeurs d'asile soient «informés, dans une langue dont il est raisonnable de supposer qu'ils la comprennent, de la procédure à suivre et de leurs droits et obligations au cours de la procédure ainsi que des conséquences que pourrait avoir le non-respect de leurs obligations ou le refus de coopérer avec les autorités» (article 9, § 1<sup>er</sup>). Les demandeurs doivent être informés du calendrier, ainsi que des moyens dont ils disposent pour remplir leur obligation de présenter les éléments de preuve nécessaires pour pouvoir prétendre au statut de réfugié. Ces informations doivent leur être communiquées à temps pour leur permettre d'exercer leurs droits et de se conformer à leurs obligations. Ils doivent bénéficier des services d'un interprète pour présenter leurs arguments aux autorités compétentes, «au moins lorsque l'autorité responsable de la détermination invite le demandeur à un entretien et lorsqu'il n'est pas possible de garantir une communication adéquate sans ces services»<sup>221</sup>. Ils ont également la possibilité (dans des conditions strictement définies) de communiquer avec le HCR<sup>222</sup> ou toute autre organisation agissant au nom du HCR sur le territoire de l'Etat membre. Ils doivent être avertis dans un délai raisonnable de la décision prise sur leur demande d'asile par l'autorité responsable. Enfin, ils disposent d'un droit à l'assistance judiciaire et à la représentation, bien que ce droit puisse faire l'objet de restriction dans certaines hypothèses<sup>223</sup>.

5° *Possibilité de procédures accélérées.* La proposition de directive prévoit la possibilité que des procédures accélérées soient organisées. L'article 23, § 3, dit que «les Etats membres peuvent donner la priorité à une demande ou en accélérer l'examen dans le respect des principes de base et des garanties fondamentales visés au chapitre II, y compris lorsque la demande est susceptible d'être fondée ou dans les cas où le demandeur a des besoins particuliers». L'article 23, § 4, ajoute que

En outre, les Etats membres peuvent décider, dans le respect des principes de base et des garanties fondamentales visés au chapitre II, qu'une procédure d'examen est prioritaire ou accélérée lorsque:

<sup>220</sup> Des garanties renforcées sont prévues au bénéfice des mineurs: voir l'article 15.

<sup>221</sup> Les autorités ne sont pas tenues de procéder à un tel entretien personnalisé. Aux termes de l'article 10 de la proposition de directive: «avant que l'autorité responsable de la détermination ne se prononce, la possibilité est donnée au demandeur d'asile d'avoir un entretien personnel sur sa demande avec une personne compétente en vertu du droit national pour mener cet entretien. Les Etats membres peuvent également offrir la possibilité d'un entretien personnel à toute personne majeure parmi les personnes à charge visées à l'article 5, paragraphe 3. Les Etats membres peuvent déterminer dans leur droit national dans quels cas un mineur se verra offrir la possibilité d'un entretien personnel. 2. L'entretien personnel peut ne pas avoir lieu lorsque: a) l'autorité responsable de la détermination est en mesure de prendre une décision positive sur la base des éléments de preuve disponibles; ou b) l'autorité compétente a déjà eu une réunion avec le demandeur afin de l'aider à remplir sa demande et à fournir les informations essentielles concernant ladite demande» c) l'autorité responsable de la détermination, sur la base d'un examen exhaustif des informations fournies par le demandeur, considère la demande comme non fondée dans les cas où les circonstances prévues à l'article 23, paragraphe 4, points a), c), g), h) et j), s'appliquent.»

<sup>222</sup> Dont le rôle particulier est reconnu par l'article 21

<sup>223</sup> Voir par exemple l'article 14: "*Les Etats membres peuvent faire une exception lorsque la divulgation d'informations ou de leurs sources compromettrait la sécurité nationale, la sécurité des organisations ou des personnes ayant fourni les informations ou celle de la (des) personne(s) à laquelle (auxquelles) elles se rapportent, ou encore lorsque cela serait préjudiciable à l'enquête liée à l'examen d'une demande d'asile par les autorités compétentes des Etats membres ou aux relations internationales des Etats membres. Dans ces cas, les autorités visées au chapitre V doivent pouvoir accéder à ces informations ou à ces sources, sauf lorsqu'un tel accès est interdit, dans les situations où la sécurité nationale est en jeu.*»; les restrictions de l'ordre public peuvent également être opposées à l'accès du conseil aux zones de transit.

- a) le demandeur n'a soulevé, en déposant sa demande et en exposant les faits, que des questions sans pertinence ou d'une pertinence insignifiante au regard de l'examen visant à déterminer s'il remplit les conditions requises pour prétendre au statut de réfugié en vertu de la directive [2004/83/CE] du Conseil concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts; ou
- b) le demandeur ne remplit manifestement pas les conditions requises pour prétendre au statut de réfugié dans un Etat membre en vertu de la directive [2004/83/CE] du Conseil concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts; ou
- c) la demande d'asile est considérée comme non fondée:
- parce que le demandeur provient d'un pays d'origine sûr au sens des articles 30, 30*bis* et 30*ter* de la présente directive; ou
  - parce que le pays qui n'est pas un Etat membre est considéré comme un pays tiers sûr pour le demandeur, sans préjudice de l'article 29, paragraphe 1<sup>er</sup>; ou
- d) le demandeur a induit les autorités en erreur en ce qui concerne son identité et/ou sa nationalité et/ou l'authenticité de ses documents, en présentant de fausses indications ou de faux documents ou en dissimulant des informations pertinentes qui auraient pu influencer la décision dans un sens défavorable; ou
- e) le demandeur a introduit une autre demande d'asile mentionnant d'autres données personnelles; ou le demandeur n'a produit aucune information permettant d'établir, avec une certitude suffisante, son identité ou sa nationalité, ou s'il est probable que, de mauvaise foi, il a procédé à la destruction ou s'est défait de pièces d'identité ou de titres de voyage qui auraient aidé à établir son identité ou sa nationalité; ou
- g) la demande formulée par le demandeur est manifestement peu convaincante en raison des déclarations incohérentes, contradictoires, peu plausibles ou insuffisantes qu'il a faites sur les persécutions dont il prétend avoir fait l'objet au sens de la directive [2004/83/CE] du Conseil concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts; ou
- h) le demandeur a introduit une demande ultérieure dans laquelle il n'invoque aucun élément nouveau pertinent par rapport à sa situation personnelle ou à la situation dans son pays d'origine; ou
- i) le demandeur n'a pas introduit plus tôt sa demande, sans motif valable, alors qu'il avait la possibilité de le faire; ou
- j) le demandeur ne dépose une demande qu'afin de retarder ou d'empêcher l'exécution d'une décision antérieure ou imminente qui entraînerait son expulsion; ou
- k) sans motif valable, le demandeur n'a pas rempli les obligations qui lui incombent en vertu de l'article 4, paragraphes 1<sup>er</sup> et 2, de la directive [2004/83/CE] du Conseil concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, ou de l'article 9*bis*, paragraphe 2, points a) et b), et de l'article 20, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la présente directive; ou
- l) le demandeur est entré ou a prolongé son séjour illégalement sur le territoire de l'Etat membre et, sans motif valable, ne s'est pas présenté aux autorités et/ou n'a pas introduit sa demande d'asile dans les délais les plus brefs compte tenu des circonstances de son entrée sur le territoire; ou
- m) le demandeur représente un danger pour la sécurité nationale ou l'ordre public de l'Etat membre; ou le demandeur a fait l'objet d'une décision d'éloignement exécutoire

pour des motifs graves de sécurité nationale ou d'ordre public au regard du droit national; ou  
 n) le demandeur refuse de se conformer à l'obligation de donner ses empreintes digitales conformément à la législation communautaire et/ou nationale pertinente; ou  
 o) la demande a été introduite par un mineur non marié auquel l'article 5, paragraphe 4, point c), s'applique après que la demande déposée par le ou les parents responsables du mineur a fait l'objet d'une décision de rejet et aucun élément nouveau pertinent n'a été apporté en ce qui concerne la situation personnelle du demandeur ou la situation dans son pays d'origine.

L'ampleur de ces dérogations et le caractère vague de la définition que reçoivent certaines situations où la demande d'asile peut être traitée selon des procédures accélérées – les articles 23, § 4, a) («le demandeur n'a soulevé, en déposant sa demande et en exposant les faits, que des questions sans pertinence ou d'une pertinence insignifiante au regard de l'examen visant à déterminer s'il remplit les conditions requises pour prétendre au statut de réfugié...») et g) («la demande formulée par le demandeur est manifestement peu convaincante en raison des déclarations incohérentes, contradictoires, peu plausibles ou insuffisantes qu'il a faites sur les persécutions dont il prétend avoir fait l'objet») recourant à des formulations qui ne permettent pas d'écarter le risque d'arbitraire dans l'application qui en sera faite – font craindre que le recours à ces procédures dérogatoires servira à réguler le flux de traitement des demandes d'asile introduites auprès des Etats membres, au détriment des garanties qui devraient accompagner le traitement de celles-ci. Bien que le principe même d'un traitement accéléré de certaines catégories de demandes puisse se justifier par un souci d'efficacité, ainsi que le HCR en a convenu lui-même, encore faut-il que le choix de recourir à ces procédures réponde à des critères objectifs et fixés d'avance, et que ces critères n'aboutissent pas à placer le demandeur d'asile le plus fragilisé, dont l'expérience traumatisante même qu'il a vécue peut expliquer les incohérences de son récit initial, dans la situation la plus défavorable du point de vue des garanties entourant l'examen de la demande d'asile.

6° *Droit à un recours suspensif contre la mesure d'éloignement du territoire.* Selon la Cour européenne des droits de l'homme «l'article 13 [de la Convention européenne des droits de l'homme], combiné avec [une disposition de la C.E.D.H., notamment avec l'article 2, l'article 3, l'article 8 ou l'article 4 du Protocole n° 4 à la C.E.D.H.], requiert que les Etats offrent à l'intéressé la possibilité effective de contester l'éloignement ou le refus de séjour et fassent statuer sur les diverses questions qui doivent être examinées avec des garanties procédurales et un sérieux suffisant par une instance interne compétente offrant des garanties d'indépendance et d'impartialité».<sup>224</sup> Le refus de reconnaissance de la qualité de réfugié expose le demandeur d'asile au renvoi vers son pays d'origine, avec les conséquences irréversibles qui peuvent en résulter s'il est porté atteinte dans ce pays à sa vie, à sa sécurité, ou s'il y subit des tortures ou des traitements inhumains ou dégradants. Le recours «effectif» exigé par l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme suppose dès lors que, dès le moment de son introduction et jusqu'à ce qu'une autorité présentant toutes les garanties d'indépendance et d'impartialité ait eu l'occasion de se prononcer sur le caractère bien fondé de la crainte qu'exprime le demandeur d'asile quant aux risques que lui ferait courir son renvoi, le recours ait un effet suspensif, faisant obstacle à toute mise à exécution d'une décision d'éloignement à l'encontre du demandeur d'asile. Cela découle de la recommandation n° R(98)13 du Comité des ministres aux Etats membres sur le droit de recours effectif des demandeurs d'asile à l'encontre des décisions d'expulsion dans le contexte de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, adoptée par le Comité des ministres le 18 septembre 1998 lors de la 641<sup>e</sup> réunion des Délégués des ministres, ainsi que de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans l'arrêt *Conka c. Belgique* du 5 février 2002, la Cour a constaté que la loi belge n'offrait pas de

<sup>224</sup> C.E.D.H., *Shebashov c. Lettonie* (déc.), 9 novembre 2000, req. n° 50065/99, non publié; C.E.D.H. (4<sup>e</sup> section), arrêt *Al-Nashif c. Bulgarie* du 20 juin 2002 (requête n° 50963/99), par. 133.



garanties suffisantes contre la mise à exécution d'une mesure d'éloignement avant qu'un juge ou une autorité offrant des garanties similaires ait pu se prononcer sur le risque que l'éloignement ferait éventuellement courir à la personne qui en fait l'objet. La violation de l'article 13 de la Convention résultait, selon la Cour, de ce que l'Exécutif n'était pas tenu d'attendre que le juge compétent ait eu l'occasion de décider de suspendre la mise à exécution de la décision d'éloignement avant de procéder à celle-ci<sup>225</sup>. En matière d'éloignement d'étrangers, le recours doit donc être automatiquement suspensif, au moins jusqu'à ce qu'une autorité présentant les garanties d'indépendance et d'impartialité qu'exige l'article 13 C.E.D.H. se soit prononcée, afin de présenter l'effectivité requise.

Le HCR insiste dès lors à juste titre sur la nécessité de l'effet suspensif des recours sur l'organisation desquels porte le chapitre V de la directive proposée:

Du fait des conséquences éventuellement graves d'une détermination erronée en première instance, le recours en cas de décision négative en première instance est inefficace si le demandeur n'est pas autorisé à attendre sur le territoire de l'Etat membre le résultat d'une action en appel de cette décision. La conclusion n° 30 du Comité exécutif souligne pourtant que, même dans les cas manifestement non fondés, une certaine forme de réexamen de la décision est nécessaire. Le HCR serait susceptible d'accepter la proposition de limiter l'effet suspensif automatique d'un recours dans les cas les plus manifestement non fondés si une autorité judiciaire ou toute autre autorité indépendante a préalablement réexaminé et confirmé le rejet de l'effet suspensif, en prenant en compte les chances de l'appel.<sup>226</sup>

Ce souci est exprimé par plusieurs organisations non gouvernementales<sup>227</sup>. Cependant, l'état actuel du texte de la proposition de directive ne satisfait pas aux exigences de la Convention

<sup>225</sup> Voir C.E.D.H. (3<sup>ie</sup> section), *Conka c. Belgique* (req. n° 51564/99), arrêt du 5 février 2002, par. 83: «...il apparaît que l'administration n'est pas tenue de surseoir à l'exécution de la mesure d'expulsion tant que le référé d'extrême urgence est pendant, pas même au cours d'un délai minimum raisonnable permettant au Conseil d'Etat de statuer. De plus, c'est sur celui-ci que repose en pratique la charge de s'enquérir des intentions de l'administration quant aux expulsions envisagées et d'agir en conséquence, mais rien ne semble l'obliger à le faire. Enfin, c'est en vertu de simples instructions internes que, dans ce but, le greffier du Conseil d'Etat, sur instructions du conseiller, prend contact avec l'administration, sans que l'on connaisse les conséquences d'une éventuelle omission dans ce domaine. Au bout du compte, le requérant n'a aucune garantie de voir le Conseil d'Etat et l'administration se conformer dans tous les cas à la pratique décrite, ni a fortiori de voir le Conseil d'Etat statuer, ou même siéger, avant son expulsion, ou l'administration respecter un délai minimum raisonnable».

<sup>226</sup> Pour un détail, Note sur les principales sources d'inquiétude du HCR des Nations unies relatives au projet de directive sur les procédures d'asile, 30 mars 2004, appels (article 39 combiné aux articles 25(2), 23(4), 29(1) et 33).  
 ♦ En vertu de l'actuel projet de directive, la grande majorité des demandeurs d'asile refusés qui interjettent un appel ne seront pas autorisés à rester dans l'Union européenne jusqu'à ce que leurs appels soient jugés. L'article 39 comprend une importante liste d'exceptions au principe de «l'effet suspensif» qui n'ont aucun rapport avec la valeur des réclamations de la personne, mais qui sont basées sur des facteurs techniques ou discrétionnaires, ou sur le comportement du plaignant. Par exemple, des personnes peuvent être expulsées au cours de leur appel parce qu'elles ont été détenues ou parce qu'elles ont auparavant négligé de faire une demande d'asile. Ces règles peuvent fortement nuire aux réfugiés qui sont traumatisés, perturbés ou simplement mal informés sur les procédures d'asile.  
 ♦ Selon le HCR des Nations unies, cette clause d'appel restrictive nuit au droit et à l'utilité d'un recours efficace et pourrait contraindre de nombreux Etats membres à réduire certains droits procéduraux fondamentaux qui sont actuellement garantis comme des principes essentiels de leurs constitutions et de leurs systèmes judiciaires. Elle augmenterait considérablement la possibilité que des personnes soient renvoyées à des persécutions, ce qui constituerait une violation du principe de *non-refoulement* de la Convention de 1951 et des instruments de droit international de défense des droits fondamentaux. Dans ce contexte, il est important de se souvenir que dans certains pays européens, les jugements négatifs dans 30 à 60 % des plaintes ont été cassés en appel.  
 ♦ Selon le HCR des Nations unies, une exception à la règle générale pourrait être envisagée dans des catégories strictement limitées, notamment les plaintes «manifestement non fondées» ou «clairement abusives» définies dans la conclusion n° 30 du Comité exécutif du HCR des Nations unies. Cependant, dans ces cas, la possibilité d'une révision indépendante de la décision d'expulser la personne au cours de l'appel doit toujours exister. Cette révision pourrait être simplifiée et rapidement prendre en compte les chances d'un appel.»

<sup>227</sup> ECRE, *Broken promises, Forgotten principles: an ECRE evaluation of the development of EU minimum standards for refugees protection*, June 2004; Amnesty International, *Union européenne, La protection des réfugiés menacée*, juillet 2004, p. 12.

européenne des droits de l'homme telles qu'elles viennent d'être rappelées. Bien que le Préambule précise que «pour respecter un principe fondamental du droit communautaire, les décisions rendues en ce qui concerne une demande d'asile doivent faire l'objet d'un recours effectif devant une juridiction au sens de l'article 234 du TCE», il ajoute aussitôt que «l'effectivité du recours, en ce qui concerne également l'examen des faits pertinents, dépend du système administratif et judiciaire de chaque Etat membre considéré dans son ensemble» (considérant 27). Or, les normes minimales que prévoit la proposition de directive en ce qui concerne l'organisation d'un recours effectif contre les décisions portant sur la non-reconnaissance de la qualité de réfugié ne suffisent pas à assurer la compatibilité avec l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'article 38, § 3, du texte dit notamment que

les Etats membres prévoient le cas échéant les règles découlant de leurs obligations internationales relatives:

- a) à la question de savoir si le recours prévu en application du paragraphe 1<sup>er</sup> [il s'agit notamment des recours contre les décisions concernant la demande d'asile ou contre les décisions de retirer le statut de réfugié] a pour effet de permettre aux demandeurs de rester dans l'Etat membre concerné dans l'attente de l'issue du recours; et
- b) à la possibilité d'une voie de droit ou de mesures conservatoires si le recours visé au § 1<sup>er</sup> n'a pas pour effet de permettre aux demandeurs de rester dans l'Etat membre concerné dans l'attente de l'issue de ce recours. Les Etats membres peuvent aussi prévoir une procédure d'office; et
- c) aux motifs permettant d'attaquer une décision prise au titre de l'article 25, § 2, point c) [décision d'irrecevabilité de la demande d'asile introduite par un demandeur d'asile pouvant demander l'asile dans un pays tiers sûr], conformément à la méthode appliquée au titre de l'article 27, § 2, points b et c) [dispositions d'après lesquelles la loi nationale doit déterminer la méthodologie à suivre pour identifier un pays tiers comme «sûr» au regard de la situation spécifique du demandeur d'asile].

Cette disposition paraît présenter comme une faculté ce qui, pour les Etats membres, doit en réalité constituer une obligation, déduite de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme lu en combinaison avec les articles 2 et 3 de la Convention. Non seulement ces dispositions exigent que le recours introduit par le demandeur d'asile débouté contre la décision de ne pas le reconnaître comme réfugié doit pouvoir être introduit devant une juridiction ayant la compétence d'ordonner la suspension de la mesure d'éloignement du demandeur d'asile, dans les systèmes juridiques des Etats membres où le refus de reconnaître la qualité de réfugié du demandeur d'asile inclut l'ordre de quitter le territoire; mais en outre, dans l'intervalle qui sépare l'introduction du recours de cette décision juridictionnelle, le demandeur d'asile débouté doit pouvoir demeurer sur le territoire national et être juridiquement à l'abri de toute mesure d'exécution de la décision d'éloignement adoptée à son égard.

7° *Pays d'origine sûrs*. Les Etats membres n'ont pu s'accorder sur l'établissement d'une liste commune de pays d'origine sûrs, en dépit de l'identification de dix pays (Bénin, Botswana, Cap Vert, Chili, Costa Rica, Ghana, Mali, Maurice, Senegal, et Uruguay) qu'il était prévu de faire figurer sur cette liste commune<sup>228</sup> – les sept pays africains de la liste étant jugés prioritaires. Il n'est dès lors pas nécessaire ici de porter une appréciation sur cette tentative, sur l'aboutissement de laquelle le Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans

<sup>228</sup> La détermination des pays qu'il est prévu de faire figurer sur la liste initiale devrait reposer sur les trois éléments suivants: l'expérience acquise par les Etats membres en ce qui concerne l'application, au niveau national, du principe du pays d'origine sûr et des clauses de retrait du statut pour cause de disparition des circonstances l'ayant motivé qui figurent à l'article 1<sup>er</sup>, section C, points 5) et 6), de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés; le respect par ces pays des critères énoncés à l'annexe II du projet de directive; enfin, le nombre de demandes d'asile déposées par les ressortissants de ces pays dans les Etats membres. Doc. 14383/04, ASILE 65, 9 novembre 2004.

l'Union européenne portant sur l'année 2005 pourra revenir. Néanmoins, certains principes doivent être rappelés.<sup>229</sup>

Le principe de la directive proposée est que «lorsqu'un pays tiers peut être considéré comme un pays d'origine sûr, les Etats membres devraient pouvoir le désigner comme tel et présumer qu'un demandeur donné y est en sécurité, sauf si celui-ci présente des éléments sérieux en sens contraire» (Préambule, 17<sup>e</sup> considérant). Dès lors que les Etats membres auront pu s'accorder sur une liste commune de pays d'origine sûrs selon la procédure que décrit l'article 30 de la directive proposée, et en tenant compte des critères fixés à l'annexe B de son annexe I<sup>230</sup>, «les Etats membres devraient être tenus d'examiner les demandes introduites par des ressortissants dudit pays, ou par des apatrides qui y avaient leur domicile, en se fondant sur la présomption réfutable de la sécurité dudit pays» (19<sup>e</sup> considérant). Il y a lieu de relever que l'obligation ainsi imposée aux Etats membres va au-delà de la définition par le Conseil de normes «minimales», et pourrait faire obstacle à l'entier respect par les Etats membres de leurs obligations internationales.

La présomption établie en faveur des pays d'origine qualifiés de «sûrs» ne saurait en tout état de cause être absolue, dès lors que, ainsi que le reconnaît le Préambule de la directive, l'identification d'un pays donné comme pays d'origine sûr est nécessairement fondée sur une appréciation qui «ne peut prendre en compte que la situation générale du pays aux plans civil, juridique et politique, ainsi que la question de savoir si les personnes qui commettent des actes de persécution ou de torture ou infligent des traitements ou des peines inhumains ou dégradants font effectivement l'objet de sanctions lorsqu'elles sont jugées responsables de ces faits dans ce pays. Pour cette raison, il importe que, lorsqu'un demandeur fait valoir des motifs sérieux portant à croire que le pays concerné n'est pas sûr dans son cas particulier, la désignation de ce pays comme pays sûr ne puisse plus être considérée comme étant pertinente à son égard» (21<sup>e</sup> considérant).

L'identification de certains pays comme pays d'origine sûrs serait clairement inacceptable si cela conduisait les Etats membres à refuser d'examiner au fond les demandes d'asile introduites par des ressortissants de pays ainsi désignés, ou celles émanant de personnes apatrides résidant habituellement dans ces pays. Même dans le système de la directive où une présomption n'est établie qu'au plan général et peut être renversée dans des situations individuelles, il existe un risque que la définition d'une liste de pays d'origine sûrs constitue une discrimination, soit au sens de l'article 3 de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés – qui exclut explicitement la discrimination fondée sur le pays d'origine –, soit au sens de l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et

<sup>229</sup> Voir déjà le *Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne et ses Etats membres en 2002*, p. 153 à 155, et le *Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne en 2003*, p. 80.

<sup>230</sup> Selon les règles figurant dans cette annexe concernant la désignation d'un pays d'origine sûr, «un pays est considéré comme un pays d'origine sûr lorsque, sur la base de la situation légale, de l'application du droit dans le cadre d'un régime démocratique et des circonstances politiques générales, il peut être démontré que, d'une manière générale et uniformément, il n'y est jamais recouru à la persécution telle que définie à l'article 9 de la directive 2004/83/CE du Conseil, ni à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants et qu'il n'y a pas de menace en raison de violences indiscriminées dans des situations de conflit armé international ou interne. Pour réaliser cette évaluation, il est tenu compte, notamment, de la mesure dans laquelle le pays offre une protection contre la persécution et les mauvais traitements, grâce aux éléments suivants: a) les dispositions législatives et réglementaires adoptées en la matière et la manière dont elles sont appliquées; b) la manière dont sont respectés les droits et libertés définis dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et/ou dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et/ou la convention contre la torture, en particulier les droits pour lesquels aucune dérogation ne peut être autorisée conformément à l'article 15, paragraphe 2, de ladite convention; c) la manière dont est respecté le principe de non-refoulement au sens de la Convention de Genève; d) le fait qu'il dispose d'un système de sanctions efficaces contre les violations de ces droits et libertés». En outre, selon le 20<sup>e</sup> considérant du Préambule, «eu égard à leur statut de candidat à l'adhésion à l'Union européenne et aux progrès qu'elles ont réalisés en vue de cette adhésion, la Bulgarie et la Roumanie devraient être considérées comme des pays d'origine sûrs aux fins de la présente directive jusqu'à la date de leur adhésion».

politiques ou de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme (dans la mesure où le refus de reconnaître la qualité de réfugié peut exposer le candidat à l'asile au risque de renvoi, et donc qu'il soit porté atteinte à sa vie ou qu'il subisse des tortures ou des traitements inhumains ou dégradants). Compte tenu de la gravité de ces conséquences potentielles, les différences de traitement établies sur la base du pays d'origine du demandeur d'asile méritent l'examen le plus strict. Il devrait être vérifié en particulier si, même lorsque la différence de traitement est fondée sur des critères objectifs, elle demeure proportionnée à l'objectif poursuivi, qui est de convenance administrative et de soulager les systèmes de traitement des demandes d'asile des Etats membres.

8° *Pays tiers sûr*. La directive proposée inclut également la notion de pays tiers sûr. Les Etats membres peuvent ne pas être tenus d'examiner une demande d'asile au fond lorsqu'ils peuvent raisonnablement s'attendre à ce que le demandeur, du fait d'un lien avec un pays tiers tel que défini par le droit national, cherche à obtenir une protection dans ce pays tiers (23<sup>e</sup> considérant). L'article 27 de la directive proposée définit les garanties que la loi nationale doit offrir à cet égard. Au plan général, l'article 27, § 1<sup>er</sup>, prévoit que

les Etats membres peuvent appliquer la notion de pays tiers sûr uniquement lorsque les autorités compétentes ont acquis la certitude que, dans le pays tiers concerné, le demandeur d'asile sera traité conformément aux principes suivants:

- a) les demandeurs d'asile n'ont à craindre ni pour leur vie ni pour leur liberté en raison de leur race, de leur religion, de leur nationalité, de leur appartenance à un groupe social particulier ou de leurs opinions politiques;
- b) le principe de non-refoulement est respecté conformément à la convention de Genève;
- c) l'interdiction, prévue par le droit international, de prendre des mesures d'éloignement contraires à l'interdiction de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants, y est respectée;
- d) la possibilité existe de solliciter la reconnaissance du statut de réfugié et, si ce statut est accordé, de bénéficier d'une protection conformément à la Convention de Genève.

Au plan individuel, ces garanties prévoient que les autorités nationales compétentes s'assurent que la notion de pays tiers sûr «peut être appliquée à un pays particulier ou à un demandeur particulier» (article 27, § 2, b)) et qu'«un examen individuel peut être entrepris pour déterminer si le pays tiers concerné est sûr pour un demandeur particulier, ce qui, au minimum, permet au demandeur d'attaquer l'application de la notion de pays tiers sûr au motif qu'il serait soumis à la torture ou à des traitements ou des peines cruels, inhumains ou dégradants» (article 27, § 2, c)).

Ces garanties, bien qu'elles soient naturellement bienvenues, n'en demeurent pas moins insuffisantes, même si l'on considère, comme cela paraît exigé par l'interprétation même que la Cour européenne des droits de l'homme donne de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, que l'interdiction de prendre des mesures d'éloignement contraires à l'interdiction de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants inclut une interdiction d'éloignement lorsque, dans ces circonstances exceptionnelles, la personne concernée devrait interrompre un traitement médical vital<sup>231</sup> ou lorsqu'elle court le risque d'être condamnée à une peine d'emprisonnement sans possibilité de libération anticipée<sup>232</sup>.

<sup>231</sup> C.E.D.H., *D. c. Royaume-Uni*, arrêt du 2 mai 1997 (requête n° 30240/90); *Bensaid c. Royaume-Uni*, arrêt du 6 février 2001 (requête n° 44599/98).

<sup>232</sup> La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas conclu que le renvoi d'un individu qui risque d'être condamné à une peine d'emprisonnement à vie incompressible, constitue une violation de l'article 3 de la C.E.D.H. Toutefois, elle a estimé qu'une telle situation peut poser un problème sur le terrain de cet article (C.E.D.H., arrêt *Weeks c. Royaume-Uni* du 2 mars 1987, série A n° 114; C.E.D.H., *Nivette c. France* (déc.), n° 44190/98, 14 décembre 2000; C.E.D.H., *Sawoniuk c. Royaume-Uni* (déc.), n° 63716/00, 29 mai 2001 (où, citant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (*Weeks c. Royaume-Uni*, n° 9787/82, Rapport de la

D'une part, la définition des critères que doit remplir le pays tiers pour pouvoir être considéré comme sûr est moins exigeante que la recommandation qu'a adoptée sur ce point le Comité des ministres du Conseil de l'Europe en 1997, notamment par l'exigence que formule cette recommandation que le pays concerné respecte «les normes internationales des droits de l'homme relative à l'asile, telles qu'elles sont fixées par les instruments universels et régionaux, y compris le respect de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants»<sup>233</sup>. D'autre part, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré également ne pouvoir exclure «qu'une décision [d'éloignement] puisse exceptionnellement soulever un problème sur le terrain de l'article 6 de la Convention au cas où le fugitif aurait subi ou risquerait de subir un déni de justice flagrant»<sup>234</sup>. Il n'y a pas de motif de principe d'exclure que l'interdiction des éloignements «indirects» – consistant pour un Etat A à renvoyer une personne vers un Etat B, d'où elle risque d'être éloignée vers un Etat C où elle court un risque sérieux d'atteintes graves à ses droits fondamentaux –, qui se déduit de la décision rendue par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *T.I. c. Royaume-Uni*,<sup>235</sup> ne puisse être étendue à des hypothèses de déni de justice flagrants.

9° *Pays tiers sûrs européens*. La directive proposée prévoit également que «en ce qui concerne certains pays tiers européens qui observent des normes particulièrement élevées en matière de droits de l'homme et de protection des réfugiés, les Etats membres devraient être autorisés à ne procéder à aucun examen ou à ne pas effectuer d'examen complet pour les demandes d'asile émanant de demandeurs provenant de ces pays tiers européens qui entrent sur leur territoire» (24<sup>e</sup> considérant). Il est clair qu'une présomption non susceptible d'être renversée, selon laquelle, en raison de l'identité du pays d'où ils arrivent, des demandeurs d'asile devraient être renvoyés dans ces pays, n'est pas acceptable. Cela créerait le risque d'une violation du principe de non-refoulement inscrit à l'article 33 de la Convention de Genève sur le statut des réfugiés, ainsi que déduit de la Convention européenne des droits de l'homme. En outre, le jeu d'une telle présomption pourrait être considérée comme une forme d'expulsion collective d'étrangers, interdite par l'article 4 du Protocole n° 4 à la Convention européenne des droits de l'homme, qui exige un examen rationnel et objectif de la situation particulière de chacun des étrangers appartenant à un même groupe.<sup>236</sup>

## Article 19. Protection en cas d'éloignement, d'expulsion ou d'extradition

### *L'organisation de vols communs pour l'éloignement de ressortissants de pays tiers*

La décision 2004/573 du Conseil du 29 avril 2004 relative à l'organisation de vols communs pour l'éloignement, à partir du territoire de deux Etats membres ou plus, de ressortissants de pays tiers faisant l'objet de mesures d'éloignement sur le territoire de deux Etats membres ou

---

Commission du 12 décembre 1993, § 72, et *Kotalla c. Pays-Bas*, requête n° 7994/77, Décision de la Commission du 6 mai 1978, DR 14, p. 238), la Cour observe que la Commission a estimé que «la condamnation d'une personne à une peine perpétuelle incompressible peut poser une question de traitement inhumain»; C.E.D.H., *S. Einhorn c. France*, déc. du 16 octobre 2001 (requête n° 71555/01), § 27)).

<sup>233</sup> Recommandation R(97)22 du Comité des ministres aux Etats membres énonçant des lignes directrices sur l'application de la notion de pays tiers sûr, adoptée par le Comité des ministres le 25 novembre 1997, lors de la 609<sup>e</sup> réunion des Délégués des ministres.

<sup>234</sup> C.E.D.H., *S. Einhorn c. France*, déc. du 16 octobre 2001 (Requête n° 71555/01), § 32 (citant C.E.D.H., arrêt *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, p. 45, § 113, et arrêt *Drozdz et Janousek c. France et Espagne* du 26 juin 1992, série A n° 240, p. 34, § 110).

<sup>235</sup> C.E.D.H., déc. *T.I. c. Royaume-Uni* (requête n° 43844/98). La Cour considère que «Le refoulement indirect [...] vers un pays qui se trouve être également un Etat contractant n'a aucune incidence sur la responsabilité du Royaume-Uni, qui doit veiller à ne pas exposer le requérant à un traitement contraire à l'article 3 de la Convention, par sa décision de l'expulser».

<sup>236</sup> Voir sur l'interprétation de l'article 4 du Protocole n° 4 à la Convention, C.E.D.H., déc. du 23 février 1999 en l'affaire *Andric c. Suède* (requête n° 45917/99), non publiée; C.E.D.H. (3<sup>e</sup> section), arrêt *Conka c. Belgique* du 5 février 2002, requête n° 51564/99, par. 59.

plus<sup>237</sup> résulte d'une initiative prise par la présidence italienne du Conseil en septembre 2003, et qu'avait commentée le *Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne en 2003*<sup>238</sup>. Cette initiative s'inscrit dans le cadre du plan global de lutte contre l'immigration clandestine et la traite des êtres humains dans l'Union européenne adopté le 28 février 2002, qui est fondé sur la communication du 15 novembre 2001 de la Commission concernant une politique commune en matière d'immigration clandestine, laquelle précise que la politique de réadmission et de rapatriement fait partie intégrante de la lutte contre l'immigration clandestine. Elle prend appui également sur le Plan pour la gestion des frontières extérieures du 13 juin 2002 lui-même fondé sur la communication du 7 mai 2002 de la Commission sur la gestion intégrée des frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne qui prévoit des «opérations rationnelles de rapatriement». Elle a cependant rencontré des objections importantes de la part du Parlement européen – qui a rejeté le texte qui lui était soumis pour consultation le 30 mars 2004 – ainsi que de plusieurs organisations non gouvernementales de défense des droits de l'homme.

Il n'est guère besoin de réitérer ici les inquiétudes déjà exprimées dans le Rapport 2004 à propos de ce texte. Certes, la référence à la protection des droits fondamentaux est expresse dans un considérant 8 du Préambule<sup>239</sup>, et le texte se présente comme ayant un simple objectif de «coordination» de l'action des Etats membres à des fins d'organisation optimale des opérations d'éloignement.<sup>240</sup> En outre, l'éloignement d'étrangers par des vols réguliers et leur éloignement par des vols spéciaux présentent chacun leurs propres avantages et inconvénients, y compris du point de vue du respect dû aux droits fondamentaux des personnes à éloigner.

Les vols réguliers peuvent sembler plus transparents du fait que les personnels d'escorte et la personne à éloigner partagent le même espace physique que les passagers ordinaires. Cette solution est parfois perçue comme limitant le risque d'abus. Toutefois, dans la pratique, la plupart des difficultés liées aux éloignements par avion ces dernières années étaient dues à la présence de passagers ordinaires, dont l'opposition et les protestations peuvent entraîner l'interruption de la procédure d'éloignement, ou parfois même l'annulation du vol, lorsque la personne à éloigner tente d'attirer l'attention en criant et en appelant à l'aide. La présence de passagers ordinaires peut donc exacerber la relation entre la personne et l'escorte et être une source de tensions pendant toute l'opération. Et comme le retour dépend d'un nombre de places suffisant (souvent pas moins de trois pour une personne accompagnée), la durée de rétention de la personne en attente d'éloignement peut prendre des semaines. En effet, la compagnie aérienne qui accepte de prendre à bord des personnes à éloigner, non accompagnées (DEPU – *deportee unaccompanied*) ou accompagnées (DEPA), a des quotas stricts, ce qui peut entraîner des retards importants avant qu'une personne éloignée ne soit véritablement reconduite.

Quant aux vols charters, ils sont pourvus d'une forte charge symbolique, dès lors qu'ils suggèrent le rapatriement «en masse» d'étrangers souvent originaires d'un même pays. Cela a amené de nombreuses organisations de la société civile à s'y opposer. En outre, ils sont

<sup>237</sup> JO n° L 261 du 6 août 2004, p. 28.

<sup>238</sup> Aux p. 84 et 85.

<sup>239</sup> «Les Etats membres mettent en œuvre la présente décision dans le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales et, notamment, de la Convention européenne de la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, de la Convention des Nations unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984, de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951, ainsi que du Protocole de New York du 31 janvier 1967, de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, ainsi que de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 décembre 2000».

<sup>240</sup> Sur les questions d'éloignement, on notera également en 2004 l'adoption de la décision 2004/191 du 23 février 2004 définissant les critères et modalités pratiques de la compensation des déséquilibres financiers résultant de l'application de la directive 2001/40/CE relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, JO n° L60 du 27.02.2004 p. 55.

perçus comme manquant de transparence, puisque l'éloignement, avec l'utilisation de moyens de contrainte dont il peut s'accompagner, se déroule en l'absence de témoins.<sup>241</sup> Cependant, il est plus facile d'envisager sur les vols charters la présence d'observateurs indépendants, par exemple de représentants d'organisations non gouvernementales ou d'institutions de médiation. La présence d'un médecin sur un vol charter peut être requise, sans que cela représente un coût disproportionné. La présence autour de la personne à éloigner d'autres personnes dans une situation similaire peut être rassurante et constituer une meilleure garantie pour sa sécurité à son arrivée dans l'Etat d'origine. D'une manière générale, les médias s'intéressent davantage aux vols charters qu'aux vols réguliers, de sorte que tout abus a de bonnes chances d'être signalé.

Compte tenu de la perspective de voir à l'avenir se multiplier l'organisation de ces vols communs de rapatriement des ressortissants d'Etats<sup>242</sup>, il y a lieu de faire à propos du texte adopté deux remarques principales.

Premièrement, les opérations charter peuvent conduire à la rétention d'un nombre important de personnes éloignées dans l'attente d'un vol charter. Cela peut poser des problèmes de compatibilité avec le principe selon lequel la durée de la rétention dans l'attente de l'éloignement doit être aussi courte que possible. En outre, l'organisation de vols communs pour l'éloignement au départ de deux Etats membres ou plus de ressortissants d'Etats tiers accroît le risque qu'aient lieu des expulsions collectives d'étrangers. Ni l'article 4 du Protocole n° 4 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, ni le droit international général des droits de l'homme, ne font obstacle au rapatriement en commun de plusieurs étrangers en situation illégale de séjour<sup>243</sup>. Dans le seul arrêt où la Cour européenne des droits de l'homme a constaté une violation de l'article 4 du Protocole n° 4, la Cour a réitéré son point de vue selon lequel le fait de contraindre des étrangers, en tant que groupe, à quitter un pays, ne constitue pas une expulsion «collective» dès lors que cet éloignement en groupe a été précédé d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des étrangers qui forment le groupe<sup>244</sup>. La Cour estime cependant que, dans certaines circonstances, des doutes peuvent naître quant au caractère individualisé de l'examen de chacune situation: lorsqu'un ou plusieurs Etats annoncent leur intention de procéder à une opération de rapatriement collectif vers une destination donnée, ils peuvent être tentés de procéder à un examen sommaire de chaque situation individuelle, voire de travailler uniquement sur la base de caractéristiques telles que la nationalité, l'origine ethnique ou la religion, soit dans le cadre de l'examen des demandes d'asile, soit dans l'adoption des décisions d'éloignement proprement dites. En pareille hypothèse, on a affaire à une expulsion collective d'étrangers, au sens de l'article 4 du Protocole n° 4 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme. Telle était précisément la situation dans l'affaire *Conka c. Belgique*, où la Cour a conclu à l'existence d'une expulsion collective en présence d'un vol spécialement affrété pour l'organisation du rapatriement vers la Slovaquie de 74 Slovaques d'origine tzigane, auxquels des ordres de quitter le territoire belge avaient été donnés après qu'ils eurent répondu à une convocation à se rendre auprès de la police<sup>245</sup>. Le recours à des

<sup>241</sup> L'exposé des motifs de Mme Vermot-Mangold à la recommandation 1547(2002)1 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur les procédures d'expulsion conformes aux droits de l'homme et exécutées dans le respect de la sécurité et de la dignité note que «lorsque des moyens de transport alternatifs sont utilisés [vols charters au lieu de vols réguliers], les escortes ont toute latitude de maltraiter les étrangers expulsés en secret, sans témoins» (par. 58).

<sup>242</sup> Dans ses conclusions, le Conseil Affaires générales du 2 juillet 2004 invite «à accroître le recours à des vols communs pour témoigner de l'attachement de l'Union européenne à une action commune en ce qui concerne les retours, à augmenter le nombre de retours à partir de l'Union européenne et à faire un usage plus rationnel des ressources» (doc. n° 11104/04 des 12-13.07.2004).

<sup>243</sup> C.E.D.H. (1<sup>re</sup> section), déc. *Majic c. Suède* du 23 février 1999 (req. n° 45918/99).

<sup>244</sup> C.E.D.H. (3<sup>e</sup> section), arrêt *Conka c. Belgique* du 5 février 2002 (req. n° 51564/99), § 59.

<sup>245</sup> Voir aussi les règlements amiables conclus dans affaires *Sulejmanovic et autres* et *Sejdovic and Sulejmanovic c. Italie* (req. n° 57574/00 et n° 57575/00) (arrêts du 8 novembre 2002).

opérations d'éloignement par vols spéciaux accroît en effet les risques d'un traitement collectif des décisions d'éloignement au plan administratif.

Deuxièmement, une annexe fixe les «orientations communes à prendre pour la sécurité pour les opérations communes d'éloignement». Elle aborde les questions relatives à la vérification de l'état de santé et au traitement des dossiers médicaux des personnes éloignées. Elle définit la fonction des escorteurs, y compris en ce qui concerne le recours à des mesures de coercition, en affirmant le principe selon lequel «en cas de doute, il y a lieu d'interrompre l'opération d'éloignement, y compris l'utilisation de mesures de coercition légales motivée par la résistance et la dangerosité de la personne renvoyée, suivant le principe "pas d'éloignement à tout prix"» (point 3.2.). Elle prévoit qu'un médecin au moins doit être présent à bord de tout vol commun. Elle prévoit aussi la possibilité d'une observation par des «tiers». Cependant, le 10<sup>e</sup> considérant de la décision indique que «les orientations communes, *non obligatoires*, sur les mesures de sécurité relatives aux éloignements communs par voie aérienne *devraient* fournir des indications *utiles* dans le cadre de la mise en œuvre de cette décision» (notre accent). Face aux hésitations à définir de manière contraignante les obligations découlant pour les Etats membres de l'obligation de respecter les droits fondamentaux, il y a lieu de renvoyer aux considérations qu'a développées à propos de l'éloignement forcé des étrangers par voie aérienne le Comité européen pour la prévention de la torture sur la base de l'expérience qu'il a accumulée au cours de ses visites. Il est renvoyé au Rapport 2004 qui résume les enseignements du CPT sur ce point<sup>246</sup>.

### TITRE III: L'EGALITE

#### Article 20. Égalité en droit

Il est renvoyé au commentaire figurant sous l'article 21 de la Charte.

#### Article 21. Non-discrimination

La politique communautaire de lutte contre les discriminations constitue un chantier important et difficile, et il convient de saluer la priorité que lui reconnaît la DG Emploi et Affaires sociales de la Commission européenne. En 2004, l'accent a été mis sur le suivi des directives adoptées en 2000 sur la base de l'article 13 CE<sup>247</sup>. La transposition de ces directives, à la fois en raison de leur caractère ambitieux et en raison de la nouveauté que représente dans certains Etats membres l'interdiction de toute discrimination directe ou indirecte fondée, notamment, sur le handicap, l'orientation sexuelle ou l'âge – qui constituent des motifs de discrimination prohibés «nouveaux», alors que l'interdiction de toute discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique ou sur la religion ou les convictions est plus classique –, s'est avérée plus difficile que prévu, dans l'ensemble des Etats membres. En outre, afin de définir en consultation avec les parties intéressées les directions futures de sa politique de lutte contre les discriminations, la Commission européenne a publié un Livre vert, qui a suscité des réactions nombreuses<sup>248</sup>.

<sup>246</sup> Voir le Rapport 2004, p. 89 à 92, et les extraits qui y figurent du 13<sup>e</sup> rapport général du CPT (CPT/Inf (2003) 35).

<sup>247</sup> 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 (JO n° L 180 du 19.07.2000, p. 22); 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 (JO n° L 303 du 02.12.2000, p. 16).

<sup>248</sup> Egalité et non-discrimination dans l'Union européenne élargie, COM(2004) 379 final.



La question de l'interdiction de la discrimination ayant fait l'objet d'un traitement approfondi dans le Rapport 2004, et le Réseau d'experts indépendants présentant en 2005 une Observation thématique n° 3 relative au droit des minorités dans l'Union qui présente avec ces questions des liens étroits, il n'est pas nécessaire de développer longuement l'impact sur l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux des activités des institutions de l'Union au cours de la période sous examen. Par le passé, le Réseau d'experts indépendants a mis en avant trois propositions. Premièrement, il a suggéré qu'il serait opportun, et en outre conforme au paragraphe 3 de l'article 15 de la Charte sociale européenne révisée dont doit tenir compte l'interprétation de l'article 26 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, que la Communauté européenne progresse vers l'instauration, par une directive spécifique, d'une interdiction générale de la discrimination fondée sur le handicap, allant au-delà des domaines de l'emploi et du travail. Deuxièmement, il a mis en avant des arguments en faveur d'un renforcement de la lutte contre les discriminations subies par la population Rom, qui peut justifier l'adoption d'une directive spécifique tendant à l'intégration de cette minorité dans les domaines de l'emploi, de l'éducation et du logement. Troisièmement, il a souligné la nécessité de réfléchir la compatibilité entre une politique de lutte contre les discriminations intégrant la notion de discrimination indirecte, et comprenant la possibilité que les Etats puissent admettre une présomption de discrimination établie sur la base de données statistiques, d'une part, le droit au respect de la vie privée à l'égard du traitement de données à caractère personnel, d'autre part.

La Commission européenne a exprimé le souhait, dans l'immédiat, d'accorder la priorité à l'effectivité du cadre juridique existant, et notamment à la transposition complète des directives déjà adoptées. Bien entendu, cela ne constitue pas une prise de position sur l'opportunité d'avancer dans les directions proposées, ni sur le poids des arguments qui peuvent être mis en avant pour justifier que ces initiatives soient prises. Conformément à l'article 17 de la 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 et à l'article 19 de la 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, la Commission européenne devra faire rapport au Parlement européen et au Conseil sur la mise en œuvre de ces instruments, sur la base des informations que les Etats membres doivent lui remettre respectivement en juillet et décembre 2005. Cela fournira l'occasion d'une réflexion plus approfondie sur les avantages ou les obstacles de ces différentes propositions, y compris celles figurant dans l'Observation thématique n° 3 sur les droits des minorités dans l'Union.

### **Article 22. Diversité culturelle, religieuse et linguistique**

L'Observation thématique n° 3 sur les droits des minorités dans l'Union européenne traite de la question de la protection des minorités nationales grâce à l'exigence de non-discrimination. Aucun autre commentaire n'est nécessaire en vertu de cette disposition de la Charte des droits fondamentaux.

### **Article 23. Égalité entre hommes et femmes**

L'actualité de l'année 2004 en matière d'égalité de traitement entre hommes et femmes a été marquée non seulement par l'adoption au terme de la Conférence intergouvernementale du Traité établissant une Constitution pour l'Union, mais également par l'adoption de la directive 2004/113/CE du Conseil mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services. Il y a lieu également de relever des développements intéressants au sein de la jurisprudence européenne.

*L'intégration de l'exigence de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes*

Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe confirme à l'article III-216 la nécessité d'envisager la réalisation de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes en tant qu'objectif transversal, devant être pris en compte dans l'ensemble des politiques de l'Union:

Pour toutes les actions visées à la présente partie, l'Union cherche à éliminer les inégalités et à promouvoir l'égalité, entre les femmes et les hommes.

Selon la Déclaration (n° 13) relative à cette disposition de la Constitution, la Conférence intergouvernementale interprète l'exigence de promouvoir cette égalité comme s'étendant à l'obligation de lutter contre toutes les formes de violence domestique.

*L'extension de l'exigence de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services*

Le 13 décembre 2004, la directive 2004/113/CE du Conseil exécutant le principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans le domaine de l'accès à des biens et services et de la fourniture de biens et services avait été adoptée sur base de l'article 13 de la CE. En accueillant cette initiative, le Rapport de 2004 avait soulevé la question de savoir s'il était approprié de justifier l'exemption du contenu des médias et de la publicité du champ d'application de la directive. Bien que cette exemption soit confirmée dans la directive (article 3(3)), le Préambule n'invoque heureusement pas la liberté d'expression et le respect du pluralisme des médias pour la justifier. Cette adaptation du Préambule est la bienvenue. L'article 22bis de la directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle<sup>249</sup>, modifiée par la directive 97/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997<sup>250</sup>, prévoit d'ailleurs que «les Etats membres veillent à ce que les émissions ne contiennent aucune incitation à la haine pour des raisons de race, de sexe, de religion ou de nationalité». Dans un tel contexte, il aurait été curieux que la liberté d'expression et le respect dû au pluralisme des médias soient invoqués dans le Préambule de la directive 2004/113/CE afin d'exclure du champ de l'interdiction de toute discrimination fondée sur le sexe le contenu des médias.

En ce qui concerne l'autre problème soulevé dans le Rapport de 2004, la proposition de la Commission n'a pas été modifiée ainsi qu'il avait été suggéré. Selon l'article 9 (Charge de la preuve) de la directive,

lorsque des personnes se considérant lésées parce qu'elles n'ont pas bénéficié du principe du traitement égal présenteront à un tribunal ou à une autre autorité compétente des faits permettant de supposer qu'il y a eu une discrimination directe ou indirecte, les Etats membres prendront les mesures nécessaires, conformément à leurs systèmes judiciaires nationaux, pour garantir que ce sera au défendeur de prouver que le principe du traitement égal n'a pas été violé.

Cette disposition laisse aux Etats membres la responsabilité de déterminer quels «faits» mèneront à la présomption qu'une discrimination a eu lieu. Ce sera donc le défendeur qui sera chargé de la preuve dans les procédures judiciaires ou administratives. La directive, ou tout au moins son Préambule, aurait dû insister sur le fait que la preuve statistique doit être autorisée pour que la lutte contre la discrimination basée sur le sexe soit efficace. Dans l'affaire

<sup>249</sup> JO n° L 298 du 17.10.1989, p. 23.

<sup>250</sup> Directive 97/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, JO n° L 202 du 30.07.1997, p. 60.

*Enderby*, c'est en tenant compte de ce que la demanderesse avait mis en avant des données statistiques permettant d'établir une apparence de discrimination que la Cour a considéré que, «dans une situation de discrimination apparente, c'est à l'employeur de démontrer qu'il existe des raisons objectives à la différence de rémunération constatée. En effet, les travailleurs seraient privés du moyen de faire respecter le principe de l'égalité des rémunérations devant la juridiction nationale si la présentation d'éléments permettant de révéler une discrimination apparente n'avait pas pour effet d'imposer à l'employeur la charge de prouver que la différence de rémunération n'est pas, en réalité, discriminatoire.»<sup>251</sup> Etant donné que les directives 2000/43/CE et 2000/78/CE ne prévoient que la *possibilité* que les Etats membres autorisent la preuve statistique de la discrimination sans créer une *obligation* à cet égard, l'article 9(1) de la directive 2004/113/CE du Conseil mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services risque d'être interprété de la même façon. On suppose que cela constituerait une interprétation erronée des exigences d'une lutte efficace contre la discrimination basée sur le sexe qui, cela a été amplement prouvé, repose sur la possibilité de la preuve statistique dans le cadre du travail et de l'emploi.

Finalement, on remarque que, selon la directive 2004/113/CE, «le principe de l'égalité de traitement dans l'accès à des biens et services n'exige pas que les installations fournies soient toujours partagées entre les hommes et les femmes, pour autant que cette fourniture ne soit pas plus favorable aux membres d'un sexe». Dans le cadre de la directive 2000/78/CE du Conseil, posant la question de savoir si cet instrument était tout à fait approprié pour protéger les droits de la Convention de Rome contre les formes spécifiques de discrimination auxquelles ils étaient confrontés en vertu de la directive 2000/43/CE du Conseil mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, dans la mesure où il n'interdit pas la ségrégation de façon explicite, à moins qu'elle ne s'accompagne d'avantages inégaux. Malheureusement, cette interprétation restrictive de la directive 2000/43/CE du Conseil risque d'être encouragée par la distinction que fait la directive 2004/113/CE entre «les installations séparées» et «la discrimination». Les arguments en faveur d'une directive visant particulièrement à l'intégration de ces droits sont donc renforcés par le contexte de la nouvelle doctrine créée par l'adoption de la directive 2004/113/CE du Conseil mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services.

#### *Jurisprudence en matière d'égalité de traitement entre hommes et femmes*

Dans le cadre d'un recours en manquement que la Commission européenne a introduit en mai 2003 (C-203/03) contre l'Autriche, la Commission demandait à la Cour de justice des Communautés européennes de déclarer qu'en maintenant l'interdiction générale d'engager des femmes, à de rares exceptions près, dans le secteur de l'industrie minière souterraine (en vertu de l'article 2 du *Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit über Beschäftigungsverbote und -beschränkungen für Arbeitnehmerinnen* (Réglementation du ministère fédéral de l'Economie et du Travail concernant les interdictions et les restrictions à l'engagement de travailleurs de sexe féminin) datant du 4 octobre 2001 (BGBl. II, 356/2001)), et l'interdiction générale d'engager des femmes pour des emplois dans lesquels elles devaient travailler dans une pression atmosphérique élevée et effectuer de la plongée sous-marine (en vertu des articles 8 et 31 du *Druckluft- und Taucherarbeitenverordnung* (Réglementation sur le travail effectué dans une pression atmosphérique élevée et dans le secteur de la plongée sous-marine) du 25 juillet 1973 (BGBl. 501/1973)), ce qui est contraire aux dispositions de la directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976 sur l'application du principe de l'égalité de traitement des hommes et des femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, la formation et la promotion professionnelles et les conditions de travail (JO 1976 n° L 39, p. 40), la République d'Autriche n'avait pas rempli les obligations prévues par les articles 2 et 3 de cette

<sup>251</sup> C.J.C.E., 27 octobre 1993, *Enderby*, C-127/92, *Rec.*, p. I-5535, point 18.

directive et par les articles 10 et 249 CE. Le jugement rendu par la Cour de justice le 1<sup>er</sup> février 2005 mérite une description détaillée.

En ce qui concerne le premier point (l'exclusion des femmes du secteur de l'industrie minière souterraine), la Cour a estimé que, même si l'article 2(3) de la directive 76/207/CEE reconnaît qu'il est légitime au regard du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, d'une part, de protéger la condition biologique d'une femme pendant et après la grossesse et, d'autre part, de préserver la relation particulière entre une femme et son enfant pendant la période qui suit la grossesse et l'accouchement (point 43), il n'autorise pas l'exclusion des femmes d'un certain type d'emplois «en se basant simplement sur le fait qu'elles devraient bénéficier d'une plus grande protection que les hommes contre les risques affectant de la même façon les hommes et les femmes et qui se distinguent des besoins particuliers de protection des femmes, tels que ceux expressément mentionnés» (point 45, dans lequel la Cour fait référence à l'affaire 222/84 Johnston [1986] ECR 1651, paragraphe 44, et à l'affaire C-285/98 Kreil [2000] ECR I-69, paragraphe 30). La Cour a donc conclu que l'interdiction générale d'engager des femmes dans le secteur de l'industrie minière souterraine prévue par l'article 2(1) de la réglementation de 2001, même lue conjointement avec le sous-paragraphe 2 de cet article concernant les femmes employées dans le secteur des services de santé ou des services sociaux, ne constituait pas une différence de traitement autorisée par l'article 2(3) de la directive 76/207/CEE. Cependant, le gouvernement autrichien soutenait également que, sans tenir compte des raisons médicales invoquées, les restrictions à l'engagement de femmes dans le secteur de l'industrie minière souterraine seraient, dans les limites fixées par la nouvelle législation, justifiées par le fait que la république d'Autriche doit respecter la Convention n° 45 de l'O.I.T., qu'elle a ratifiée en 1937. Il invoquait à cet égard l'article 307 CE, qui prévoit que les obligations provenant des accords conclus par les États membres avant la date de leur adhésion, d'une part, entre un ou plusieurs États membres et, d'autre part, entre un ou plusieurs pays tiers ne sont pas affectées par les dispositions du Traité CE. La Cour a rappelé qu'en vertu de l'article 307 al. 2 CE, dans la mesure où les accords précédents ne sont, selon le premier paragraphe de cet article, pas compatibles avec le Traité, les États membres ou les États concernés doivent prendre toutes les mesures appropriées pour supprimer les incompatibilités créées, y compris en dénonçant les accords en question (affaire C-62/98, Commission c. Portugal [2000] Rec., p. I-5171). Néanmoins, la Cour est reconnaît qu'en mai 1997, lorsque, pour la première fois depuis la date de son adhésion à l'Union européenne en 1995, l'Autriche aurait pu dénoncer la Convention n° 45 de l'O.I.T., «l'incompatibilité entre l'interdiction prévue par cette convention et les dispositions de la directive 76/207 n'avait pas été établie assez clairement pour que cet État membre soit obligé de dénoncer cette convention» (point 62). La Cour a bien précisé que l'Autriche devrait dénoncer la Convention de l'O.I.T. dès que l'occasion s'en présenterait, c'est-à-dire, selon les termes de cette Convention, le 30 mai 2007.

A propos du second point, l'interdiction d'engager des femmes pour des emplois dans lesquelles elles doivent travailler dans une pression atmosphérique élevée et effectuer de la plongée sous-marine, la Cour est arrivée à la conclusion qu'en maintenant cette interdiction, la République d'Autriche n'a pas respecté les obligations prévues par les articles 2 et 3 de la directive 76/207/CEE. En ce qui concerne l'interdiction d'engager des femmes pour des emplois dans lesquels elles doivent travailler sous une pression atmosphérique élevée, le gouvernement autrichien a justifié cette exclusion en affirmant que les femmes avaient des capacités respiratoires plus faibles et un taux plus bas de globules rouges. Mais la Cour a estimé que le gouvernement autrichien se basait sous cet aspect sur un argument reposant sur des valeurs moyennes évaluées chez des femmes pour les comparer avec celles des hommes. Elle a également noté qu'en ce qui concerne ces variables, les valeurs individuelles des hommes et des femmes se recoupent fréquemment: «Dans ces circonstances, la législation empêchant toute estimation individuelle et interdisant aux femmes l'accès à l'emploi en

question, lorsqu'il n'est pas interdit aux hommes dont les capacités vitales et le taux de globules rouges sont égaux ou inférieurs aux valeurs moyennes de ces variables mesurées chez des femmes, n'est pas autorisée en vertu de l'article 2 § 3 de la directive 76/207 et constitue une discrimination basée sur le sexe» (point 73).

Une autre décision remarquable rendue par la Cour de justice des Communautés européennes au cours de la période sous examen est l'arrêt rendu sur renvoi préjudiciel dans l'affaire *Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten contre Wirtschaftskammer Österreich*<sup>252</sup> qui avait été portée devant la Cour suprême autrichienne. La Cour de justice a estimé qu'une disposition nationale permettant de tenir compte du service militaire ou civil au moment du calcul des retraites n'était pas discriminatoire vis-à-vis des personnes ayant pris un congé parental puisqu'en raison de la nature différente des motifs sous-jacents, les travailleurs qui en bénéficient ne se trouvent pas dans des situations comparables. Alors que le service militaire ou civil est effectué sur une base obligatoire dans l'intérêt public, les périodes de congés parentaux sont pris volontairement dans l'intérêt privé de la famille. Une différence de traitement, en ce qui concerne le montant des retraites, n'enfreint donc pas le principe de l'égalité des rémunérations pour un travail de même valeur inscrit à l'article 141 CE et l'article 1<sup>er</sup> de la directive 75/117/CEE du Conseil du 10 février 1975.

Trois questions portant sur l'interprétation de l'article 141 CE et l'article 1<sup>er</sup> de la directive 75/117/CEE du Conseil du 10 février 1975 sur le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes ont été soulevées dans le cadre du litige opposant l'*Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten* («le *Gewerkschaftsbund*»), un syndicat représentant les employés du secteur privé, et la *Wirtschaftskammer Österreich*, une chambre économique autrichienne, concernant l'exigence d'une retraite égale pour les travailleurs masculins et féminins. La Cour a d'abord estimé qu'une disposition nationale permettant de tenir compte du service militaire ou civil obligatoire lors du calcul du montant de la retraite suivant la durée de la cessation de travail est comprise dans le terme «rémunération» des dispositions en question. En ce qui concerne la deuxième et la troisième question concernant la différence de traitement, sur le plan du montant des retraites, entre les travailleurs ayant pris un congé parental et ceux ayant effectué leur service militaire ou civil, la Cour réitère que «le principe de l'égalité de traitement prévu par l'article 141 de la CE et la directive 75/117, tout comme le principe de non-discrimination, qui en est une expression spécifique, implique que les travailleurs hommes et femmes qui en bénéficient soient dans des situations comparables». Cependant, dans le cas présent, les deux services étaient d'une nature différente: le congé parental est pris volontairement pour élever son enfant et doit être différencié d'abord du congé de maternité et ensuite du caractère obligatoire du service militaire ou civil qui est effectué dans l'intérêt du public et non pas dans l'intérêt privé du travailleur. Par conséquent, la Cour conclut que «dans chaque cas, la suspension du contrat de travail est donc basée sur des raisons particulières, plus précisément l'intérêt du travailleur et de sa famille dans le cas du congé parental et les intérêts collectifs de la nation dans le cas du service national. Etant donné que ces services sont de nature différente, les travailleurs qui en bénéficient ne se trouvent pas dans des situations comparables». Par conséquent, «l'article 141 de la CE et la directive 75/117 n'empêchent pas, lors du calcul des retraites, de tenir compte, pour le calcul de l'ancienneté, de la durée des périodes de service militaire ou de son équivalent civil effectué la plupart du temps par des hommes, mais pas du congé parental pris la plupart du temps par des femmes».

---

<sup>252</sup> C.J.C.E., *Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten contre Wirtschaftskammer Österreich*, C-220/02, arrêt du 8 juin 2004.

## Article 24. Droits de l'enfant

La décision-cadre 2004/68/JHA du Conseil du 22 décembre 2003 sur la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pornographie infantile contribue fortement à la protection de l'enfant. L'article 5 de la Charte commente cet instrument.

L'adoption de cet instrument mis à part, une initiative prise en faveur de la protection des enfants au cours de la période sous examen mérite l'attention. Elle a consisté dans la publication d'un rapport demandé par la DG Emploi et Affaires sociales, consistant en une étude thématique utilisant des comparaisons transnationales pour analyser et identifier les combinaisons d'approches politiques les plus efficaces pour prévenir et réduire les taux élevés de pauvreté des enfants. L'étude a été présentée en mars 2004<sup>253</sup>. Son objectif était de proposer une vue d'ensemble comparative des stratégies publiques développées dans différents Etats (les Etats membres de l'Union européenne et les Etats-Unis) pour combattre la pauvreté des enfants, afin de comparer leur efficacité et de déterminer quelle combinaison politique donnerait les meilleurs résultats. Dans ses conclusions, l'auteur propose que «la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant soit utilisée comme cadre de développement, d'application et de contrôle des politiques au niveau de l'Union européenne et des Etats membres. L'Union européenne devrait intégrer les principes de la CDE dans la politique et la législation afin d'attirer l'attention sur l'enfant au niveau de l'Union européenne et de mieux promouvoir les droits des enfants et leur bien-être». Les autres principales conclusions substantielles sont les suivantes:

10. Selon la CDE, les enfants et les adolescents devraient participer aux processus de prises de décisions qui affectent leur vie. Des efforts sont nécessaires pour toucher et pour impliquer les enfants socialement exclus.

11. Au niveau européen, la pauvreté infantile et l'exclusion sociale devraient jouer un rôle plus important au sein de l'OMC [<sup>254</sup>] de sorte que les processus d'analyse comparative et d'examen par des pairs soient renforcés.

12. Tous les Etats membres devraient adopter une approche explicite et intégrée pour s'attaquer au problème de la pauvreté et de l'exclusion sociale chez les enfants et les adolescents. Une stratégie cohérente nécessite une coordination centrale et interdépartementale.

13. Tous les Etats membres devraient adopter des objectifs d'éradication de la pauvreté infantile sur base d'indicateurs clairs. L'efficacité des politiques et leur impact sur les enfants et les adolescents devraient être évalués.

14. Les Etats membres devraient adopter une combinaison politique équilibrée pour lutter contre la pauvreté infantile. Celle-ci doit comprendre des stratégies aidant les parents à trouver un travail suffisamment bien payé, conciliant mieux le travail avec la vie familiale et permettant des transferts d'argent appropriés, l'accès à des garderies de bonne qualité et abordables, aux services de l'enfance et aux soins de santé. Il faut être particulièrement attentif pour garantir à tous les enfants un accès égal à l'éducation.

<sup>253</sup> L'étude est disponible sur: [http://europa.eu.int/comm/employment\\_social/social\\_inclusion/studies\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/employment_social/social_inclusion/studies_en.htm).

<sup>254</sup> L'étude fait les commentaires suivants sur l'inclusion d'un organisme de protection des enfants dans les Plans d'action nationaux contre la pauvreté et l'exclusion sociale (PAN/insertion): «Les conditions dans lesquelles les enfants grandissent (...) attirent de plus en plus l'attention, au niveau national et européen. Comparé à la première série de Plans d'action nationaux contre l'exclusion sociale, le nouveau PAN/insertion 2003-2005 tient en général davantage compte de la pauvreté et de l'exclusion sociale frappant des enfants et comprend plus de stratégies garantissant le bon développement et l'insertion sociale des enfants – notamment parce que les Lignes directrices communes (le Comité 2003 de protection sociale) et les Objectifs communs (le Comité 2002 de protection sociale) ont souligné la situation de l'enfant. Bien que ce développement soit encourageant, les intérêts et les droits des enfants ne sont toujours pas systématiquement pris en compte. De nombreux pays considèrent les enfants et leur bien-être d'un point de vue d'adultes, se concentrent sur les besoins des parents et des familles et ont tendance à ignorer l'opinion des enfants. La convergence croissante des objectifs et des politiques de lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale des enfants s'accompagne donc toujours d'une divergence persistante dans la perception sous-jacente et la reconnaissance de l'enfant et de ses droits».

15. Au cours du processus de réforme des systèmes sociaux, l'effet des politiques sur les enfants et les familles à bas revenus devrait être contrôlé et les politiques devraient être axées sur les enfants et sur la pauvreté.

16. Les politiques devraient se concentrer sur la qualité de vie actuelle des enfants, sur les impacts à long terme de la pauvreté et de l'exclusion sociale sur leur future vie d'adultes et aussi sur la société dans son ensemble. La situation des enfants courant un risque extrêmement élevé d'exclusion sociale devrait être particulièrement visée.

Ce que prouve cette étude, en plus d'une relative diversité des approches entre les différents états examinés combinée à une importante convergence dans la définition des objectifs, est le besoin d'aborder la prévention et la réduction de la pauvreté infantile par des mécanismes de gouvernance appropriés. Ceux-ci devraient comprendre, conformément au Commentaire général n° 5 (2003) du Comité des droits de l'enfant (mesures générales d'application de la Convention des droits de l'enfant)<sup>255</sup>: l'adoption d'une stratégie nationale détaillée ou d'un plan d'action national pour les enfants, développé par le biais d'un processus de consultation avec les enfants et qui donnerait priorité aux groupes d'enfants marginalisés ou défavorisés; la définition d'objectifs réels et accessibles liés à l'ensemble des droits de l'enfant; une coordination adéquate entre les différents services et niveaux gouvernementaux, ainsi qu'entre le gouvernement et la société civile; la systématisation de la détermination de l'impact sur l'enfant (prévoyant les impacts probables de toute proposition de loi, de toute politique ou de toute allocation budgétaire affectant les enfants et les empêchant de bénéficier de leurs droits) et l'évaluation de l'impact sur l'enfant (évaluant après coup l'impact réel de leur exécution); le rassemblement et l'analyse de données suffisantes et fiables concernant les enfants qui soient désagrégées pour permettre l'identification de la discrimination et/ou des disparités dans la mise en œuvre de ces droits; et la création d'institutions indépendantes de défense des droits de l'homme garantissant le contrôle des politiques publiques et des recommandations améliorant la situation des droits de l'enfant.

Bien que la plupart des recommandations concluant l'étude des stratégies pour la prévention et la réduction de la pauvreté infantile soient pertinentes au niveau national, elles pourraient servir à orienter les futurs Plans d'action nationaux contre la pauvreté et l'exclusion sociale (PAN/insertion), dans la mesure où elles sont pertinentes pour les activités des institutions de l'Union européenne. De plus, les recommandations concernant le rôle central à accorder à la Convention relative aux droits de l'enfant et les mécanismes institutionnels devant être adoptés pour garantir que ses exigences seront prises en compte comme il se doit dans le processus de prise de décisions politiques et législatives peuvent inspirer les futures initiatives de l'Union à cet égard, surtout dans le cadre de la création de la future Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne.

### **Article 25. Droits des personnes âgées**

Cette disposition de la Charte n'est pas commentée dans le présent rapport. Il est renvoyé aux rapports nationaux ainsi qu'au *Rapport de synthèse : la situation des droits fondamentaux dans l'Union et ses Etats membres en 2004* contenant les conclusions et recommandations du Réseau pour l'année 2004.

### **Article 26. Intégration des personnes handicapées**

Les précédents rapports préparés au sein du Réseau d'Experts indépendants en matière de droits fondamentaux ont fait des propositions détaillées visant à garantir aux personnes handicapées une protection renforcée contre la discrimination. Par conséquent, sous cette

<sup>255</sup> CRC/GC/2003/5, 27 novembre 2003.

disposition de la Charte, il n'est fait référence ici qu'à une seule question d'interprétation de la 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. Il est établi que l'adoption de réglementations en matière de santé et de sécurité au travail peut constituer dans certains cas une entrave à l'engagement de personnes handicapées. Ce risque existe particulièrement lorsque les Etats membres vont au-delà des exigences minimales établies en vertu du droit de la Communauté européenne dans le domaine de la santé et de la sécurité au travail. L'article 1 § 3 de la directive 89/391/CEE du Conseil du 12 juin 1989 concernant la mise en oeuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail (JO n° L 183, 29.06.1989, p. 1), énonce que cette directive « ne porte pas atteinte aux dispositions nationales et communautaires, existantes ou futures, qui sont plus favorables à la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail »; et les autres directives sectorielles adoptées dans ce domaine définissent également des exigences minimales pour les Etats membres. Cependant, en faisant référence au Rapport intitulé «Pre-Employment Inquiries and Medical Examinations as Barriers to the Employment of Persons with Disabilities : Reconciling the Principle of Equal Treatment and Health and Safety Regulations under European Union Law » préparé à la demande de la DG emploi et affaires sociales de la Commission européenne au Réseau d'Experts juridiques concernant la discrimination basée sur le handicap, il y a lieu de souligner le besoin de clarifier la relation entre la possibilité pour les Etats membres de garantir un niveau élevé de protection de la santé et de la sécurité au travail et l'exigence de garantir l'égalité de traitement dans l'emploi aux travailleurs handicapés.

En renvoyant aux conclusions de ce Rapport, il faut relever qu'actuellement un Etat membre ne violerait pas les obligations prévues en vertu de la 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 s'il permettait aux employeurs accusés de discrimination envers les personnes handicapées pour avoir refusé à celles-ci une possibilité d'emploi de se défendre en affirmant vouloir se conformer aux réglementations nationales existantes destinées à protéger la santé et la sécurité sur le lieu de travail. Ceci se déduit des articles 2(5), 7(2) et 2(2)(b) de la directive-cadre. Cependant, les Etats membres devraient définir précisément les conditions dans lesquelles cette justification peut être invoquée: dès lors que celle-ci constitue une exception au principe de l'égalité de traitement, elle ne devrait pas être considérée de façon trop générale et permettre que les réglementations en matière de santé et de sécurité deviennent des prétextes pour exercer une discrimination envers les personnes handicapées dans le domaine de l'emploi. Le rapport précité suggérait en particulier qu'en vertu de la directive-cadre, cette justification ne devrait être considérée comme admissible que lorsque a) il ne serait pas simplement plus difficile ou plus contraignant, mais impossible pour l'employeur engageant la personne handicapée de se conformer aux exigences fixées par les réglementations existantes en matière de santé et de sécurité, même en fournissant à cette personne une forme d'aménagement raisonnable; b) cette impossibilité a été attestée sur la base d'une appréciation individuelle de la personne concernée, de tous les aménagements pouvant être prévus en tant qu'alternative au refus d'engagement de la personne (ou en tant qu'alternative à son licenciement), et de l'incompatibilité entre les obligations de l'employeur de garantir la santé et la sécurité au travail et le recrutement (ou le maintien dans l'emploi) de la personne concernée; il ressort de cette exigence que toute restriction générale, s'appliquant à un ensemble de personnes présentant un certain type de handicap, devrait être considérée comme une violation de la directive-cadre, même lorsque cette restriction est soi-disant justifiée par la nécessité de se conformer aux exigences en matière de santé et de sécurité au travail ; c) l'incompatibilité invoquée par l'employeur entre ses obligations de garantir la santé et la sécurité sur le lieu de travail et le recrutement (ou l'engagement) de la personne concernée se fonde sur les connaissances médicales actuelles ou se trouve établi sur les bases les plus objectives, plutôt que sur l'appréciation subjective de l'employeur, même lorsque ce dernier affirme avoir agi de bonne foi et sans intention de discriminer; et d) la procédure permettant de justifier le refus de l'employeur d'engager une personne handicapée (ou de la



licencier) est conforme aux droits fondamentaux reconnus par le droit de l'Union européenne, et en particulier au droit au respect de la vie privée et à la protection des données personnelles. Le Rapport concluait:

La directive-cadre n'oblige pas un Etat membre à écarter de ses réglementations en matière de santé et de sécurité les réglementations qui, sous le prétexte de fournir une protection dans ces domaines, peuvent influencer de façon négative l'accès des personnes handicapées à l'emploi. Cependant, les Etats membres peuvent y être encouragés et peut-être incités, dans la mesure où ils ont prévu un niveau de protection de la santé et de la sécurité au travail qui va au-delà des niveaux minima exigés en vertu des directives de la CE ou de l'article 3 § 3 de la Charte sociale européenne révisée.

#### **TITRE IV: SOLIDARITE**

##### **Article 27. Droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise**

Cette disposition de la Charte n'est pas commentée dans le présent rapport. Il est renvoyé aux rapports nationaux ainsi qu'au *Rapport de synthèse : la situation des droits fondamentaux dans l'Union et ses Etats membres en 2004* contenant les conclusions et recommandations du Réseau pour l'année 2004.

##### **Article 28. Droit de négociation et d'actions collectives**

Cette disposition de la Charte n'est pas commentée dans le présent rapport. Il est renvoyé aux rapports nationaux ainsi qu'au *Rapport de synthèse : la situation des droits fondamentaux dans l'Union et ses Etats membres en 2004* contenant les conclusions et recommandations du Réseau pour l'année 2004.

##### **Article 29. Droit d'accès aux services de placement**

Cette disposition de la Charte n'est pas commentée dans le présent rapport. Il est renvoyé aux rapports nationaux ainsi qu'au *Rapport de synthèse : la situation des droits fondamentaux dans l'Union et ses Etats membres en 2004* contenant les conclusions et recommandations du Réseau pour l'année 2004.

##### **Article 30. Protection en cas de licenciement injustifié**

Cette disposition de la Charte n'est pas commentée dans le présent rapport. Il est renvoyé aux rapports nationaux ainsi qu'au *Rapport de synthèse : la situation des droits fondamentaux dans l'Union et ses Etats membres en 2004* contenant les conclusions et recommandations du Réseau pour l'année 2004.

##### **Article 31. Conditions de travail justes et équitables**

Deux débats importants au cours de la période sous examen seront abordés sous cette disposition de la Charte. Le premier débat a précédé la proposition de modification de la

directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'organisation du temps de travail. Le second débat a eu pour objet l'impact potentiel de la proposition de directive concernant les services dans le marché intérieur sur les droits sociaux fondamentaux des travailleurs, dans le cadre d'une Union élargie où la protection dont bénéficient les travailleurs peut varier d'un Etat membre à l'autre.

### *L'organisation du temps de travail*

La Commission a fait une proposition<sup>256</sup> visant à modifier la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'organisation du temps de travail<sup>257</sup>. L'aspect de cette proposition qui a été le plus discuté concerne la disposition sur «l'opt-out» qui figure actuellement dans l'article 22 § 1 de la directive. Des positions radicalement opposées ont été exprimées et des arguments contradictoires sont échangés à propos de cette disposition –la protection de la santé et de la sécurité et la compatibilité entre le travail et la vie de famille, d'une part, et d'autre part la flexibilité dans la gestion du temps de travail et la compétitivité, surtout dans les petites et moyennes entreprises –. Afin de concilier ces attentes contradictoires, la Commission a proposé de conserver le principe de l'option individuelle de refus (opt-out individuel) à partir d'une moyenne de 48 heures hebdomadaires, mais –reconnaissant que «l'expérience acquise dans l'application de l'article 22, paragraphe 1<sup>er</sup>, montre que la décision finale purement individuelle de ne pas être tenu par l'article 6 de la directive peut poser des problèmes en ce qui concerne la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs et aussi de libre choix du travailleur» (Préambule, 9<sup>e</sup> considérant, de la proposition) – propose de renforcer la protection du travailleur en introduisant un système double qui, d'après la Commission, combine les avantages de l'approche individuelle et ceux des conventions collectives de travail.

Selon ce système double, «l'opt-out sera conditionné à son autorisation préalable par convention collective ou accord entre les partenaires sociaux, mais seulement dans les cas où de tels accords sont possibles aux termes de la loi et/ou pratique nationale. Si ce n'est pas le cas, l'opt-out continuera à être possible par consentement individuel, mais les conditions d'application sont revues pour prévenir les abus et assurer que le choix du travailleur est entièrement libre. En outre, dans ce cas, la proposition prévoit une limite de la durée du temps de travail hebdomadaire dans une semaine quelconque»<sup>258</sup>. En outre, afin de tenir compte de la situation particulière des PME, le système reposant sur l'opt-out individuel demeure en vigueur lorsque aucune convention collective n'est en vigueur et qu'il n'existe pas, dans l'entreprise ou l'établissement concerné, de représentation du personnel habilitée, en conformité avec la législation et/ou la pratique nationales, à conclure une convention collective ou un accord entre partenaires sociaux dans ce domaine. L'article 22, § 1<sup>er</sup>, proposé, auquel un paragraphe supplémentaire serait adjoint (article 22, § 1<sup>er bis</sup>), se lirait ainsi:

1. Les Etats membres ont la faculté de ne pas appliquer l'article 6 [prévoyant un seuil maximum de 48 heures par semaine] tout en respectant les principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs. La mise en œuvre de cette faculté doit cependant être expressément prévue par la convention collective ou l'accord conclu entre partenaires sociaux au niveau national ou régional ou en conformité avec la législation et/ou les pratiques nationales, par voie de conventions collectives ou d'accords conclus entre partenaires sociaux à un niveau adéquat.

La mise en œuvre de cette faculté est également possible, par accord entre l'employeur et le travailleur, lorsque aucune convention collective n'est en vigueur et qu'il n'existe pas, dans l'entreprise ou l'établissement concerné, de représentation du personnel

<sup>256</sup> COM(2004) 607 final du 22.09.2004.

<sup>257</sup> JO n° L 299 du 18.11.2003, p. 9.

<sup>258</sup> Mémoire explicatif à la proposition, par. 12.

habilitée, en conformité avec la législation et/ou la pratique nationales, à conclure une convention collective ou un accord entre partenaires sociaux dans ce domaine.

*1bis.* En tout cas, les Etats membres faisant usage de la faculté prévue au paragraphe 1<sup>er</sup> doivent prendre les mesures nécessaires pour assurer que:

- a) aucun employeur ne demande à un travailleur de travailler plus de quarante-huit heures au cours d'une période de sept jours, calculée comme moyenne de la période de référence visée à l'article 16, point b), à moins qu'il ait obtenu l'accord par écrit du travailleur pour effectuer un tel travail. La validité d'un tel accord ne peut être supérieure à un an, renouvelable. Un accord donné lors de la signature du contrat individuel de travail ou pendant toute période d'essai serait nul et non avenu;
- b) aucun travailleur ne puisse subir aucun préjudice du fait qu'il n'est pas disposé à donner son accord pour effectuer un tel travail;
- c) aucun travailleur ne puisse prester plus de soixante-cinq heures dans une semaine quelconque, à moins que la convention collective ou l'accord conclu entre partenaires sociaux n'en dispose autrement;
- d) l'employeur tienne des registres mis à jour de tous les travailleurs qui effectuent un tel travail et du nombre d'heures effectivement prestées;
- e) les registres soient mis à la disposition des autorités compétentes qui peuvent interdire ou restreindre, pour des raisons de sécurité et/ou de santé des travailleurs, la possibilité de dépasser la durée maximale hebdomadaire de travail;
- f) l'employeur, sur demande des autorités compétentes, fournisse à celles-ci des informations sur les accords donnés par les travailleurs pour effectuer un travail dépassant quarante-huit heures au cours d'une période de sept jours, calculée comme moyenne de la période de référence visée à l'article 16, point b), ainsi que sur les heures effectivement prestées par ces travailleurs.

Afin d'évaluer correctement la portée de cette proposition, il faut se garder du réflexe qui consisterait à considérer comme nécessairement préférable une solution qui s'avère se situer dans une position intermédiaire aux positions contrastées soutenues par les partenaires sociaux sur la question de la révision de l'«opt-out» individuel prévu à l'article 22 de la directive. La flexibilisation que permet le maintien de l'opt-out individuel peut avoir un impact sur la santé et la sécurité des travailleurs concernés, la fatigue, à laquelle sont associés le risque de maladies cardio-vasculaires ainsi que l'augmentation du nombre d'accidents de travail, étant directement proportionnée au nombre d'heures prestées. Elle peut décourager l'entrée des femmes sur le marché du travail, étant donné qu'elle renforce les difficultés de conciliation entre vie familiale et vie professionnelle. Elle peut également renforcer la ségrégation professionnelle entre les hommes et les femmes, les postes les plus élevés de la hiérarchie professionnelle exigeant une disponibilité plus grande du travailleur. Enfin, bien que la proposition de la Commission vise à renforcer la réalité du consentement du travailleur en préservant la liberté de choix de celui-ci, notamment en garantissant qu'aucun travailleur ne pourra subir de préjudice du fait qu'il n'est pas disposé à donner son accord pour travailler au-delà des 48 heures hebdomadaires, la contrainte que subit le travailleur réside essentiellement dans la circonstance qu'il est mis en concurrence avec d'autres travailleurs auxquels la même extension est demandée, et que son refus pourra conduire à lui confier des tâches comprenant des responsabilités moindres, ainsi qu'à décourager sa promotion à des postes à responsabilité plus importants. Il est à cet égard notable que, selon une étude que cite l'évaluation d'impact approfondie de la proposition de directive, «une proportion considérable de ceux qui travaillent plus de 48 heures [de 17 % à 35 %, selon la nature des postes considérés] veulent réduire leur temps de travail, même avec une réduction de salaire»<sup>259</sup>.

Il est donc tout à fait essentiel que le consentement du travailleur individuel ne puisse, à lui seul, suffire à légitimer l'opt-out. Dans la proposition de la Commission, l'article 22, § 1<sup>er</sup>,

---

<sup>259</sup> SEC(2004) 1154, p. 26 et 27.

prévoit que la mise en œuvre de la faculté de recueillir le consentement du travailleur individuel «doit (...) être expressément prévue par la convention collective ou l'accord conclu entre partenaires sociaux au niveau national ou régional ou en conformité avec la législation et/ou les pratiques nationales, par voie de conventions collectives ou d'accords conclus entre partenaires sociaux à un niveau adéquat». Sauf pour les entreprises dans lesquelles aucune convention collective n'est en vigueur et pour lesquelles il n'existe pas, dans l'entreprise ou l'établissement concerné, de représentation du personnel habilitée à conclure une convention collective ou un accord entre partenaires sociaux dans ce domaine, cette garantie assure une certaine protection du travailleur individuel, compensant en partie sa vulnérabilité par rapport aux formes de pression que l'employeur pourrait être tenté d'exercer. Il convient en même temps de souligner que les représentants des travailleurs eux-mêmes sont soumis à des formes de pression liées à l'obligation pour l'entreprise de demeurer compétitive par rapport non seulement à ses concurrents au sein de l'Union européenne, mais aussi par rapport aux concurrents étrangers dans les secteurs exposés à la concurrence internationale.

Il convient à cet égard de rappeler que, selon les Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales acceptés par l'ensemble des gouvernements des pays membres de l'OCDE, les Etats membres doivent encourager les entreprises multinationales à respecter le principe selon lequel «lors des négociations menées de bonne foi avec des représentants des salariés sur les conditions d'emploi, ou lorsque les salariés exercent leur droit de s'organiser», elles ne doivent pas «menacer de transférer hors du pays en cause tout ou partie d'une unité d'exploitation ni de transférer des salariés venant d'entités constitutives de l'entreprise situées dans d'autres pays en vue d'exercer une influence déloyale sur ces négociations ou de faire obstacle à l'exercice du droit de s'organiser» (chap. IV, par. 7, des Principes directeurs). Ce principe est repris au par. 52 de la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale adoptée par le Conseil d'administration du Bureau international du travail à sa 204<sup>e</sup> session (Genève, novembre 1977). Compte tenu de ce que, au cours de la période sous examen, certains accords collectifs ont été obtenus par les entreprises concernées sous la menace d'opérer de telles délocalisations, il paraît opportun de rappeler l'exigence que formulent ces principes.

Par ailleurs, l'article 2, § 1<sup>er</sup>, de la Charte sociale européenne révisée prévoit que «en vue d'assurer l'exercice effectif du droit à des conditions de travail équitables, les parties s'engagent (...) à fixer une durée raisonnable au travail journalier et hebdomadaire, la semaine de travail devant être progressivement réduite pour autant que l'augmentation de la productivité et les autres facteurs entrant en jeu le permettent». Le Comité européen des droits sociaux déduit de cette disposition que la loi doit prévoir que les conventions collectives prévoient une durée maximale, journalière et hebdomadaire, et qu'en outre, des garanties spécifiques doivent entourer la conclusion d'une convention collective du travail au niveau de l'entreprise<sup>260</sup>. Dans sa décision sur le bien-fondé de la réclamation collective n° 9/2000 adoptée le 16 novembre 2001, le Comité européen des droits sociaux a constaté que la loi française qui lui était déférée pour examen «n'impose pas que les conventions collectives prévoient une durée maximale, journalière et hebdomadaire, même si les partenaires sociaux ont évidemment la possibilité de le faire». Il en a déduit que, de ce fait, la procédure de négociation collective n'offre pas de garanties suffisantes pour que l'article 2, par. 1<sup>er</sup>, soit respecté. Le Comité a relevé également que «les conventions collectives peuvent être conclues au sein de l'entreprise», possibilité qu'il a estimé n'être conforme à l'article 2, par. 1<sup>er</sup>, que «si des garanties spécifiques sont prévues». Il a relevé à cet égard que «la procédure d'opposition prévue à l'article 132-26 du Code du travail ne constitue pas une telle garantie, car sa mise en œuvre présente un caractère trop aléatoire», et a donc conclu à la violation de l'article 2, par. 1<sup>er</sup>, de la Charte sociale révisée.

<sup>260</sup> Réclamation collective n° 9/2000, *Confédération française de l'Encadrement CFE-CGC c. France*; et Concl. 2003-1 (France), p. 101.

L'article 31, § 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne étant fondé sur l'article 2 de la Charte sociale européenne, il doit être lu en conformité avec cette dernière disposition, en tenant compte de l'interprétation qu'en donne le Comité européen des droits sociaux. Il serait souhaitable que, dans le rapport d'évaluation sur l'application de la directive qu'elle devra remettre au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen (article 24bis de la proposition de directive), la Commission examine la compatibilité avec les exigences de la Charte sociale européenne des mesures de transposition qui ont été adoptées par les Etats membres.

*L'impact de la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur*

Au cours de l'année sous examen, un débat important a suivi la présentation de la proposition de directive de la Commission européenne sur les services dans le marché interne.<sup>261</sup> Un aspect de ce débat, qui est particulièrement important dans le cadre de l'article 31 de la Charte, concernait la relation entre la proposition et la protection des travailleurs détachés dans le cadre d'une fourniture transnationale de services. Deux problèmes méritent une attention particulière au regard de cette disposition de la Charte. Le premier concerne le risque que le principe du pays d'origine encourage à s'en tenir à un niveau minimum dans le domaine de la protection des droits des travailleurs, dans le cadre du détachement de travailleurs pour une fourniture transnationale de services. Le second concerne l'impact de la proposition de directive sur l'identification du droit applicable notamment au contrat de travail.

*1° Le risque d'une compétition régulatoire aux dépens des droits des travailleurs dans le contexte d'un détachement de travailleurs dans le cadre d'une prestation transnationale de services*

En ce qui concerne la prestation de services transnationale impliquant un détachement de travailleurs – consistant soit dans l'exécution de travaux par une entreprise, pour son compte et sous sa direction, dans le cadre d'un contrat conclu entre cette entreprise et le destinataire de la prestation de services, soit dans la mise à disposition de travailleurs en vue de leur utilisation par une entreprise, dans le cadre d'un marché public ou d'un marché privé –, le législateur communautaire était déjà intervenu par l'adoption de la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services<sup>262</sup>. Bien que présentée parfois comme visant à promouvoir la prestation de services transnationale en clarifiant le régime juridique applicable au détachement de travailleurs et, notamment, la division des tâches entre la loi de l'Etat membre de destination (où la prestation de services est effectuée) et l'Etat membre d'origine (où le prestataire de services se trouve établi et où le travailleur détaché est en principe employé), cette directive visait en fait à éviter que se développe en Europe une forme spécifique de concurrence déloyale, qualifiée de «dumping social», consistant à recourir abusivement au détachement de travailleurs dans le cadre d'un contrat de services entre des entreprises situées dans deux Etats membres différents afin d'échapper aux conséquences de la loi nationale de l'Etat de destination et de concurrencer ainsi les entreprises établies au sein de cet Etat qui sont tenues de s'y conformer. Le Préambule de la directive 96/71/CE indique du reste que la promotion de la prestation de services dans un cadre transnational «nécessite une concurrence loyale et des mesures garantissant le respect des droits des travailleurs» (cinquième considérant), ce qui traduit bien l'objectif ayant guidé l'adoption de cet instrument. Afin de réaliser cet objectif, la directive 96/71/CE coordonne les législations des Etats membres de manière à prévoir un noyau de règles impératives de protection minimale que doivent observer, dans le pays d'accueil, les employeurs qui détachent des travailleurs en vue d'effectuer un travail à titre temporaire sur le territoire de

<sup>261</sup> COM(2004) 2 final, du 13.01.2004.

<sup>262</sup> JO n° L18 du 21.01.1997, p. 1.

l'Etat membre de la prestation. L'article 3, § 1<sup>er</sup>, de la directive 96/71/CE, qui en constitue la disposition essentielle, prévoit que:

Les Etats membres veillent à ce que, quelle que soit la loi applicable à la relation de travail, les entreprises visées à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1<sup>er</sup>, garantissent aux travailleurs détachés sur leur territoire les conditions de travail et d'emploi concernant les matières visées ci-après qui, dans l'Etat membre sur le territoire duquel le travail est exécuté, sont fixées:

- par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives

et/ou

- par des conventions collectives ou sentences arbitrales déclarées d'application générale [...], dans la mesure où elles concernent les activités [dans le domaine de la construction qui visent la réalisation, la remise en état, l'entretien, la modification ou l'élimination de constructions, ou dans d'autres domaines si l'Etat membre d'accueil le décide [<sup>263</sup>]]:

- a) les périodes maximales de travail et les périodes minimales de repos;
- b) la durée minimale des congés annuels payés;
- c) les taux de salaire minimal, y compris ceux majorés pour les heures supplémentaires; le présent point ne s'applique pas aux régimes complémentaires de retraite professionnels;
- d) les conditions de mise à disposition des travailleurs, notamment par des entreprises de travail intérimaire;
- e) la sécurité, la santé et l'hygiène au travail;
- f) les mesures protectrices applicables aux conditions de travail et d'emploi des femmes enceintes et des femmes venant d'accoucher, des enfants et des jeunes;
- g) l'égalité de traitement entre hommes et femmes ainsi que d'autres dispositions en matière de non-discrimination.

La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur prétend respecter l'intégrité de cet acquis du droit communautaire. Toutes les matières dont traite la directive 96/71/CE sont exemptées du principe du pays d'origine (article 17, 5), de la proposition de directive). Cela concerne non seulement l'imposition des dispositions législatives, réglementaires ou administratives de l'Etat d'accueil (ainsi que, dans le secteur de la construction, les conventions collectives ou sentences arbitrales déclarées d'application générale) sur les questions citées à l'article 3, § 1<sup>er</sup>, de la directive 96/71/CE, mais également la capacité pour l'Etat membre d'accueil d'exercer les contrôles qu'appelle l'imposition de ces réglementations, ainsi que la définition même du «travailleur» afin d'en assurer l'application. L'exemption du principe du pays d'origine s'étend aux dispositions que l'Etat membre d'accueil entend imposer aux travailleurs intérimaires, dès lors que, selon l'article 3, § 9, de la directive 96/71/CE, les Etats membres peuvent prévoir que ces travailleurs bénéficieront des conditions qui sont applicables aux travailleurs intérimaires dans l'Etat membre sur le territoire duquel le travail est exécuté.

<sup>263</sup> Voir l'article 3, § 10, de la directive 96/71/CE.

Dans le système que prévoit la proposition de directive «Services», l'Etat membre d'accueil est tenu de contrôler le respect des conditions de travail sur son territoire en procédant à cette fin à tous les contrôles et vérifications nécessaires, en particulier sur les chantiers de construction. La responsabilité supplémentaire de l'Etat membre d'origine ne se substitue pas à la responsabilité de l'Etat membre d'accueil, mais la complète et garantit que le contrôle peut intervenir non seulement sur le lieu de travail du travailleur détaché, mais aussi sur le lieu où est établie l'entreprise, ce qui peut accroître l'efficacité du contrôle et, par-là, de la protection des droits des travailleurs détachés.

Compte tenu à la fois des constats qui se dégagent du rapport sur l'état du marché intérieur des services<sup>264</sup> et des plaintes qui lui sont parvenues par des prestataires de services faisant face à des procédures administratives jugées exagérément lourdes, voire dissuasives, dans le cadre d'un détachement de travailleurs, la Commission propose également l'abolition de quatre exigences administratives spécifiques dans l'Etat membre d'accueil (article 24, § 1<sup>er</sup>, de la proposition de directive). Il s'agit: des exigences en matière d'autorisation ou d'enregistrement dans l'Etat membre d'accueil pour ce qui concerne le détachement de travailleurs; des exigences de déclaration, bien que, dans le secteur de la construction, les déclarations peuvent être maintenues jusqu'à un an après la transposition de la directive, et sans que le principe de cette interdiction fasse obstacle à ce que l'Etat d'accueil puisse exiger des prestataires de services qu'ils présentent des déclarations ou remplissent des formulaires relatifs à des conditions d'emploi spécifiques qui doivent impérativement être respectées, comme les formulaires relatifs aux cotisations à des fonds de paiement des congés; des obligations de disposer d'un représentant domicilié dans l'Etat membre d'accueil, bien qu'il pourrait être exigé de l'employeur qu'il désigne un des travailleurs comme son représentant pendant la durée de la prestation de services; des obligations de détenir et de conserver des documents sociaux sur le territoire de l'Etat membre d'accueil, bien que cela ne concerne pas les documents normalement établis en cours de travail et conservés, plutôt qu'au lieu de l'établissement de l'employeur, sur le lieu de travail. Selon les considérants qui sont à la base de la proposition de directive sur les services dans le marché intérieur, les exigences peuvent constituer des obstacles à la libre circulation des services comprenant un détachement de travailleur, dès lors qu'elles s'imposent même dans des situations où la prestation de services est ponctuelle et d'une durée très limitée.

En conclusion, selon la Commission européenne, l'adoption de la proposition de directive «Services» non seulement ne produirait pas d'impact négatif sur la protection des droits des travailleurs détachés telle qu'elle est actuellement organisée par la directive 96/71/CE, mais en outre serait de nature à renforcer cette protection, par la clarification supplémentaire qu'elle apporte des obligations respectives de l'Etat d'origine et de l'Etat d'accueil, et par les obligations de coopération administrative qu'elle impose, ce qui facilite un contrôle renforcé des obligations de l'employeur.

Cette présentation appelle des réserves fondamentales. D'abord, l'application du principe du pays d'origine au détachement de travailleurs dans le cadre d'une prestation de services transnationale modifie fondamentalement la fonction qu'assument les dispositions de la loi de l'Etat de destination relatives aux matières énoncées à l'article 3, § 1<sup>er</sup>, de la directive 96/71/CE, et que les auteurs de cette directive avaient jugé essentielles en vue de la protection des droits des travailleurs. L'article 3, § 10, de la directive prévoit explicitement qu'elle «ne fait pas obstacle à ce que les Etats membres, dans le respect du traité, imposent aux entreprises nationales et aux entreprises d'autres Etats, d'une façon égale (...) des conditions de travail et d'emploi concernant des matières autres que celles visées au paragraphe 1<sup>er</sup>, premier alinéa [cité ci-dessus], dans la mesure où il s'agit de dispositions d'ordre public». Le principe du pays d'origine au contraire l'exclut.

---

<sup>264</sup> COM (2002) 441;

Il est permis d'ailleurs de rappeler que dans l'arrêt *Rush Portuguesa Limitada* du 27 mars 1990<sup>265</sup>, qui avait provoqué les craintes d'une concurrence déloyale en provenance d'Etats membres moins protecteurs des droits des travailleurs dans le cadre de prestations de services, la Cour de justice avait jugé qu'il se déduit de la libre prestation des services prévue alors par l'article 59 du traité CEE (devenu article 49 CE) que, selon les termes de l'article 60 du traité (devenu article 50 CE), le prestataire peut, pour l'exécution de sa prestation, exercer, à titre temporaire, son activité dans le pays où la prestation est fournie "dans les mêmes conditions que celles que ce pays impose à ses propres ressortissants", et que ces dispositions

s'opposent, par conséquent, à ce qu'un Etat membre interdise à un prestataire de services établi dans un autre Etat membre de se déplacer librement sur son territoire avec l'ensemble de son personnel ou à ce que cet Etat membre soumette le déplacement du personnel en question à des conditions restrictives telles qu'une condition d'embauche sur place ou une obligation d'autorisation de travail. En effet, le fait d'imposer de telles conditions au prestataire de services d'un autre Etat membre le discrimine par rapport à ses concurrents établis dans le pays d'accueil, qui peuvent se servir librement de leur propre personnel, et affecte au surplus sa capacité de fournir la prestation (point 12).

Cependant, la Cour avait ajouté (point 18):

suite aux préoccupations manifestées à cet égard par le gouvernement français, que le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que les Etats membres étendent leur législation, ou les conventions collectives de travail conclues par les partenaires sociaux, à toute personne effectuant un travail salarié, même de caractère temporaire, sur leur territoire, quel que soit le pays d'établissement de l'employeur; le droit communautaire n'interdit pas davantage aux Etats membres d'imposer le respect de ces règles par les moyens appropriés (arrêt du 3 février 1982, *Seco et Desquenue*, 62/81 et 63/81, Rec. p. 223).

Lorsqu'elle mentionne (à l'article 3, § 10) que c'est «dans le respect du traité» qu'elle ne fait pas obstacle à ce que les Etats membres imposent aux entreprises nationales et aux entreprises d'autres Etats, dans des conditions de non-discrimination, des conditions de travail et d'emploi concernant des matières autres que celles visées à son article 3, § 1<sup>er</sup>, la directive concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services n'envisageait donc pas que, au-delà de la protection minimale offerte aux travailleurs par l'application de certaines dispositions impératives de l'Etat d'accueil, les dispositions de la loi nationale relatives à la relation d'emploi devraient être ignorées au bénéfice de l'application exclusive de la loi du pays d'origine. Telle est pourtant la conséquence que produit le principe du pays d'origine<sup>266</sup>. Les garanties qui, dans l'économie de la Directive sur le détachement des travailleurs, consistaient des garanties *minimales* pour les travailleurs détachés, à présent – dans le schéma de la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur – apparaît comme le niveau *maximum* de protection que la loi de l'Etat d'accueil peut offrir aux travailleurs détachés pour une prestation de services sur le territoire de cet Etat. Il va de soi que, dans le système de la directive sur le détachement des travailleurs, toute législation adoptée par l'Etat membre de destination n'est pas nécessairement justifiée. Selon la

<sup>265</sup> C.J.C.E., 27 mars 1990, *Rush Portuguesa Limitada c. Office national d'immigration*, C-113/89, Rec., p. I-1417.

<sup>266</sup> L'article 17, 5), de la proposition de directive sur les services dans le marché intérieur prévoit une dérogation du principe du pays d'origine pour ce qui concerne les matières couvertes par la directive 96/71/CE. Cependant cela ne concerne que les matières énumérées à l'article 3, § 1<sup>er</sup>, de cette directive, et non les domaines couverts par les législations des Etats membres de destination dont ces Etats souhaiteraient imposer le respect aux relations d'emploi entre les travailleurs détachés sur leur territoire et leur employeur établi dans un autre Etat membre, dans le cadre d'une prestation transnationale de services. La dérogation générale au principe du pays d'origine que prévoit l'article 17, 16), de la proposition de directive sur les services dans le marché intérieur, ne s'étend pas aux règles en vigueur dans le pays de destination qui constitueraient des mesures d'ordre public applicables au rapport d'emploi ou aux droits fondamentaux des travailleurs détachés. En effet, l'imposition de ces réglementations nationales ne conduirait pas à l'interdiction totale des services concernés.



jurisprudence constante de la Cour de justice, la libre prestation des services en tant que principe fondamental du traité ne peut être limitée que par des réglementations justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général, s'appliquant à toute personne ou entreprise exerçant une activité sur le territoire de l'État membre d'accueil, dans la mesure où cet intérêt n'est pas sauvegardé par les règles auxquelles le prestataire est soumis dans l'État membre où il est établi, et se traduisant par des mesures propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et n'allant pas au-delà de ce qui est nécessaire pour que cet objectif soit atteint. La protection des droits des travailleurs figure parmi les raisons impérieuses d'intérêt général que la Cour a reconnues comme étant de nature à justifier des entraves à la libre prestation de services<sup>267</sup>.

L'application du principe du pays d'origine à toutes les matières autres que celles visées par la directive 96/71/CE (articles 16 et 17, 5), de la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur) signifie que même les réglementations de l'Etat de destination qui respectent l'ensemble de ces critères devront s'effacer au bénéfice de l'application exclusive de la loi de l'Etat où le prestataire de services est établi, et à partir duquel il opère. Compte tenu de la liberté d'établissement dont bénéficie le prestataire de services, qui lui permettrait dorénavant de choisir sous quelle réglementation il lui sera permis de proposer ses services dans l'ensemble de l'Union, il résulte du système que prétend introduire la proposition de directive «Services» une pression accrue sur les dispositions protectrices des droits des travailleurs dans les réglementations nationales des Etats membres. Les régimes nationaux de protection des droits des travailleurs sont mis en concurrence les uns avec les autres de manière accentuée dans un système régi par le principe du pays d'origine, et où les Etats membres cherchent à attirer les entreprises afin qu'elles s'établissent sous leur juridiction.

Le principe du pays d'origine appliqué à la prestation de services transnationale impliquant un détachement de travailleurs aboutit à imposer une forme de reconnaissance mutuelle sans harmonisation préalable et, notamment, sans la détermination d'un seuil minimum de la protection due aux travailleurs. L'arrêt rendu le 23 novembre 1999 par la Cour de justice dans l'affaire *Arblade et autres* paraissait au contraire, notamment dans le domaine de la construction, subordonner à une comparabilité suffisante des protections offertes dans l'Etat d'origine et dans l'Etat de destination la substitution, à la protection des lois de l'Etat de destination, des lois de l'Etat d'origine:

Il y a lieu d'accepter que l'intérêt général lié à la protection sociale des travailleurs du secteur de la construction et au contrôle du respect de celle-ci, à cause de conditions spécifiques à ce secteur, puisse constituer une raison impérieuse justifiant que soient imposées à un employeur établi dans un autre Etat membre qui effectue une prestation de services dans l'Etat membre d'accueil des obligations susceptibles de constituer des restrictions à la libre prestation des services. Tel n'est toutefois pas le cas lorsque les travailleurs de l'employeur en question qui exécutent temporairement des travaux dans l'Etat membre d'accueil jouissent de la même protection, ou d'une protection essentiellement comparable, en vertu des obligations auxquelles l'employeur est déjà soumis dans son Etat membre d'établissement (point 51).

L'appréciation que l'on peut porter sur l'abolition, soit immédiate, soit au moins un an après l'entrée en vigueur de la directive proposée sur les services dans le marché intérieur, de certaines obligations d'ordre administratif imposées par les Etats membres aux prestataires de services détachant des travailleurs dans un autre Etat membre autre que celui dans lequel ils sont habituellement occupés dans le cadre d'une prestation de services transnationale, est

---

<sup>267</sup> Voy., C.J.C.E., 17 décembre 1981, *Webb*, 279/80, *Rec.*, p. 3305, point 17; C.J.C.E., 27 mars 1990, *Rush Portuguesa*, C-113/89, *Rec.*, p. I-1417, point 18; C.J.C.E., 28 mars 1996, *Guiot*, C-272/94, *Rec.*, p. I-1905, points 11 et 13; C.J.C.E., 23 novembre 1999, *Arblade et autres*, aff. jtes C-369/96 et C-376/96, *Rec.*, p. I-8453, points 34-36.

étroitement liée au contenu même des réglementations que les Etats membres de destination peuvent prétendre imposer à ces prestataires de services. Bien que la Cour ait jugé que «des considérations d'ordre purement administratif ne sauraient justifier une dérogation, par un Etat membre, aux règles du droit communautaire, et ce d'autant plus lorsque la dérogation en cause revient à exclure ou à restreindre l'exercice d'une des libertés fondamentales du droit communautaire», elle a estimé néanmoins que «les raisons impérieuses d'intérêt général qui justifient les dispositions matérielles d'une réglementation» – parmi lesquelles figure la protection des travailleurs – peuvent également justifier «les mesures de contrôle nécessaires pour en assurer le respect»<sup>268</sup>.

## 2° L'impact du principe du pays d'origine sur l'identification de la loi applicable

Une question étroitement liée à celle des risques de «dumping social» qu'entraîne le recours au principe du pays d'origine en matière de libre circulation des services est celle de l'impact de ce principe sur l'identification de la loi applicable au contrat de travail. Il s'agit là, cependant, d'un aspect d'une problématique plus large, qui concerne l'impact de la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur sur la désignation de la loi applicable, non seulement en ce qui concerne le contrat de travail, mais également dans d'autres domaines. Cette problématique appelle les considérations suivantes<sup>269</sup>.

Puisque le principe d'origine introduit par l'article 16 vise autant l'accès aux activités de services que leur *exercice*, il concerne également toutes les modalités contractuelles d'une prestation de services ainsi que la responsabilité du prestataire (contractuelle ou non contractuelle) qui pourrait être engagée à l'occasion de la prestation de services. Autrement dit, pour les services, il remplacerait sans doute tout le système des règles de rattachement mis en place par la Convention de Rome relative à la loi applicable aux obligations contractuelles et à terme, par le règlement «Rome II» relatif à la loi applicable aux obligations non contractuelles. Or, en comparant les solutions auxquelles aboutissent l'article 16 de la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur et la Convention de Rome, les incompatibilités sont manifestes. Il y a lieu d'envisager séparément les situations où les parties ont choisi la loi applicable à leur relation contractuelle et les situations où elle n'ont pas manifesté cette volonté. Ensuite, on envisage les questions particulières qui surgissent dans le cadre des contrats de consommation, des contrats de travail et de l'engagement de la responsabilité extra-contractuelle du prestataire de services.

### *L'autonomie de la volonté*

Traditionnellement, en matière contractuelle, les parties peuvent choisir la loi applicable à leurs relations. Ce principe est consacré par l'article 3, § 1<sup>er</sup>, de la Convention de Rome. L'article 17, 20°, de la proposition de directive entend préserver cette possibilité pour les parties, en réservant la possibilité pour elles de choisir la loi applicable à leur contrat, exceptant cette situation de l'application de l'article 16. Cependant, cette disposition ne fait qu'établir le principe de l'autonomie de la volonté (en dérogation à l'application systématique de la loi d'origine), mais sans préciser le *régime* de l'autonomie de la volonté. En particulier, elle ne prévoit pas la possibilité d'un choix tacite ou implicite de la loi applicable.

La Convention de Rome, en revanche, autorise les parties à choisir la loi applicable à tout ou partie du contrat et reconnaît le choix qui résulterait de façon certaine des dispositions du contrat. Elle détermine également la loi applicable à la validité au fond et à la validité quant à la forme du choix effectué par les parties (art. 3, § 4). Enfin, elle établit certaines limites à l'exercice de l'autonomie de la volonté pour les contrats purement internes premièrement (art.

<sup>268</sup> C.J.C.E., 23 novembre 1999, *Arblade et autres*, aff. jtes C-369/96 et C-376/96, *Rec.*, p. I-8453, points 37 et 38.

<sup>269</sup> Les paragraphes qui suivent ont bénéficié de l'apport de Mme Stéphanie Francq, assistante à la Faculté de droit de l'UCL.

3, § 3) et pour les contrats internationaux ensuite (art. 7). Les premiers restent soumis aux dispositions impératives de l'Etat dans lequel la situation se localise entièrement; les seconds ne peuvent échapper aux lois de police du for, applicables quelle que soit la loi normalement désignée pour un contrat et qui assure en général la protection d'intérêts sociaux importants.

En comparaison, la proposition de directive services, si elle n'assure pas le respect d'un choix implicite, ne met en revanche aucune limite à l'exercice de l'autonomie de la volonté: les parties pourraient ainsi choisir la législation d'un Etat tiers et échapper à l'application des lois de police nationales, mais aussi des dispositions nationales résultant d'une harmonisation communautaire qui constitueraient des lois de police.

La proposition est également lacunaire, car elle ne prévoit aucune disposition relative à la validité au fond et en la forme d'une clause de choix applicable. On ne sait à la lecture de la proposition de directive si cette question est soumise à l'article 16 et donc à la loi d'origine du prestataire, ou bien si – la question de la validité du choix étant couverte par la dérogation de l'article 17, 20°, – tout choix de la loi applicable est valide en la forme et au fond, sans qu'aucune exigence ne vienne assurer l'existence d'un consentement réel. Cela crée un problème d'insécurité juridique.

La seconde hypothèse est celle où les parties n'ont pas choisi la loi applicable au contrat. La Convention de Rome désigne alors comme loi applicable la loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits (art. 4, § 1<sup>er</sup>). Il est *présumé* que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays sur le territoire duquel se localise la résidence habituelle du prestataire de services, s'il s'agit d'une personne physique. S'il s'agit d'une personne morale, la présomption désigne, en fonction des circonstances du contrat, le lieu de son administration centrale, de son principal établissement ou de l'établissement qui fournira la prestation. La Convention de Rome désigne, en l'absence de choix, la loi du lieu d'établissement du prestataire par le biais d'une présomption. Toutefois, lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays que celui de l'établissement du prestataire, la présomption est écartée, ce qui permet le retour à la règle principale et la désignation de la législation du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits.

La proposition de directive services désigne également la législation de l'Etat membre sur le territoire duquel le prestataire de services possède son établissement, notion qui suppose une installation stable et durable et l'exercice effectif d'une activité économique. Cela résulte de la combinaison des articles 16 et 4, 4° et 5°<sup>270</sup>. Cependant, là où la Convention de Rome établit une présomption réfragable, la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur établit une règle indérogeable. Les deux instruments adoptent sur ce point des philosophies radicalement opposées. La proposition de directive ne cherche pas à désigner la législation d'un pays entretenant des liens étroits avec la situation, alors que cette recherche constitue l'objectif fondamental du droit international privé.

Plus importantes encore sont les difficultés pratiques liées à l'application du principe du pays d'origine, si ce principe devait remplacer les règles de la Convention de Rome pour tout le domaine des services. Ces difficultés se feraient jour en particulier dans le cadre des contrats mixtes et des contrats dans lesquels les parties se fournissent des prestations réciproques.

Dans le cas des contrats mixtes (contrats mêlant vente et service par exemple, ou contrats portant sur différents types de services dont certains relèvent de la directive relative aux services dans le marché intérieur et d'autres en sont exclus), une partie du contrat serait

---

<sup>270</sup> Le 38<sup>e</sup> considérant du Préambule de la proposition de directive (dans sa version du 10 janvier 2005, doc. 5161/05) prévoit qu'il s'agit de l'établissement qui effectuera la prestation. Cette précision importante devrait trouver sa place dans le texte plutôt que dans le Préambule.

soumise au principe du pays d'origine et une autre aux dispositions de la Convention de Rome (ou encore de la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises).

Dans le cas des contrats liant des parties se fournissant des prestations réciproques (par exemple, les contrats de franchise, les contrats portant sur le développement de technologies etc.), l'application du principe du pays d'origine est impossible. Chaque partie devrait-elle être soumise à sa propre législation? Cette solution est impraticable, car les législations peuvent prévoir des solutions différentes pour un même problème. Elle engendrerait des coûts importants pour les parties, qui devraient non seulement se renseigner sur le contenu de plusieurs législations, mais aussi prévoir avec suffisamment de certitude leur articulation pour chaque problématique liée au contrat. Une telle solution doit être écartée.

### *Les contrats de consommation*

Une difficulté supplémentaire que crée la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur concerne spécifiquement les contrats de consommation. La Convention de Rome prévoit des dispositions particulières (art. 5) en matière de protection des consommateurs, prenant en compte les intérêts du professionnel et ceux du consommateur. En combinaison avec l'article 15 du règlement 44/2001/CE du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale<sup>271</sup>, cette disposition forme un système cohérent de protection du consommateur dans le cadre des contrats internationaux.

L'article 17 de la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur exclut du domaine du principe du pays d'origine la loi applicable aux contrats de consommation, dans la mesure où il n'existe pas encore d'harmonisation totale. A première vue, cette exclusion préserve donc le système mis en place par la Convention de Rome. La solution n'en sera pas moins particulièrement difficile à mettre en œuvre en pratique et créera une insécurité juridique réelle. On relèvera d'abord que les contrats de consommation pourront être simultanément soumis à deux règles sur la détermination de la loi applicable: la Convention de Rome pour les domaines qui ne sont pas entièrement harmonisés et le principe du pays d'origine pour les problématiques qui feraient l'objet d'une harmonisation totale, alors même que le principe du pays d'origine et la Convention de Rome adoptent des rattachements opposés en matière de consommation<sup>272</sup>. Par conséquent, différentes problématiques au sein d'un même contrat pourraient être soumises à des législations différentes. Ensuite, afin de déterminer la loi applicable au contrat de consommation, il faudra déterminer pour quels domaines ou plutôt pour quels points du droit une harmonisation totale existe. Cela sera d'autant moins aisé que la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur ne permet pas d'identifier à quel moment le degré d'harmonisation doit être évalué (moment de la conclusion du contrat, moment du litige, de la saisine du tribunal, voire du délibéré). Il n'est cependant pas souhaitable, ni même concevable, d'exiger du consommateur qu'il connaisse l'état d'avancement de l'harmonisation européenne au point de pouvoir déterminer quels sont les problèmes juridiques pour lesquels il ne disposera pas de la protection de la Convention de Rome. On ajoutera que, même en dehors des cas d'harmonisation totale, le principe de reconnaissance mutuelle demeure: autrement dit l'Etat d'accueil ne peut imposer ses lois de protection (du consommateur en particulier) à l'encontre d'un service presté par un prestataire établi dans un autre Etat membre s'étant conformé à des dispositions équivalentes. Ce n'est donc pas tant l'harmonisation totale ou non des législations qui est intéressante que leur équivalence.

<sup>271</sup> JO n° L 12 du 16.01.2001.

<sup>272</sup> Le principe du pays d'origine désigne la loi du lieu d'établissement du professionnel; la Convention de Rome désigne la loi du lieu de résidence habituelle du consommateur.

*Les contrats de travail*

En matière de contrat de travail, il convient de distinguer deux hypothèses selon que la situation est ou non couverte par la directive 96/71/CE relative au détachement des travailleurs.

*Lorsque la situation n'implique pas un détachement de travailleurs*, la Convention de Rome est à l'heure actuelle seule applicable (art. 6). Elle prévoit que les parties peuvent choisir la loi applicable au contrat. Même en cas de choix, elles ne peuvent déroger à l'application des dispositions impératives du pays d'exécution habituel des prestations. A défaut de choix, la loi applicable sera celle du pays dans lequel le travailleur exécute habituellement ses prestations. Si un tel lieu est impossible à déterminer (cas des hôtesses de l'air par exemple), la loi du lieu de l'établissement qui a embauché le travailleur trouvera à s'appliquer. Enfin une clause d'exception permet la désignation d'une autre loi, avec laquelle la situation présente des liens plus étroits qu'avec la loi désignée en vertu des présomptions.

Le projet de directive services ne prévoit aucune dérogation générale à l'application du pays du principe d'origine en matière de contrat de travail. Ce principe régirait donc les relations individuelles de travail conclues entre un prestataire et ses travailleurs, sauf exercice de l'autonomie de la volonté. Cela conduit à des solutions différentes de celles qui sont prévues par la Convention de Rome.

Premièrement, les parties pourraient choisir la loi applicable au contrat de travail sans tenir compte des dispositions impératives de la loi du lieu d'exercice des prestations habituelles. Dans des contrats s'apparentant à des contrats d'adhésion, cela inciterait les entreprises à imposer le choix d'une législation dont le niveau de protection social est faible. L'exercice de l'autonomie de la volonté encourage en fait une concurrence régulatoire entre les Etats, compte tenu de ce que, en pratique, il reviendra à l'employeur – non au travailleur – de définir la loi applicable au contrat de travail dont il proposera les termes au candidat à l'emploi.

Ensuite, en l'absence d'exercice de l'autonomie de la volonté, la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur désigne la loi du lieu d'établissement du prestataire, alors que la Convention de Rome désigne la loi du lieu d'exercice habituel des prestations. Or, lieu d'établissement du prestataire et lieu d'exercice habituel des prestations ne coïncident pas nécessairement. En particulier, dans le cadre d'une prestation de services effectuée dans un Etat membre A, le prestataire, établi dans le pays B, peut être amené à recruter des travailleurs locaux (du pays A). La loi applicable à la relation entre le prestataire étranger et les travailleurs locaux serait, selon la directive, celle de l'Etat membre B (loi d'origine du prestataire), alors que, selon la Convention de Rome, ce serait la loi du pays A (lieu d'exécution habituel de la prestation). Cela inciterait les entreprises de l'Etat A à s'installer dans l'Etat B, si le niveau de protection sociale de ce dernier est plus bas, pour prester par la suite des services dans l'Etat membre A en y employant les travailleurs qualifiés de cet Etat. Pourvu que l'entreprise concernée exerce certaines activités économiques dans l'Etat B<sup>273</sup>, elle bénéficie du principe du pays d'origine et donc de la désignation de la loi de l'Etat B pour toutes les questions contractuelles liées à l'exercice de la prestation. Pareille situation débouche sur une différence de traitement entre travailleurs locaux engagés par une entreprise locale et travailleurs locaux engagés par une entreprise étrangère réalisant une prestation de services.

---

<sup>273</sup> La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur définit l'établissement comme un lieu d'exercice effectif d'une activité économique (art. 4, 5°) et donc exclut qu'une entreprise puisse bénéficier du principe du pays d'origine en recourant à une simple «boîte aux lettres» dans l'Etat à partir duquel elle prétend opérer.

*Dans le cas d'un détachement de travailleurs, c'est-à-dire de l'envoi temporaire de travailleurs dans un autre pays en vue de réaliser la prestation de services pour une période inférieure à douze mois, la directive 96/71/CE précitée prévoit que le travailleur détaché peut invoquer les dispositions de la loi du pays d'accueil relatives aux conditions de travail. En combinaison avec la Convention de Rome à laquelle elle apporte une dérogation, la directive 96/71/CE offre la solution suivante: le travailleur peut invoquer les conditions de travail de la loi du lieu d'exécution habituel du travail ou celles du lieu de son détachement selon ce qui lui est le plus favorable.*

Le projet de directive prévoit que le principe du pays d'origine n'est pas applicable en cas de détachement des travailleurs. En cas de détachement, le travailleur conserve donc la possibilité d'invoquer les conditions de travail du pays de détachement.

Toutefois, l'interaction de la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur et de la directive relative au détachement des travailleurs dans un autre Etat membre peut s'avérer malheureuse dans certaines situations. Ainsi qu'il a été rappelé, selon la directive 96/71/CE, les conventions collectives de travail qui ne sont pas d'application générale ne font pas partie des conditions minimales applicables dans l'Etat d'accueil au travailleur détaché (art. 3, § 1<sup>er</sup>, de la directive 96/71/CE). Il faut alors que l'Etat d'accueil prenne certaines dispositions pour que certains accords collectifs soient applicables aux travailleurs détachés (art. 1<sup>er</sup>, § 8, de la directive 96/71/CE). En l'absence de mesures spécifiques, les travailleurs détachés ne bénéficient pas des conventions collectives. Les mesures spécifiques nécessaires à l'application des accords collectifs en l'absence de système de déclaration d'application générale requièrent souvent la signature d'un accord collectif par le représentant du prestataire dans l'Etat d'accueil. En outre, d'un point de vue pratique, la mise en œuvre d'un accord collectif requiert la présence d'un représentant<sup>274</sup>. Or, la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur interdit à l'Etat d'accueil d'imposer au prestataire la présence d'un représentant (art. 16, § 3, c). En pratique, la combinaison des deux textes pourrait conduire à l'impossibilité d'appliquer les accords collectifs aux travailleurs détachés en l'absence de système de déclaration d'application générale.

#### *Réserve relative aux lois de police*

Dans le système de désignation de la loi applicable mis en place par la Convention de Rome, l'Etat saisi d'un litige garde toujours la possibilité d'imposer ses lois de police, voire d'imposer celles d'un autre Etat ayant un lien étroit avec la situation, quand bien même la loi choisie par les parties ou la loi désignée en l'absence d'exercice de l'autonomie de la volonté est celle d'un troisième Etat (art. 7). Cette possibilité existe pour tout type de contrat. Il s'agit de protéger certains intérêts socio-économiques jugés à ce point importants que la configuration internationale de la situation, menant éventuellement à l'application d'une loi étrangère, ne suffit pas à justifier une dérogation. La Cour de justice ne s'oppose pas à l'imposition de ses lois de police par un Etat membre, même lorsqu'elle est constitutive d'entraves, dans la mesure où cette opération s'effectue dans la poursuite d'un intérêt général légitimant une entrave et dans le respect de la condition de proportionnalité<sup>275</sup>, qui passe par la vérification de l'équivalence des législations en présence.

Selon la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur, la désignation de la loi d'origine s'opère sans restriction. Aucune réserve liée à l'application des lois de police d'un Etat impliqué n'est prévue. L'article 17, 16<sup>o</sup>, n'exclut du domaine du principe du pays d'origine que le cas de l'interdiction d'une activité pour des raisons liées à l'ordre public, à la

<sup>274</sup> Voir l'exemple n° 4 annexé au compte rendu des auditions réalisées au Parlement européen sur la directive relative aux services dans le marché intérieur le 11 novembre 2004.

<sup>275</sup> C.J.C.E., 23 novembre 1999, C-369/96, C-376/99 Arblade, *Rec.* 1999, I-8453; 15 mars 2001, C-165/98, *Rec.* 2001, I-2189.

sécurité publique ou à la santé publique. L'interdiction d'une activité est loin de couvrir toutes les hypothèses dans lesquelles une loi de police peut intervenir. Les pratiques commerciales sont par exemple souvent régies par des lois de police.

Cela confirme l'importance du choix de son lieu d'établissement pour une entreprise, car l'application de la loi de cet Etat se fera sans restriction, même liées à la défense d'intérêts socio-économiques importants des Etats dans lesquels elle pourrait par la suite prester des services.

#### *L'interaction avec le règlement «Rome II»*

La Commission prévoit l'adoption à court terme d'un règlement comportant un ensemble complet de règles de rattachement permettant la désignation de la loi applicable aux obligations non contractuelles. De manière générale, cet acte désignerait la loi du lieu du dommage. Cela devrait protéger au mieux les intérêts des victimes de dommage, qui n'ont jamais cherché à entrer en contact avec l'auteur du dommage. Néanmoins, dans le cas où les personnes impliquées (victime et auteur du dommage) sont liées par un contrat préexistant, la loi applicable à la responsabilité non contractuelle pourrait être celle qui régit le contrat. Cela permettrait de soumettre l'ensemble des relations entre les parties à une même loi.

La proposition de directive étend le principe du pays d'origine à toutes les questions de responsabilité extracontractuelle, à l'exception d'un dommage causé à une personne à la suite d'un accident (art. 17, 23<sup>o</sup>)<sup>276</sup>. Dans le cas d'un accident causant un dommage à une personne, le futur règlement Rome II pourrait donc trouver à s'appliquer. Pour toutes les autres situations dans lesquelles la responsabilité extracontractuelle d'un prestataire de services peut être engagée, il résulterait de la directive relative aux services dans le marché intérieur telle qu'elle est proposée que la loi applicable serait celle du lieu d'établissement du prestataire.

Cela peut sembler contraire à l'intérêt des victimes. Par exemple, dans le cas d'actes de diffamation causés par voie de presse, la loi applicable serait celle du lieu d'établissement de la personne qui a écrit les informations diffamantes (indépendamment de la localisation de l'éditeur ou de la victime); dans le cas de la construction d'une maison en Belgique par une entreprise lettone qui causerait une inondation sur le terrain des voisins ou dont les retards causerait un préjudice financier important au destinataire du service, la loi applicable serait la loi lettone; une entreprise pharmaceutique établie dans un Etat membre A qui réalise un programme de vaccination dans d'autres Etats membres, résultant dans des contaminations par négligence, verra sa responsabilité définie par la loi du pays A. Dans ces trois hypothèses, il n'y a pas d'accident et l'exclusion prévue par l'article 17 pour la responsabilité extracontractuelle n'est donc pas applicable<sup>277</sup>. Ici encore, il y a lieu de relever qu'en choisissant son lieu d'établissement, le prestataire choisit, pour un grand nombre d'hypothèses, les conditions applicables à sa responsabilité extracontractuelle.

#### *Conclusion*

Il résulte des considérations qui précèdent que la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur entraîne effectivement le risque d'un affaiblissement de la protection due notamment au consommateur de services ainsi qu'aux travailleurs, par la facilité avec laquelle l'entreprise prestataire de services dans un Etat membre quelconque de l'Union européenne pourra, par le choix de son lieu d'établissement, choisir le loi applicable à des aspects importants de son activité de prestataire de services. En comparaison avec le système

<sup>276</sup> Il n'est pas aisé de déterminer avec précision ce qui constitue un «accident» au sens de cette disposition, ni si le dommage causé à une personne morale peut figurer sous l'hypothèse qu'elle vise.

<sup>277</sup> Cependant, ainsi qu'il a déjà été indiqué, la notion d'accident qui n'est d'usage courant qu'en matière automobile demeure vague dans la proposition de directive et devrait certainement être précisée.

actuel (ou futur s'agissant du projet de règlement «Rome II») de désignation de loi applicable, le principe du pays d'origine incite les entreprises à s'établir dans des pays dont la législation leur semble favorable, mais apporte à l'autre partie (travailleur, victime d'un dommage) un niveau de protection faible. C'est à propos de la matière de la responsabilité extracontractuelle que cette constatation est la plus flagrante.

Le recours au principe du pays d'origine est affecté d'un vice fondamental, qui ne sera pas purgé par des améliorations de façade apportées à la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur, si, à tout le moins, on souhaite éviter l'impact négatif sur les droits fondamentaux qui ont été évoqués ci-dessus. Le principe du pays d'origine implique une obligation pour les Etats membres d'admettre un bien ou un service conforme aux dispositions de son pays d'origine (Etat membre du lieu de fabrication pour un bien ou d'établissement pour un service) qui sont équivalentes à celles de l'Etat d'accueil. Cela implique donc un certain degré d'équivalence entre les législations relatives à la commercialisation du bien ou service. Cette équivalence peut découler soit d'une harmonisation des législations opérée par voie de directive, soit d'une équivalence de fait constatée entre les législations de différents Etats, là où les législations poursuivent les mêmes objectifs. Dans ce dernier cas (en l'absence d'harmonisation), l'Etat d'accueil conserve la possibilité d'opposer sa législation à condition que des exigences impératives ou des exigences impérieuses d'intérêt général le requièrent et que l'imposition de sa législation se fasse de manière proportionnelle.

La proposition de directive services ne réalise pas de véritable harmonisation des législations. Le nombre de dispositions matérielles harmonisées est extrêmement restreint. En outre, elle prend place dans un domaine où il existe de fortes différences entre les législations nationales. Enfin, l'article 16 de la directive prévoit l'application de la loi d'origine pour tout le domaine coordonné. Ce dernier est défini à l'article 4, 9°, et vise toute exigence applicable à l'accès aux activités de services ou à leur exercice, ce qui dépasse largement le cadre des quelques dispositions matérielles prévues par la directive. L'introduction du principe de reconnaissance mutuelle ou de loi d'origine dans la directive fait ainsi jouer ce principe en dehors du cadre (équivalence ou harmonisation) pour lequel il a été institué.

### **Article 32. Interdiction du travail des enfants et protection des jeunes au travail**

Cette disposition de la Charte n'est pas commentée dans le présent rapport. Il est renvoyé aux rapports nationaux ainsi qu'au *Rapport de synthèse : la situation des droits fondamentaux dans l'Union et ses Etats membres en 2004* contenant les conclusions et recommandations du Réseau pour l'année 2004.

### **Article 33. Vie familiale et vie professionnelle**

Cette disposition de la Charte n'est pas commentée dans le présent rapport. Il est renvoyé aux rapports nationaux ainsi qu'au *Rapport de synthèse : la situation des droits fondamentaux dans l'Union et ses Etats membres en 2004* contenant les conclusions et recommandations du Réseau pour l'année 2004.

### **Article 34. Sécurité sociale et aide sociale**

L'article 34 § 3 de la Charte des droits fondamentaux énonce que l'Union reconnaît et respecte le droit à une aide au logement. Cette garantie doit influencer, notamment, l'attitude de la Commission dans l'application des dispositions du traité CE relatives aux aides d'Etat. Les aides aux opérateurs de logement social constituant des aides d'Etat, elles doivent être



notifiées à la Commission, à défaut de quoi elles seront considérées comme illégales et pourront donner lieu à remboursement en cas de contentieux. Ces aides sont cependant compatibles avec les règles du traité dès lors qu'elles ne font que compenser les surcoûts des contraintes propres au logement social définies par les Etats membres (loyer minoré, occupation sociale, attribution...). Ce régime ne garantit cependant pas une sécurité juridique suffisante. Il laisse planer des incertitudes sur les conditions auxquelles est subordonnée une politique des Etats membres visant à favoriser l'accès au logement des plus démunis, ou à inciter les investisseurs privés à accroître l'offre de logements dans certaines régions. Cela expliquera que le Comité européen de Coordination de l'Habitat Social (CECODHAS) notamment ait insisté pour que la situation des opérateurs de logement social soit clarifiée, soit par application des critères définis par la Cour de justice<sup>278</sup>, soit par l'abandon de la qualification d'aides d'Etat des soutiens qui leur sont versés, soit par l'obtention d'un règlement d'exemption pour cette catégorie d'opérateurs, soit enfin, par l'adoption d'une décision de compatibilité *a priori* du secteur du logement social avec le droit communautaire.

Le 18 février 2004, dans un communiqué de presse, la Commission a proposé aux Etats membres de renforcer la sécurité juridique des services d'intérêt économique général<sup>279</sup>. Concernant le logement, la Commission a annoncé que « le financement des services publics fournis par les hôpitaux et les habitations sociales seront également exemptés de notification indépendamment du montant de la compensation ». Ainsi, le logement social devrait être exonéré de notification au regard de l'article 87 CE et il se trouve reconnu comme un mission d'intérêt général. Ceci est une évolution bienvenue, qui rejoint le point de vue exprimé par le Parlement européen au considérant 22 de la résolution qu'il a adoptée le 14 janvier 2004 (rapp. Herzog)<sup>280</sup>, énonce que « les services d'intérêt général relevant des fonctions essentielles des autorités publiques comme l'éducation, la santé publique et *la construction de logement sociaux* et les services d'intérêt général sociaux assumant des fonctions de sécurité sociale et de solidarité, sont à exclure du champ d'application des règles de la concurrence et du marché intérieur; de même pour les services d'intérêt général, relevant du pluralisme de l'information et la diversité culturelle, mais souhaite l'élaboration d'objectifs et d'outils permettant des politiques communes plus actives en ces domaines. » La lecture proposée par cette résolution donnerait tout son sens à l'article 34 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui « (...) reconnaît et respecte le droit à (...) une aide au logement destinées à assurer une existence digne à tous ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes (...) » ainsi qu'à l'article 36 qui « (...) reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général (...) afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union ».

### Article 35. Protection de la santé

La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur présentée par la Commission européenne le 13 janvier 2004 s'applique, notamment, aux soins de santé, dès lors que, prenant appui sur la notion de service qui se dégage de l'interprétation par la Cour de justice des articles 49 et suivants du traité de Rome, la directive entend par « service » toute activité économique normalement fournie contre rémunération sans que cela exige que le service soit payé par ceux qui en bénéficient et indépendamment des modalités de financement de la contrepartie économique qui fait l'objet de la rémunération. Cependant, l'application de la directive aux services de santé sous-estime les spécificités de ce domaine et peut porter atteinte à l'article 35 de la Charte. Il serait souhaitable d'exclure les services de

<sup>278</sup> C.J.C.E., 24 juillet 2003, *Altmark*, C-280/00.

<sup>279</sup> IP/04/235, le 18 fév. 2004.

<sup>280</sup> Ce considérant est issu de l'amendement 93 au projet de rapport de la Commission économique et monétaire du Parlement européen sur le livre vert sur les services d'intérêt général (2003/2152 (INI)), déposé par Bernard Rapkay et Göran Färm (PE 323.188/1-193 du 20 novembre 2003).

santé du champ d'application de la directive et de consacrer aux soins de santé au sein du marché intérieur un instrument spécifique, tenant mieux compte des particularités de ce secteur.

Le secteur des soins de santé présente d'abord cette spécificité que le rapport entre le patient et le prestataire de soins est profondément déséquilibré. Compte tenu de la nature spécifique de la prestation et du caractère spécialisé des informations qui lui sont fournies, le patient n'est pas en mesure de faire un choix entièrement éclairé, par exemple, sur les mérites respectifs des différents traitements qui lui sont proposés, ou des garanties qui l'assurent contre le risque de faute médicale. Il se trouve au surplus, souvent, dans une situation de besoin, voire de dépendance ou d'urgence, qui peut le priver de tout choix quant au prestataire auprès duquel se rendre afin de recevoir des soins. En outre, à travers l'organisation d'un système de sécurité sociale, l'Etat intervient dans le rapport noué entre le patient et les prestataires de soins de santé, par son intervention financière. Cette intervention financière est mesurée, de manière à rencontrer les besoins de la population en matière de santé, et notamment à la rendre accessible à tous et notamment aux plus pauvres. Elle s'accompagne de l'adoption d'une réglementation des soins de santé, visant notamment à éviter les abus (la surconsommation médicale) et à protéger le patient face aux prestataires de soins, en assurant un contrôle étroit des qualifications de ceux-ci et des conditions auxquelles ils peuvent dispenser des soins de santé. Il est inapproprié d'aborder comme s'il s'agissait d'une relation bilatérale, nouée entre un destinataire de services (le patient) et un prestataire (le soignant), une situation qui est en réalité triangulaire, et dans laquelle l'intervention financière de l'Etat, par l'organisation d'un régime de sécurité sociale, ne peut dissociée de son pouvoir de régulation de l'offre des soins de santé et de la prestation elle-même, y compris des conditions dans lesquelles elle est fournie.

*La prise en charge des soins de santé dispensés dans un autre Etat membre que l'Etat membre d'affiliation*

La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur consacre une disposition (l'article 23) spécifiquement à la prise en charge financière des soins de santé, par l'Etat membre au régime de sécurité sociale duquel le patient est affilié, alors que ces soins sont dispensés dans un autre Etat membre. La proposition de directive prévoit, en ce qui concerne les soins *non hospitaliers*, que les Etats membres ne peuvent pas subordonner à une autorisation préalable la prise en charge financière des soins de santé dispensés dans un autre Etat membre, lorsque ces soins auraient été pris en charge par leur système de sécurité sociale s'ils avaient été dispensés sur leur territoire, mais que par ailleurs les conditions et formalités auxquelles les Etats membres soumettent sur leur territoire l'octroi des soins non hospitaliers peuvent être opposées au patient auquel des soins non hospitaliers ont été dispensés dans un autre Etat membre. S'agissant des soins hospitaliers en revanche, ceux-ci peuvent être subordonnés à une autorisation, mais, d'une part, les Etats membres ne peuvent refuser cette autorisation lorsque ces soins figurent parmi les prestations prévues par la législation de l'Etat membre d'affiliation et que ces soins ne peuvent être dispensés au patient dans un délai acceptable sur le plan médical compte tenu de son état actuel de santé et de l'évolution probable de sa maladie ; d'autre part, le régime d'autorisation doit répondre à certaines conditions : il doit notamment être transparent, c'est-à-dire reposer sur des critères précis et non équivoques, objectifs et rendus publics à l'avance ; il ne doit pas être discriminatoire ; il doit être objectivement justifié par une raison impérieuse d'intérêt général ; enfin, l'objectif que poursuit le régime d'autorisation ne doit pas pouvoir être réalisé par une mesure moins contraignante, et notamment par un régime de contrôle *a posteriori*<sup>281</sup>.

L'objectif annoncé de cette disposition de la proposition de directive sur les services dans le marché intérieur est de renforcer la sécurité juridique en ce qui concerne le remboursement

<sup>281</sup> Voy. les articles 9 à 11 de la proposition de directive, auxquels renvoie l'article 23 § 4.

des soins de santé, ce qui doit bénéficier aussi bien aux patients (qui ne seront plus dissuadés d'aller se faire soigner dans d'autres Etats membres compte tenu de l'amélioration de leurs garanties en ce qui concerne la prise en charge financière de ces traitements) qu'aux professionnels de la santé, ainsi que, selon le préambule de la proposition, aux responsables de la sécurité sociale<sup>282</sup>.

La Cour de justice a clarifié le régime découlant, pour la prise en charge financière par l'Etat membre de résidence du patient des soins de santé qui lui sont dispensés dans un autre Etat membre, de la libre prestation de services. La Cour estime en principe que l'article 49 CE s'oppose à l'application de toute réglementation nationale subordonnant le remboursement de frais médicaux encourus dans un autre Etat membre à un système d'autorisation préalable lorsqu'il apparaît qu'un tel système décourage, voire empêche, les assurés sociaux de s'adresser aux prestataires de services médicaux établis dans des Etats membres autres que celui d'affiliation, à moins que l'obstacle à la libre prestation des services qui en résulte puisse être justifié au regard de l'une des exceptions admises par le traité ou d'une raison impérieuse d'intérêt général, et que les mesures en cause n'excèdent pas ce qui est objectivement nécessaire<sup>283</sup>. Selon la jurisprudence de la Cour, constitue une raison impérieuse d'intérêt général susceptible de justifier le maintien d'une entrave à la possibilité pour le patient de recevoir des soins dispensés dans un autre Etat membre en bénéficiant de la même couverture de ses dépenses que s'il avait choisi de se faire soigner dans l'Etat membre où il est affilié à un régime de sécurité sociale, le souci de cet Etat de maintenir l'équilibre financier de ce régime<sup>284</sup>.

Un Etat n'a donc pas à supporter la charge supplémentaire que représenterait pour lui le choix du patient de se faire soigner ailleurs, bien qu'il ne puisse refuser le remboursement des soins à hauteur du remboursement qui aurait été accordé s'ils avaient été dispensés par des prestataires établis sur son territoire. Il peut en outre subordonner ce remboursement aux conditions qui sont nécessaires à la préservation de l'équilibre financier de son système de sécurité sociale. Dans son arrêt *Vanbraekel* du 12 juillet 2001<sup>285</sup>, la Cour a rappelé « qu'il ne saurait être exclu qu'un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale puisse constituer une raison impérieuse d'intérêt général susceptible de justifier une entrave au principe de la libre prestation des services » (point 47) et que « s'agissant de l'objectif de maintenir un service médical et hospitalier équilibré et accessible à tous, (...) même si un tel objectif est intrinsèquement lié au mode de financement du système de sécurité sociale, il peut également relever des dérogations pour des raisons de santé publique au titre de l'article 56 du traité CE (devenu, après modification, article 46 CE), dans la mesure où il contribue à la réalisation d'un niveau élevé de protection de la santé » (point 48). Dès lors, l'article 46 CE (rendu applicable à la matière des services par le renvoi qu'y fait l'article 55 CE) « permet aux États membres de restreindre la libre prestation des services médicaux et hospitaliers, dans la mesure où le maintien d'une capacité de soins ou d'une compétence médicale sur le territoire national est essentiel pour la santé publique, voire même pour la survie, de sa population » (point 49).

Cette jurisprudence trouvera un appui supplémentaire, après l'entrée en vigueur de la Constitution européenne, dans l'article 35 de la Charte des droits fondamentaux. Il serait souhaitable que la directive relative aux services dans le marché intérieur fasse, au minimum,

---

<sup>282</sup> Voy. le Préambule de la directive, considérant 51.

<sup>283</sup> C.J.C.E., 28 avril 1998, *Kohll*, C-158/96, Rec., p. I-1931, points 33 à 36 ; C.J.C.E., 12 juillet 2001, *Smits et Peerbooms*, C-157/99, Rec., p. I-5473, points 62, 69 et 71 ; C.J.C.E., 13 mai 2003, *Müller-Fauré et Van Riet*, C-385/99, Rec., p. I-4509, points 44-45.

<sup>284</sup> Voy., au cours de la période sous examen, C.J.C.E., 18 mars 2004, *Ludwig Leichtle*, C-8/02, points 41-48.

<sup>285</sup> Voy. également, sur tous ces points, l'arrêt *Kohll* du 28 avril 1998, précité, points 41 et 50-51.

une référence explicite à cette disposition de la Charte,<sup>286</sup> et qu'elle précise à cet égard que l'article 23 de la directive est sans préjudice de la possibilité, pour les Etats membres, de justifier le maintien ou l'introduction de certaines conditions et formalités imposées au remboursement de soins non hospitaliers dispensés dans un autre Etat membre qui seraient nécessaires au maintien d'une capacité de soins ou d'une compétence médicale sur le territoire national, ainsi que le maintien ou l'introduction d'autorisations pour la prise en charge financière, par leur système de sécurité sociale, de soins hospitaliers dispensés dans un autre Etat membre, qui seraient justifiés par la même nécessité.

#### *Liberté d'établissement des prestataires de soins de santé*

L'impact de la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur sur les soins de santé, et sur la possibilité pour les Etats membres d'assurer la protection de la santé au sens de l'article 35 de la Charte, ne se ramène cependant pas à l'article 23 de cette proposition de directive, explicitement consacré à la question de la prise en charge financière des soins de santé dispensés dans un autre Etat membre, par l'Etat membre au régime de sécurité sociale duquel le patient est affilié. En matière de liberté d'établissement, la proposition de directive prévoit notamment que les Etats membres ne peuvent subordonner l'accès à une activité de services ou son exercice sur son territoire, notamment, à l'application d'un test économique au cas par cas subordonnant l'octroi d'une autorisation à une évaluation de l'impact économique de l'activité (article 14, 5)). Selon l'interprétation qui sera donnée de cette clause, ceci peut priver les Etats de la possibilité de limiter l'offre médicale, laquelle a généralement pour effet de stimuler la demande, ce qui contribue à la surconsommation médicale, qui constitue un des facteurs principaux mettant en danger les systèmes de sécurité sociale des Etats membres de l'Union européenne. A tout le moins, les réglementations étatiques visant à limiter l'excès d'offre médicale figureront parmi les exigences à évaluer, dès lors qu'elles imposent des limites quantitatives ou territoriales sous forme, par exemple, de limites fixées en fonction de la population ou d'une distance géographique minimum entre prestataires (article 15 § 2, a)). La réglementation des tarifs médicaux devra également faire l'objet d'une évaluation, selon l'article 15, § 2, g). Les exigences concernant le nombre d'employés, par exemple en proportion du nombre de patients pris en charge, pourront être remises en cause (article 15, § 2, f)). L'article 15, § 2, i), soumet à évaluation « les exigences qui imposent à un prestataire intermédiaire de donner accès à certains services particuliers fournis par d'autres prestataires ». Ceci concerne notamment l'exigence de ne faire appel aux services d'un médecin spécialiste que sur renvoi d'un médecin généraliste, ce qui constitue également un outil important de lutte contre la surconsommation médicale.

Certes, les exigences à évaluer auxquels est consacré l'article 15 de la proposition de directive ne doivent pas nécessairement être abolies. Elles pourront être maintenues à condition d'être non discriminatoires, d'être objectivement justifiées par une raison impérieuse d'intérêt général, et de ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif qu'elles poursuivent. Ceci ne constitue cependant pas une garantie que les exigences imposées par les Etats pour la liberté d'établissement des prestataires de services médicaux seront considérées comme justifiées, chaque fois qu'elles contribuent à la protection de la santé sur le territoire de l'Etat. Ici encore, il y a lieu de recommander que le domaine de la santé – non seulement en ce qui concerne la libre circulation des services médicaux, mais également en ce qui concerne la liberté d'établissement des prestataires de services – soit écarté du champ d'application de la directive relative aux services dans le marché intérieur et que ce domaine soit examiné en tenant compte de ses spécificités.

---

<sup>286</sup> Actuellement, le Préambule ne mentionne que les articles 8, 15, 21 et 47 de la Charte (considérant 72), ce qui donne à penser que la question des soins de santé n'a pas été abordée sous la dimension du droit à la protection de la santé que garantit la Charte des droits fondamentaux.

*La communication sur les services sociaux d'intérêt général*

Dans son Livre blanc de mai 2004 sur les services d'intérêt général, la Commission européenne annonce une communication sur les services sociaux d'intérêt général, y compris les services de santé, dont l'adoption est prévue dans le courant de l'année 2005. Le contenu de cette communication sera étudié avec un soin particulier au regard de l'article 35 de la Charte des droits fondamentaux.

*Coopération sur les services de santé et les soins médicaux*

La Commission a pris des initiatives importantes en vue de promouvoir la coopération sur les soins de santé en général. A la suite de plusieurs récentes décisions de la Cour de justice sur la question des services médicaux, le Conseil a reconnu la nécessité de renforcer la coopération sur la mobilité des patients et les soins de santé dans ses conclusions de juin 2002. Suivant ces conclusions, la Commission a lancé un processus de réflexion à haut niveau sur la mobilité des patients et les soins de santé dans l'Union. Cet processus a réuni l'ensemble des Etats membres (à l'exception du Luxembourg) ainsi que des représentants des patients, des professions médicales, des professionnels de la santé, des prestataires et acheteurs de soins de santé, ainsi que le Parlement européen. Ce processus a abouti en décembre 2003 à un rapport mettant en avant dix-neuf recommandations spécifiques sur cinq domaines, et dont la signification politique est qu'il reconnaît la valeur ajoutée d'une coopération au plan européen afin d'aider les Etats membres à réaliser leurs objectifs en matière de soins de santé.

La Commission a défini sa réponse au rapport issu du processus de réflexion à haut niveau dans une Communication du 20 avril 2004 (COM(2004)301 final), dans laquelle elle fait des propositions en vue d'une coopération européenne permettant une meilleure utilisation des ressources ; répondant aux besoins en matière d'information des patients, des professionnels et des responsables de l'élaboration des politiques; identifiant la contribution européenne aux objectifs en matière de santé ; favorisant l'investissement dans la santé et les infrastructures sanitaires pour faire face à l'élargissement. Une des recommandations importantes issu du processus de réflexion à haut niveau consistait dans l'établissement d'un mécanisme permanent visant à soutenir la coopération européenne dans le domaine des soins de santé et à suivre les effets de l'action de l'Union sur les systèmes de santé, et à présenter des propositions appropriées. La Commission a choisi à cet égard de créer un « groupe à haut niveau sur les services de santé et les soins médicaux ».

Ce groupe a commencé de travailler en juillet 2004, et il a remis un premier rapport au Conseil en décembre. Les domaines suivants sont abordés :

- *Soins transfrontaliers.* La recherche future devrait examiner de manière plus approfondie l'impact budgétaire et le caractère soutenable des soins de santé transfrontaliers, afin de définir un cadre pour ceux-ci, par l'étude des motivations des patients incités à traverser les frontières, des besoins d'information des patients portant sur la qualité, la sécurité et la continuité des soins de santé, ainsi que sur les droits et responsabilités des patients, les questions de responsabilité dans les soins transfrontaliers, ainsi que par la collecte d'informations sur les soins de santé transfrontaliers.
- *Professionnels de la santé.* L'étude portant sur l'amélioration continue des professionnels de la santé devrait se poursuivre, à travers un mécanisme d'échange d'informations ; en s'assurant que des données portant sur le déplacement des professionnels de la santé soient fournies par tous les Etats membres ; en examinant l'impact de la migration hors l'Union européenne ; et en partageant les informations relatives aux pratiques de recrutement afin d'évaluer si des principes communs aux Etats membres pourraient être identifiés.

- *Centres de référence.* Certains principes relatifs aux centres européens de référence ont été mis en avant, y compris leur rôle dans le traitement de maladies rares ou d'autres conditions médicales requérant un traitement spécialisé, le volume des patients concernés, et les critères auxquels ces centres de référence doivent satisfaire. En outre, sont mises au point des procédures et options visant à la désignation de tels centres de référence pour de courtes périodes, sur la base d'une liste de pathologies, de technologies et de techniques. Le groupe à haut niveau cherchera à développer une approche commune qui pourraient être mise en œuvre par des activités pilote.
- *Evaluation des technologies en matière de santé.* L'utilité de créer de manière durable un réseau européen pour l'évaluation des technologies en matière de santé a été reconnue. Un tel réseau devrait examiner les méthodes visant au développement de 'paquets' d'information de base, au soutien à la transférabilité des évaluations, à l'identification et à la prioritarisation des sujets ainsi qu'à la demande de rapports, à l'adaptation aux procédures propres à la politique nationale de santé de l'information de base commune, ainsi qu'à l'échange de méthodologies, d'expertise et de pratiques. Ce réseau pourrait être établi, initialement, par le programme de santé publique.
- *Information et e-santé.* L'e-santé est une dimension prioritaire de ce secteur, et peut contribuer à améliorer la qualité et la continuité des soins ainsi qu'à soutenir des services orientés vers la satisfaction des besoins des destinataires. L'interopérabilité des plans nationaux et européen constitue la clé en ce domaine. Une stratégie d'ensemble est requise, sur le plan européen, sur l'information en matière de soins de santé, qui tienne compte de la mobilité des patients et de la l'accessibilité à l'échelle européenne de e-services en matière de santé. Le travail futur devra se centrer sur le développement d'une telle stratégie d'information et sur la mise en œuvre d'un plan en faveur de l'e-santé, en portant une attention particulière à la fourniture d'informations aux patients, aux professionnels de la santé et aux décideurs ; il devra également envisager les structures adéquates de coopération sur l'information et l'e-santé.
- *L'évaluation d'impact sur la santé et sur les systèmes de santé.* L'impact de l'Union sur la santé résulte notamment des politiques autres que ses politiques de santé publique. Il s'indique d'œuvrer à une approche cohérente de l'évaluation de l'impact sur la santé des autres politiques communautaires. Cependant il n'existe pas de méthodologie à l'échelle européenne afin d'étudier de manière prospective et systématique l'impact sur les systèmes de santé des politiques conduites dans d'autres domaines. Le travail actuellement en cours au sein d'autres organisations internationales servira de base pour définir des instruments permettant de mesurer l'impact des politiques de l'Union sur la santé à travers leur impact sur les systèmes de santé, après que la fiabilité et la validité de ces méthodologies auront pu être attestées.
- *Sécurité du patient.* Les interventions en matière de santé, bien que visant à bénéficier aux patients, peuvent aussi leur causer dommage. Un réseau ou forum européen sur la sécurité du patient, travaillant en lien avec d'autres organisations internationales, pourrait encourager des efforts tendant à améliorer la sécurité des patients dans l'ensemble des Etats membres, à travers le partage d'informations et l'expertise. Des propositions en vue de la création d'un tel réseau pourraient être mises en avant en 2005, en coopération avec les présidences luxembourgeoise et britannique qui devraient envisager cela comme une de leurs priorités d'action.

Ces coopérations concrètes à l'échelle européenne contribueront à la mise en œuvre de l'article 35 de la Charte, en améliorant l'efficacité et l'efficacités des systèmes de soins de santé à

travers l'Union et en facilitant l'accès des patients aux soins de qualité qu'ils recherchent, où qu'ils puissent se les procurer dans des conditions satisfaisantes.

### **Article 36. Accès aux services d'intérêt économique général**

#### *Le contexte du débat sur les services d'intérêt économique général*

Le Rapport de 2004 comportait des commentaires détaillés sur le Livre vert concernant les services d'intérêt général que la Commission européenne a présenté le 21 mai 2003<sup>287</sup>. Ce Livre vert avait pour but d'amorcer une vaste consultation concernant, en particulier, la nécessité d'adopter une directive-cadre établissant les principes relatifs aux services d'intérêt général qui sont à la base de l'article 16 de la CE<sup>288</sup> et déterminant le contenu de cette législation<sup>289</sup>. En 2004, la Commission s'est appuyée sur cette consultation<sup>290</sup> pour mettre au point un Livre blanc dans lequel elle présentait ses propositions dans le domaine des services d'intérêt économique général – prestés par des entreprises qui, de par leur nature économique, étaient dispensées d'appliquer les règles du Traité de la CE en raison de la mission d'intérêt général qu'elles devaient remplir<sup>291</sup> – et des rôles respectifs du droit des Etats membres et de l'Union dans la définition de leur statut<sup>292</sup>. Plus tôt dans l'année, le Parlement européen avait adopté une résolution<sup>293</sup> sur le Livre vert de la Commission basé sur le Rapport rédigé par le parlementaire Ph. Herzog. Ces positions sont présentées à un moment où, en raison de l'élargissement de l'Union européenne à dix nouveaux Etats membres, les politiques structurelles de la Communauté ainsi que sa politique de soutien aux réseaux transeuropéens ont une fonction essentielle à jouer afin de contribuer à prévenir l'exclusion des groupes sociaux ou régions vulnérables de l'accès aux services essentiels<sup>294</sup>.

<sup>287</sup> COM(2003)270 final.

<sup>288</sup> Aux termes de l'article 16 CE: «Sans préjudice des articles 73, 86 et 87, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, la Communauté et ses Etats membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application du présent traité, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs mission».

<sup>289</sup> Voir déjà la Communication de la Commission sur le statut du travail concernant l'examen d'une proposition de directive-cadre sur les services d'intérêt général (COM(2002)689 final du 04.12.2002).

<sup>290</sup> Sur les résultats de la consultation publique, voir le Rapport concernant la consultation sur le Livre vert relatif aux services d'intérêt général, document de travail des services de la Commission, SEC(2004) 326 du 15.03.2004: [http://europa.eu.int/comm/secretariat\\_general/service\\_general\\_interest](http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/service_general_interest)

<sup>291</sup> La jurisprudence a clarifié la distinction entre les services d'intérêt général économiques et non économiques. Ne sont pas considérées comme «économiques» les activités exercées par les organismes dont les fonctions sont essentiellement de nature sociale, qui ne font pas de bénéfice et dont le but n'est pas d'exercer une activité industrielle ou commerciale, mais de pratiquer la solidarité. En revanche, les activités économiques sont des activités qui consistent à fournir des biens et des services sur un marché déterminé. Voir CJE, 17 février 1993, *Poucet et Pistre*, affaires jointes C-159/91 et C-160/91, ECR I-637, considérant 18; CJE, 16 novembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance et les autres*, C-244/94, ECR I-4013; CJE, 22 janvier 2002, *Cisal*, C-218/00, ECR I-691, considérant 22; Communication de la Commission, «Services d'intérêt général en Europe», COM(2000)580 final, du 20.09.2000, JO n° C 17 du 19.01.2001, ici par. 28 à 30. Les règles du Traité de la CE sur le droit de la concurrence, la liberté de circulation ou les aides fournies par les Etats ne s'appliquent qu'aux services d'intérêt économique général. L'article 86, § 2, de la CE avait été créé pour permettre aux Etats membres de développer une politique adaptée à l'intérêt général lorsque le marché ne donne pas les résultats souhaités. Cette disposition prévoit que l'application des règles du Traité aux activités économiques qui sont également soumises à une obligation de service public, «ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie».

<sup>292</sup> COM(2004) 374 final, du 12.05.2004.

<sup>293</sup> Résolution du Parlement européen sur le Livre vert sur les services d'intérêt général, 14.01.2004 (T5-0018/2004).

<sup>294</sup> Voir notamment: Un nouveau partenariat pour la cohésion, Troisième rapport sur la cohésion économique et sociale, COM(2004) 107 du 18.02.2004.

Cette question a également donné lieu à des développements au niveau constitutionnel. En juillet 2003, la Convention européenne avait proposé que l'article III-6 de la Constitution, basé sur l'article 16 de la CE, prévoie la possibilité d'adopter une Loi-cadre sur les services d'intérêt économique général. La proposition d'article disait: «...eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général en tant que services auxquels tous dans l'Union attribuent une valeur ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de sa cohésion sociale et territoriale, l'Union et ses Etats membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application de la constitution, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base des principes et dans des conditions, notamment économiques et financières, qui leur permettent d'accomplir leurs missions – la loi européenne définit ces principes et ces conditions.» Par conséquent, l'idée d'une intervention du législateur européen pour mettre au point les principes de fonctionnement des services d'intérêt économique général avait été jugée souhaitable. L'article III-122 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe adopte le même principe, mais insiste sur le fait que c'est aux Etats membres de définir les services d'intérêt général. Actuellement, il prévoit ceci:

Sans préjudice des articles I-5, III-166, III-167 et III-238, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général en tant que services auxquels tous dans l'Union attribuent une valeur ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de sa cohésion sociale et territoriale, l'Union et les Etats membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application de la Constitution, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions, notamment économiques et financières, qui leur permettent d'accomplir leurs missions. La loi européenne établit ces principes et fixe ces conditions, sans préjudice de la compétence qu'ont les Etats membres, dans le respect de la Constitution, de fournir, de faire exécuter et de financer ces services.

Enfin, un dernier aspect du débat sur la préservation des services d'intérêt économique général en tant qu'aspect essentiel du modèle social européen concerne la proposition de directive sur les services dans le marché interne que la Commission européenne a présentée le 13 janvier 2004<sup>295</sup>. Certains participants à ce débat ont estimé que cette proposition, si elle était adoptée, devancerait le débat sur le maintien des services d'intérêt économique général et que, par conséquent, les deux propositions – d'une part d'une directive garantissant l'exercice de la liberté d'établissement des prestataires de services et de la libre circulation des services et, d'autre part, d'une directive-cadre sur les services d'intérêt économique général – devaient être liées l'une à l'autre et progresser au même rythme.

#### *La nécessité de respecter la définition de l'intérêt général par les Etats membres*

L'article 36 de la Charte des droits fondamentaux doit constituer la disposition de référence des commentaires qu'appelle, dans le cadre de ce rapport, le débat portant sur les services d'intérêt économique général dans l'Union au cours de l'année sous examen. Cet article dit que «l'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément au traité instituant la Communauté européenne, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union». Il s'en déduit une obligation pour l'Union de veiller à ne pas prendre d'initiatives qui seraient susceptibles de rendre impossibles ou plus difficiles, la définition, l'organisation et le financement des services d'intérêt économique général par les Etats membres de l'Union.

Ainsi que le soulignent aussi bien le Livre blanc de la Commission sur les services d'intérêt général<sup>296</sup> que la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieure-

<sup>295</sup> COM(2004) 2 du 13.01.2004.

<sup>296</sup> COM(2004) 374 final, du 12.05.2004, p. 11.



même<sup>297</sup>, cette proposition porte uniquement sur les services correspondant à une activité économique. Elle ne s'applique pas aux services d'intérêt général de nature non économique. Les règles du traité CE ne s'appliquent pas aux activités qui relèvent des prérogatives traditionnelles de l'Etat (sécurité et justice, relations internationales), celles que l'Etat choisit d'entreprendre en accomplissant sa mission dans les domaines sociaux, culturels ou éducatifs envers sa population ou qui reposent sur le principe de la solidarité, enfin les activités «exercées par des organismes dont les fonctions sont essentiellement sociales, qui ne réalisent pas de profits et n'ont pas pour objectif de pratiquer une activité industrielle ou commerciale» (syndicats, églises, associations de consommateurs ou organisations humanitaires)<sup>298</sup>. Ces activités non économiques ne sont donc pas concernées par la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur. Quant aux activités conduites par des entreprises chargées d'une mission d'intérêt général par les Etats membres – les services d'intérêt économique général, dont l'article 86, § 2, CE dit qu'elles peuvent être exemptées des règles du traité relatives au droit de la concurrence et aux règles relatives au marché intérieur dans la mesure nécessaire à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie –, elles sont pour certaines d'entre elles exclues du champ d'action de la proposition, comme les transports ou certaines matières relatives aux services et communications électroniques<sup>299</sup>, ou font l'objet de dérogations au principe du pays d'origine, comme les services postaux<sup>300</sup> et les services de distribution de l'électricité<sup>301</sup>, du gaz<sup>302</sup> et de l'eau<sup>303</sup>. Le Livre blanc de mai 2004 sur les services d'intérêt général qu'en outre, «la proposition n'oblige pas les Etats membres à ouvrir les services d'intérêt économique général à la concurrence et n'intervient pas dans le financement ou l'organisation de ces services».

Dans le cadre juridique actuel, il appartient déjà à la Commission européenne, en tant que gardienne des traités, sous le contrôle de la Cour de justice, qui en constitue l'interprète ultime, de définir le champ d'application des règles du traité relatives au marché intérieur relatives au droit de la concurrence ou des libertés de circulation. Elles doivent pour cela distinguer les activités «économiques» qui s'y trouvent soumises des activités «non économiques» où prédominent l'objectif social poursuivi ou les éléments de solidarité. Tandis que les activités économiques sont conduites par des acteurs constituant des «entreprises» au sens du droit communautaire quels que soient leur statut en droit interne, leurs modalités de régulation ou de financement au sein de l'Etat membre concerné, les activités au sein desquelles l'emporte l'élément de redistribution sont, au contraire, des activités non économiques auxquelles les règles du traité de Rome ne s'appliquent pas. La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur, qui ne s'applique qu'aux services au sens de la jurisprudence de la Cour de justice fondée sur l'article 50 CE<sup>304</sup>, ne modifie pas le tracé de cette frontière entre les activités soumises aux règles du traité et les activités qui y échappent. Elle ne modifie pas non plus le rôle important et délicat qu'assument, pour définir cette frontière, la Commission européenne et la Cour de justice.

<sup>297</sup> COM(2004) 2 du 13.01.2004, p. 15 et 16.

<sup>298</sup> Voir la communication de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe, COM(2000) 580 final du 20 septembre 2000, JO n° C 17 du 19.01.2001, par. 28 à 30.

<sup>299</sup> Article 2, § 2, de la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur.

<sup>300</sup> Il s'agit des services postaux visés par l'article 2, 1), de la directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil, JO n° L 15 du 21.01.1998, p. 14. Voir l'article 17, 1), de la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur.

<sup>301</sup> Il s'agit des services de distribution d'électricité visés à l'article 2, 5), de la directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil, JO n° L 176 du 15.07.2003, p. 37. Voir l'article 17, 2), de la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur.

<sup>302</sup> Il s'agit des services de distribution d'électricité visés à l'article 2, 5) de la directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil, JO n° L 176 du 15.07.2003, p. 57. Voir l'article 17, 3), de la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur.

<sup>303</sup> Voir l'article 17, 4) de la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur.

<sup>304</sup> Article 4, 1) de la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur.

Lorsqu'un acteur, exerçant une activité de nature économique sur le marché, constitue une «entreprise» au sens du droit communautaire, il bénéficiera d'une exemption des règles du traité, en matière de droit de la concurrence<sup>305</sup>, d'aides d'Etat<sup>306</sup>, ou en ce qui concerne les libertés économiques fondamentales, lorsque cela est justifié par la nécessité de ne pas faire obstacle à l'accomplissement d'une mission d'intérêt général qui lui aurait été confiée (article 86, § 2, CE). C'est en ce sens que la définition par les Etats membres des services d'intérêt économique général permet de faire obstacle aux conséquences qui résulteraient de l'application des règles du traité.

Les conditions dans lesquelles se trouve défini le principe du pays d'origine applicable en matière de libre circulation des services d'un Etat membre à l'autre et le régime qui en découle aux articles 16 à 19 de la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur sont cependant de nature à mettre en cause l'équilibre ainsi défini dans le cadre du droit communautaire. Ce cadre prévoit qu'un Etat membre peut confier à des opérateurs privés ou publics offrant des services sur son territoire une mission d'intérêt général, ce qui permet de justifier, dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de cette mission par ces opérateurs, que leur soient octroyés certains droits spéciaux ou exclusifs. Or, le principe du pays d'origine peut faire obstacle à ce qu'un Etat membre impose certaines obligations aux prestataires de services provenant d'autres Etats membres en fonction de la conception qu'il se fait des exigences de l'intérêt général. Parmi les dérogations générales au principe du pays d'origine, figurent, certes, les «exigences spécifiques de l'Etat membre dans lequel le prestataire se déplace qui sont directement liées aux caractéristiques particulières du lieu où le service est fourni et dont le respect est indispensable pour assurer le maintien de l'ordre public ou de la sécurité publique ou la protection de la santé publique ou de l'environnement», ainsi que, notamment, les exigences relatives «au régime d'autorisation relatif aux remboursements des soins hospitaliers»<sup>307</sup>. Ce sont là des dérogations au principe du pays d'origine qui permettent de faire échapper à celui-ci certaines réglementations visant à organiser et à réguler la fourniture de services d'intérêt économique général sur le territoire de l'Etat membre d'accueil, au bénéfice de ses populations. Mais ces dérogations ne recouvrent que certaines dimensions de l'intérêt général. Elles restreignent par conséquent la possibilité pour les Etats membres, qu'ils reçoivent en principe du Traité de Rome, d'imposer des obligations dites de service public en dehors de ces situations spécifiques. Par exemple, si les services financiers n'étaient pas exclus du champ d'application de la proposition<sup>308</sup>, un Etat qui voudrait imposer une obligation de service universel couvrant les services bancaires de base<sup>309</sup> ne pourrait prendre appui sur les dérogations au principe du pays d'origine énumérées à l'article 17 de la proposition de directive pour justifier l'imposition de pareille obligation aux prestataires de service d'autres Etats membres. Il en résulterait que les opérateurs de services bancaires établis sur le territoire de cet Etat – auxquelles pareille obligation de service universel serait imposée – se trouveraient dans une situation

<sup>305</sup> Au cours de la période sous examen, voir C.J.C.E., 16 mars 2004, *AOK-Bundesverband et autres*, aff. jtes C-264/01 et autres, non encore publié.

<sup>306</sup> Aux conditions que la jurisprudence récente de la Cour de justice a clarifiées: voir C.J.C.E., 24 juillet 2003, *Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg*, C-280/00; et C.J.C.E., 24 novembre 2003, *Enirisorse SpA*, affaires jointes C-34/01 à C-38/01. Ces arrêts n'ont cependant pas suffi à lever toutes les incertitudes. La Commission propose, dans son Livre blanc sur les services d'intérêt général, de contribuer à clarifier les règles applicables et faciliter ainsi le financement par les collectivités publiques, notamment au plan local, des services d'intérêt économique général: voir le Livre blanc, par. 4.2. «Clarifier et simplifier le cadre juridique relatif à la compensation des obligations de service public». La Commission propose en particulier d'adopter en 2005 une décision relative à l'application de l'article 86 du traité aux aides d'Etat accordées sous forme de compensation pour service public à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, ainsi qu'un cadre communautaire relatif aux aides d'Etat accordées sous forme de compensation pour service public.

<sup>307</sup> Article 17, 17) et 18), de la proposition de directive.

<sup>308</sup> Article 2, § 2, a), de la proposition de directive.

<sup>309</sup> Voir par exemple la loi du 24 mars 2003 instaurant un service bancaire de base, entrée en vigueur en Belgique le 1<sup>er</sup> septembre 2003 (*M.B.*, 15 mai 2003).

concurrentielle défavorable par rapport à leurs concurrents établis dans d'autres Etats membres, et dont les activités seraient régies par la loi du pays d'origine.

La note explicative concernant les activités couvertes par la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur, que la Commission européenne a soumise au groupe de travail «Compétitivité et croissance» du Conseil, indique que la proposition

n'affecte pas la liberté des Etats membres de définir ce qu'ils considèrent comme des services d'intérêt économique général, de déterminer la manière dont ces services doivent être organisés et financés et de fixer les obligations spécifiques auxquelles ils sont soumis. En particulier, la proposition de directive n'impose pas aux Etats membres de libéraliser ou de privatiser les activités qui sont considérées comme des services d'intérêt économique général, ni de les ouvrir à la concurrence, pas plus qu'elle ne les oblige à abolir les monopoles<sup>310</sup>.

Cette affirmation est exacte, mais elle passe sous silence que, sans imposer une *obligation* aux Etats membres de renoncer à organiser certains services d'intérêt économique général, la proposition de directive peut avoir pour conséquence de *rendre plus difficile* une telle organisation, lorsque les activités de certains opérateurs économiques seront réglementées de manière à leur imposer des obligations de service public alors que ces mêmes réglementations ne pourront être imposées à des opérateurs établis dans d'autres Etats membres. Par exemple, une collectivité locale qui imposerait à toutes les entreprises servant des repas à domicile sur le territoire de cette collectivité sans établir de différence de prix selon le degré d'éloignement géographique des destinataires, de manière à assurer que ce service sera abordable financièrement y compris aux personnes les plus éloignées, pourrait se voir reprocher de vouloir imposer à un prestataire de services établi sur un autre Etat membre le respect d'une réglementation de son activité alors que ce prestataire, conformément au principe du pays d'origine, devrait ne voir régir son activité que par la loi du lieu où il est établi. La note explicative précitée de la Commission dit que, en ce qui concerne l'impact des dispositions concernant la libre prestation de services d'intérêt économique général, «en raison de leur nature spécifique, les activités qui peuvent être fournies au-delà des frontières nationales comme les services postaux ou les services de distribution d'électricité, de gaz et d'eau ne sont pas soumis au principe du pays d'origine. Dès lors, la proposition n'affecte en aucune manière la possibilité pour l'Etat membre d'accueil d'imposer à ces services des obligations spécifiques en ce qui concerne leur accessibilité, leur caractère économiquement abordable, leur disponibilité ou leur qualité». Cependant, le choix des auteurs de la proposition d'énumérer limitativement les services qui ne relèvent pas du domaine d'application de la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur ou qui bénéficient d'une dérogation générale est en contradiction avec l'affirmation qu'il revient aux Etats membres, et non au droit communautaire, de définir l'identité des services d'intérêt économique général sur leur territoire. Pas plus qu'il ne revient au droit communautaire de fournir une définition des services qui relèvent de l'intérêt général, le Traité CE reconnaissant aux Etats membres ce pouvoir, il n'est légitime de ramener les services d'intérêt économique général aux seules activités qui, étant conduites par les industries de réseau dans lesquelles existent des monopoles dits «naturels», doivent faire l'objet d'une organisation par les Etats membres en raison de leurs caractéristiques économiques. Il revient aux Etats membres de définir leur propre conception de l'intérêt général, sans que cette conception doive dépendre d'une théorie économique des monopoles naturels<sup>311</sup>. Seule une dérogation relative à

<sup>310</sup> COMPET 106, ETS 45, SOC. 323, JUSTCIV 94, CODEC 850, Bruxelles, le 25 juin 2004, p. 5.

<sup>311</sup> Ceci est admis par le Livre blanc relatif aux services d'intérêt général, COM(2004) 374 final du 12.5.2004, qui donne dans son annexe la définition suivante du service d'intérêt économique général: cette expression «se réfère aux services de nature économique que les Etats membres ou la Communauté soumettent à des obligations spécifiques de service public en vertu d'un critère d'intérêt général. La notion de services d'intérêt économique général couvre donc plus particulièrement certains services fournis par les grandes industries de réseau comme le

l'organisation de ces services, *quel que soit le domaine concerné*, paraît conforme à la division des tâches que le traité CE établit actuellement entre le droit communautaire et les Etats membres.

Afin de pallier le risque que l'imposition du principe du pays d'origine en matière de libre circulation des services fasse obstacle à la possibilité pour chaque Etat membre de déterminer librement, suivant sa propre conception de l'intérêt général, l'étendue des services d'intérêt économique général qu'il offre sur son territoire, il serait indiqué de compléter la liste des dérogations générales au principe du pays d'origine figurant à l'article 17 de la proposition de directive sur les services dans le marché intérieur en prévoyant que ce principe ne s'applique pas aux réglementations imposées aux entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, conformément à l'article 86, § 2, CE, et à l'interprétation que fait de cette disposition la Cour de justice. Cela ne ferait que confirmer le système découlant actuellement de l'article 86 CE, dont l'invocation par les Etats membres, afin de justifier les droits particuliers ou les aides qu'ils accordent à certains opérateurs économiques publics ou privés, demeure soumise au contrôle de la Cour de justice.

### **Article 37. Protection de l'environnement**

Cette disposition de la Charte n'est pas commentée dans le présent rapport. Il est renvoyé aux rapports nationaux ainsi qu'au *Rapport de synthèse : la situation des droits fondamentaux dans l'Union et ses Etats membres en 2004* contenant les conclusions et recommandations du Réseau pour l'année 2004.

### **Article 38. Protection du consommateur**

L'impact de la proposition d'une directive sur les services dans le marché interne a été discuté plus haut, dans le commentaire relatif à l'article 31 de la Charte.

## **TITRE V: LES DROITS DU CITOYEN**

### **Article 39. Droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen**

Cette disposition de la Charte n'est pas commentée dans le présent rapport. Il est renvoyé aux rapports nationaux ainsi qu'au *Rapport de synthèse : la situation des droits fondamentaux dans l'Union et ses Etats membres en 2004* contenant les conclusions et recommandations du Réseau pour l'année 2004.

### **Article 40. Droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales**

Cette disposition de la Charte n'est pas commentée dans le présent rapport. Il est renvoyé aux rapports nationaux ainsi qu'au *Rapport de synthèse : la situation des droits fondamentaux dans l'Union et ses Etats membres en 2004* contenant les conclusions et recommandations du Réseau pour l'année 2004.

---

transport, les services postaux, l'énergie et les communications. Toutefois, l'expression s'étend également aux autres activités économiques soumises elles aussi à des obligations de service public”.

**Article 41. Droit à une bonne administration**

Cette disposition de la Charte n'est pas commentée dans le présent rapport. Il est renvoyé aux rapports nationaux ainsi qu'au *Rapport de synthèse : la situation des droits fondamentaux dans l'Union et ses Etats membres en 2004* contenant les conclusions et recommandations du Réseau pour l'année 2004.

**Article 42. Droit d'accès aux documents**

Cette disposition de la Charte n'est pas commentée dans le présent rapport. Il est renvoyé aux rapports nationaux ainsi qu'au *Rapport de synthèse : la situation des droits fondamentaux dans l'Union et ses Etats membres en 2004* contenant les conclusions et recommandations du Réseau pour l'année 2004.

**Article 43. Médiateur**

Cette disposition de la Charte n'est pas commentée dans le présent rapport. Il est renvoyé aux rapports nationaux ainsi qu'au *Rapport de synthèse : la situation des droits fondamentaux dans l'Union et ses Etats membres en 2004* contenant les conclusions et recommandations du Réseau pour l'année 2004.

**Article 44. Droit de pétition**

Cette disposition de la Charte n'est pas commentée dans le présent rapport. Il est renvoyé aux rapports nationaux ainsi qu'au *Rapport de synthèse : la situation des droits fondamentaux dans l'Union et ses Etats membres en 2004* contenant les conclusions et recommandations du Réseau pour l'année 2004.

**Article 45. Liberté de circulation et de séjour***Les citoyens de l'Union européenne*

Au cours de la période sous examen, le Parlement européen et le Conseil ont adopté la Directive 2004/38/CE du 29 avril 2004 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 membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE.<sup>312</sup> Les États membres devraient appliquer la directive pour le 30 avril 2006 (article 40). L'adoption de cet instrument est basée sur la prise de conscience de la nécessité de simplifier et de renforcer le droit de circuler et de séjourner librement dans toute l'Union en codifiant et en revoyant les instruments actuels de la Communauté qui traitent séparément des travailleurs, des indépendants, des étudiants et des autres personnes inactives. La directive se fonde également, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, sur l'idée que «le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres»<sup>313</sup>. Elle distingue le séjour de moins de trois mois, acquis sans autres conditions ou formalités que l'exigence d'être en possession d'une carte d'identité ou d'un passeport en cours de validité; le séjour de trois mois à cinq ans, qui peut être subordonné à un enregistrement si

<sup>312</sup> JO n° L 158 du 30.04.2004, p. 77 (et le rectificatif au JO L 229 du 29.6.2004, p. 35).

<sup>313</sup> C.J.C.E., 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, *Rec.*, p. I-6193, point 13; C.J.C.E., 2 octobre 2003, *Garcia Avelo*, C-148/02, *Rec.*, p. I-11613, point 22.

c'est requis par l'Etat d'accueil, et qui suppose la possession de moyens de subsistance suffisants; enfin, le droit de séjour permanent, au terme de cinq années de résidence dans l'Etat membre autre que celui dont le citoyen de l'Union a la nationalité. Du point de vue des droits fondamentaux, la directive 2004/38/CE appelle trois commentaires.

La possibilité pour le titulaire du droit de circuler et de séjourner dans un Etat membre autre que celui dont il a la nationalité de se faire accompagner des membres de sa famille appelle une première observation. Reconnaissant que «le droit de tous les citoyens de l'Union de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres devrait, pour qu'il puisse s'exercer dans des conditions objectives de liberté et de dignité, être également accordé aux membres de leur famille quelle que soit leur nationalité» (Préambule, 5<sup>e</sup> considérant), la directive reconnaît un droit de sortie de tout Etat membre et un droit d'entrée dans un autre Etat membre (articles 4 et 5), un droit de séjour jusqu'à trois mois (article 6), et, sous certaines conditions, un droit de séjour de plus de trois mois (article 7), aussi bien aux citoyens de l'Union qu'aux membres de sa famille qui n'ont pas la nationalité d'un Etat membre en possession d'un passeport en cours de validité. Aux fins de la directive, la notion de «membres de la famille» s'entend, selon l'article 2, § 2, de la directive:

- a) du conjoint;
- b) du partenaire avec lequel le citoyen de l'Union a contracté un partenariat enregistré, sur la base de la législation d'un Etat membre, si, conformément à la législation de l'Etat membre d'accueil, les partenariats enregistrés sont équivalents au mariage, et dans le respect des conditions prévues par la législation pertinente de l'Etat membre d'accueil;
- c) des descendants directs qui sont âgés de moins de vingt et un ans ou qui sont à charge, et les descendants directs du conjoint ou du partenaire tel que visé au point b);
- d) des ascendants directs à charge et ceux du conjoint ou du partenaire tel que visé au point b).

Bien sûr, les Etats membres doivent appliquer la directive sans pratiquer de discrimination entre ses bénéficiaires, notamment sur la base de l'orientation sexuelle. Par conséquent, la notion de «conjoint» dans la directive ne peut pas être limitée aux conjoints d'un sexe différent lorsque la relation maritale a été reconnue comme valable par le droit national de l'Etat membre d'origine. Comme le rappelait le Réseau dans son Avis n° 1-2003 du 19 avril 2003, un Etat membre pratiquerait une discrimination directe basée sur l'orientation sexuelle s'il refusait de reconnaître comme «conjoint» le partenaire du même sexe que le citoyen de l'Union qui souhaite s'établir dans cet Etat et dont le mariage est valable en vertu des lois de son Etat membre d'origine.

A cet égard, il y a lieu de rappeler qu'en Belgique, à la suite de l'entrée en vigueur de la loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe, une circulaire du 23 janvier 2004 (Circulaire du 23 janvier 2004 remplaçant la circulaire du 8 mai 2003 relative à la loi du 13 février [2003] ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, *M.B.*, 27 janvier 2004) est venue énoncer que, si une disposition de la loi nationale des époux ou de l'un d'eux interdit le mariage aux personnes de même sexe, l'application de cette disposition doit être désormais écartée au profit de la loi belge, qui autorise le mariage entre personnes de même sexe pour autant que l'un des époux soit belge ou réside habituellement en Belgique. L'interdiction du mariage entre personnes de même sexe est en effet considérée comme discriminatoire et contraire à l'ordre international public belge. Aux Pays-Bas, la loi du 21 décembre 2000 portant modification du Livre I du Code civil (*Staatsblad* 2001, n° 9) avait déjà ouvert le mariage aux couples de personnes de même sexe, prévoyant que, pour qu'un tel mariage puisse être conclu, au moins l'un de deux partenaires du couple doit soit avoir la nationalité néerlandaise, soit être un résident aux Pays-Bas. Cela résulte des dispositions régissant le mariage conclu entre personnes de même sexe: article 1:43 (par. 1<sup>er</sup>) *Burgerlijk Wetboek* [Code civil] et article 2 (a) *Wet conflictenrecht*

*huwelijk* [Loi sur les conflits de lois en matière de mariage 1989, amendée en 2001]. Tout ressortissant d'un Etat tiers à l'Union, mais qui réside aux Pays-Bas, peut conclure un mariage avec une personne de même sexe, quel que soit la nationalité ou le lieu de résidence. Le mariage conclu en Belgique ou aux Pays-Bas respectivement entre une personne de nationalité belge ou néerlandaise ou résidant habituellement en Belgique ou aux Pays-Bas, d'une part, le ressortissant d'un autre Etat qu'il s'agisse ou non d'un Etat tiers, d'autre part, doit être reconnu par les autres Etats membres de l'Union aux fins du regroupement familial dans le cadre de la directive 2004/38/CE du 29 avril 2004, le refus de reconnaissance de ce mariage devant être considéré comme une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

Il résulte de la directive 2004/38/CE que, là où le citoyen de l'Union a conclu un partenariat enregistré avec un ressortissant d'un Etat tiers, ce partenariat enregistré ne permettra à ce dernier de bénéficier du droit de suivre son partenaire dans un autre Etat membre qu'à la condition que, dans ce dernier Etat, le partenariat enregistré est reconnu comme équivalent au mariage. La possibilité qui subsiste ainsi pour l'Etat membre d'accueil de refuser que le partenariat enregistré puisse ouvrir le droit au regroupement familial implique que, sauf lorsqu'ils ont la nationalité belge ou néerlandaise ou sont résidents permanents dans l'un de ces deux pays, ce qui leur ouvre l'accès à l'institution du mariage dans ces pays, la liberté de circulation que reconnaît l'article 45 de la Charte des droits fondamentaux – laquelle ne se conçoit pas sans la possibilité pour son titulaire de se faire rejoindre par les membres de sa famille – sera en réalité moins effective pour les personnes ayant une orientation homosexuelle que pour les autres citoyens de l'Union. Cette solution est contestable au regard aussi bien de l'article 45 de la Charte que de l'exigence de non-discrimination inscrite à l'article 21 de la Charte. Elle l'est d'autant moins que plusieurs Etats ayant créé des formes de partenariat enregistré, sous des appellations diverses, ont voulu en réalité assimiler ces unions, ouvertes aux couples de personnes de même sexe, au mariage, à l'exclusion seulement de certains effets liés à la filiation (présomption de paternité ou de maternité du partenaire en cas de naissance au sein du couple et possibilité d'adoption conjointe), la différence de terminologie n'étant retenue que pour des motifs essentiellement symboliques. La solution qu'adopte l'article 2, § 2, b), de la directive 2004/38/CE aboutit en fait à ce qu'une différence supplémentaire s'installe entre le mariage d'une part, le partenariat enregistré d'autre part, que les Etats qui ont créé cette dernière forme d'union n'ont pas souhaitée au moment où ils ont légiféré en ce sens. En outre, là où l'institution du mariage n'est pas ouverte aux couples de personnes de même sexe, la différence de traitement qui est établie entre le mariage et le partenariat enregistré en ce qui concerne l'impact sur le droit au regroupement familial aboutit à une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

L'article 3 § 2 de la directive 2004/38/CE prévoit que, sans entraver la liberté de circuler et de séjourner librement dont peuvent bénéficier les personnes concernées, «l'Etat membre d'accueil facilitera, conformément à sa législation nationale, l'entrée et le séjour», notamment pour «le partenaire avec qui le citoyen de l'Union entretient une relation durable, dûment attestée», et par conséquent «examinera de façon approfondie les circonstances personnelles et justifiera tout refus d'entrée et de séjour à ces personnes». Les Etats membres devraient être encouragés à tenir compte des exigences de l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux lorsqu'ils effectuent cet examen. Il peut être important de rappeler que, selon la Cour européenne des droits de l'homme, «tout comme les différences fondées sur le sexe, les différences fondées sur l'orientation sexuelle nécessitent des raisons particulièrement graves pour être justifiées»<sup>314</sup>. On ne voit pas quelle justification pourrait être invoquée dans les conditions actuelles, en faveur de la solution de la directive.

La directive 2004/38/CE reconnaît un droit de séjour autonome aux membres de la famille ayant accompagné ou rejoint le citoyen de l'Union qui s'est déplacé dans un autre Etat

<sup>314</sup> Cour européenne des droits de l'homme (1<sup>re</sup> section), *Karner c. Autriche* (req. n° 40016/98), arrêt du 24 juillet 2003, § 37.

membre. L'article 12 concerne les situations de décès ou de départ du citoyen de l'Union que des membres de sa famille ont rejoint. L'article 13 de la directive prévoit que «l'annulation du mariage d'un citoyen de l'Union ou la rupture d'un partenariat enregistré tel que visé à l'article 2, point 2) b), n'affecte pas le droit de séjour des membres de sa famille qui ont la nationalité d'un État membre». L'article 13, § 2, prévoit à cet égard que «le divorce, l'annulation du mariage ou la rupture d'un partenariat enregistré tel que visé à l'article 2, point 2) b), n'entraîne pas la perte du droit de séjour des membres de la famille d'un citoyen de l'Union qui n'ont pas la nationalité d'un État membre: a) lorsque le mariage ou le partenariat enregistré a duré au moins trois ans avant le début de la procédure judiciaire de divorce ou d'annulation ou la rupture, dont un an au moins dans l'État membre d'accueil; ou b) lorsque la garde des enfants du citoyen de l'Union a été confiée au conjoint ou au partenaire qui n'a pas la nationalité d'un État membre, par accord entre les conjoints ou entre les partenaires, tels que visés à l'article 2, point 2) b), ou par décision de justice; ou c) lorsque des situations particulièrement difficiles l'exigent, par exemple le fait d'avoir été victime de violence domestique lorsque le mariage ou le partenariat enregistré subsistait encore; ou d) lorsque le conjoint ou le partenaire qui n'a pas la nationalité d'un État membre bénéficie, par accord entre les époux ou entre les partenaires, tels que visés à l'article 2, point 2) b), ou par décision de justice, d'un droit de visite à l'enfant mineur, à condition que le juge ait estimé que les visites devaient avoir lieu dans l'État membre et aussi longtemps qu'elles sont jugées nécessaires».

Les dispositions citées sont tout à fait bienvenues et traduisent un souci, qui vaut d'être souligné, de protection du conjoint du citoyen de l'Union ayant exercé sa liberté de circulation, notamment contre le risque d'abus ou de violence conjugale. Une solution différente aurait au contraire créé une situation de vulnérabilité du conjoint vis-à-vis de ce genre de situations.

La directive 2004/38/CE appelle, du point de vue des droits fondamentaux de la Charte, une troisième observation. Le Préambule précise que «les bénéficiaires du droit de séjour ne devraient pas faire l'objet de mesures d'éloignement aussi longtemps qu'ils ne deviennent pas une charge déraisonnable pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil. En conséquence, une mesure d'éloignement ne peut pas être la conséquence automatique du recours à l'assistance sociale. L'État membre d'accueil devrait examiner si, dans ce cas, il s'agit de difficultés d'ordre temporaire et prendre en compte la durée du séjour, la situation personnelle et le montant de l'aide accordée, afin de déterminer si le bénéficiaire constitue une charge déraisonnable pour son système d'assistance sociale et de procéder, le cas échéant à son éloignement» (16<sup>e</sup> considérant). Si, en principe, les citoyens de l'Union ont le droit de séjourner sur le territoire d'un autre État membre pour une période allant jusqu'à trois mois, «sans autres conditions ou formalités que l'exigence d'être en possession d'une carte d'identité ou d'un passeport en cours de validité» (article 6, § 1<sup>er</sup>), ce droit ne doit leur être reconnu que «tant qu'ils ne deviennent pas une charge déraisonnable pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil» (article 14, § 1<sup>er</sup>), même si «le recours au système d'assistance sociale par un citoyen de l'Union ou un membre de sa famille n'entraîne pas automatiquement une mesure d'éloignement» (article 14, § 3).

Le 30 novembre 2002, le Réseau d'Experts indépendants avait fourni à la Commission européenne un avis (n° 1-2002) portant sur la compatibilité, avec les obligations internationales des États membres de l'Union européenne, d'une disposition qui, tout en garantissant aux ressortissants des États membres un droit de séjour inconditionné pour une période maximale de six mois sur le territoire de tout État membre de l'Union européenne dont ils n'ont pas la nationalité, excluait les personnes exerçant un tel droit de séjour du bénéfice de l'assistance sociale. La Commission s'interrogeait, plus particulièrement, sur la question de savoir si, afin de permettre aux États membres de se



conformer à leurs obligations internationales, la proposition de directive sur la libre circulation des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles ne doit pas prévoir la possibilité, pour les Etats membres, d'éloigner la personne qui ferait recours à l'assistance sociale pendant les six premiers mois de séjour.

Prenant en compte l'article 13, par. 1<sup>er</sup>, de la Charte sociale européenne, aussi bien dans sa version originelle du 18 octobre 1961 que dans sa version révisée le 3 mai 1996, l'article 11, par. 1<sup>er</sup>, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, du 16 décembre 1966, et les articles 3, par. 2, et 27 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, du 20 novembre 1989, le Réseau avait conclu alors que

compte tenu des obligations contractées par les Etats membres de l'Union européenne aussi bien dans le cadre du Conseil de l'Europe que dans le cadre universel, il paraît difficile de reconnaître aux ressortissants des Etats membres de l'Union un droit de circulation dans l'ensemble des Etats membres, accompagné d'un droit de séjour inconditionné pour une période de six mois, sans en accepter les conséquences, c'est-à-dire l'obligation pour l'Etat membre d'accueil d'étendre aux citoyens de l'Union le bénéfice de l'assistance sociale qu'il reconnaît à ses propres nationaux se trouvant dans un état de besoin identique. Dans ces conditions, la reconnaissance d'un droit de circulation et de séjour au bénéfice des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles doit s'accompagner de la reconnaissance de la possibilité pour les Etats de demander aux personnes faisant appel à l'assistance sociale de quitter le territoire.

Il est heureux de constater que cette solution a été retenue par la directive 2004/38/CE, qui permet aux Etats membres d'en assurer la transposition fidèle, tout en se conformant à leurs obligations internationales. Il est permis de renvoyer à l'avis n° 1-2002 du 30 novembre 2002 pour une motivation plus complète de cette conclusion.

Enfin, l'article 28 de la directive 2004/38/CE prévoit une protection contre l'adoption d'une décision d'éloignement du territoire pour des raisons d'ordre public ou de sécurité publique, l'Etat membre qui adopte une telle décision devant tenir compte notamment «de la durée du séjour de l'intéressé sur son territoire, de son âge, de son état de santé, de sa situation familiale et économique, de son intégration sociale et culturelle dans l'Etat membre d'accueil et de l'intensité de ses liens avec son pays d'origine» (article 28, § 1<sup>er</sup>) et les citoyens de l'Union ou les membres de la famille, quelle que soit leur nationalité, qui ont acquis un droit de séjour permanent sur son territoire, ainsi que ceux ont séjourné dans l'Etat membre d'accueil pendant les dix années précédentes ou sont mineurs bénéficiant de garanties particulières (article 28, § 2 et 3). Cette protection, ainsi que les garanties procédurales qui sont reconnues en cas d'éloignement (article 31), doivent tenir compte, dans l'interprétation dont elles feront l'objet, de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui garantit le droit au respect de la vie privée et familiale des étrangers à l'égard des mesures d'éloignement.

#### **Article 46. Protection diplomatique et consulaire**

Cette disposition de la Charte n'est pas commentée dans le présent rapport. Il est renvoyé aux rapports nationaux ainsi qu'au *Rapport de synthèse : la situation des droits fondamentaux dans l'Union et ses Etats membres en 2004* contenant les conclusions et recommandations du Réseau pour l'année 2004.

**TITRE VI: JUSTICE****Article 47. Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial**

Les deux questions abordées sous cette disposition de la Charte se situent l'une et l'autre par rapport à l'acquis du Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Un des mérites les plus importants du Traité, du point de vue de la protection des droits fondamentaux, réside dans l'élargissement des compétences de la Cour de justice de l'Union européenne et, par conséquent, dans les moyens nouveaux qui sont donnés au juge européen d'assurer la protection des droits fondamentaux. Le Traité avance des solutions, notamment, sur deux questions qui ont été récemment particulièrement controversées, y compris au cours de la période sous examen.

*L'élargissement du recours direct en annulation du particulier*

La première question à laquelle le Traité vient répondre est celle du droit du particulier d'agir en annulation contre un acte communautaire de portée générale. L'article 230, al. 4, CE prévoit que toute personne physique ou morale peut agir en annulation contre les décisions qui lui sont adressées ainsi que «contre les décisions qui, bien que prises sous l'apparence d'un règlement ou d'une décision adressée à une autre personne, la concernent directement et individuellement». Dans son arrêt *Plaumann et Co. c. Commission* du 15 juillet 1963, la Cour de justice avait précisé le contenu de cette dernière condition en estimant que «les sujets autres que les destinataires d'une décision ne sauraient prétendre être concernés individuellement que si cette décision les atteint en raison de certaines qualités qui leur sont applicables ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre personne et de ce fait les individualise d'une manière analogue à celle du destinataire»<sup>315</sup>. Cette jurisprudence paraît dictée par le libellé même de l'article 230, al. 4, CE (alors article 173, al. 4, du traité CEE), qui semble requérir que l'acte communautaire puisse être assimilé à une décision individuelle au sens matériel du terme pour qu'un particulier – assimilé alors au destinataire de cette décision – puisse en réclamer l'annulation.

En dépit de certains accommodements dont elle a pu faire l'objet en jurisprudence<sup>316</sup>, cette interprétation a été dénoncée par un grand nombre de commentateurs comme exagérément restrictive, au regard de l'exigence d'une protection juridictionnelle effective du particulier vis-à-vis de l'adoption des actes communautaires de portée générale pouvant être en violation du droit primaire ou des principes généraux du droit communautaire. Il est en effet certain qu'un acte communautaire de droit dérivé, quel qu'en soit le champ d'application – que le cercle de ses destinataires soit défini ou non à l'aide de critères abstraits et généraux<sup>317</sup> –, est susceptible d'affecter la situation juridique du particulier dès lors qu'il produit des effets

<sup>315</sup> C.J.C.E., 15 juillet 1963, *Plaumann et Co. c. Commission*, 25/62, *Rec.*, p. 197.

<sup>316</sup> Voir not. C.J.C.E., 16 mai 1991, *Extramet Industrie c. Conseil*, C-358/89, *Rec.* p. I-2501, point 13; C.J.C.E., 18 mai 1994, *Codorniu c. Conseil*, C-309/89, *Rec.* p. I-1853, point 19, et du 31 mai 2001, *Sadam Zuccherifici e.a. c. Conseil*, C-41/99 P, *Rec.* p. I-4239, point 27. L'incertitude que ces décisions viennent faire peser sur l'étendue exacte du droit de recours en annulation du particulier à l'encontre des actes communautaires de portée générale est en réalité d'autant plus nuisible que, lorsque le particulier avait la possibilité d'introduire le recours en annulation et a omis de le faire, il ne pourra plus par la suite demander que soit effectué vers la Cour de justice un renvoi préjudiciel en appréciation de validité: C.J.C.E., 9 mars 1994, *TWD Textilwerke Deggendorf*, C-188/92, *Rec.* p. I-833; C.J.C.E., 11 novembre 1997, *Wijlo*, C-178/95, *Rec.*, p. I-585; C.J.C.E., 15 février 2001, *Nachi Europe*, C-239/99, *Rec.*, p. I-1197.

<sup>317</sup> Il est de jurisprudence constante que «la portée générale d'un acte n'est pas mise en cause par la possibilité de déterminer, avec plus ou moins de précision, le nombre ou même l'identité de sujets de droit auxquels il s'applique à un moment donné, tant qu'il est constant que cette application s'effectue en vertu d'une situation objective de droit ou de fait définie par l'acte, en relation avec la finalité de ce dernier» (C.J.C.E., 15 janvier 2002, *Libéros c. Commission*, C-171/00 P (point 29)).

directs, sans qu'il faille pour cela nécessairement attendre que cet acte communautaire soit mis en œuvre par les autorités nationales de l'Etat membre.

Les alternatives au recours direct en annulation ouvertes au particulier ne sont pas de nature à compenser les insuffisances propres à ce recours. Lorsqu'un règlement communautaire impose certaines obligations au particulier sous la menace de sanctions, le particulier aura la possibilité de se placer en infraction par rapport au prescrit du règlement, afin de provoquer l'adoption d'une mesure d'exécution étatique (par exemple, le déclenchement d'actes de poursuites ou l'imposition d'une amende) susceptible d'être attaquée en justice. Le recours qu'il introduira alors devant le juge national fournira en ce cas au particulier l'occasion de solliciter du juge national qu'il effectue vers la Cour de justice des Communautés européennes un renvoi préjudiciel en appréciation de validité. Mais le renvoi préjudiciel en appréciation de validité ne constitue pas une alternative satisfaisante au recours direct en annulation:

- D'une part, «il ne peut être demandé à des particuliers d'enfreindre la loi afin de pouvoir accéder à la justice»<sup>318</sup>.
- D'autre part, le renvoi préjudiciel en appréciation de validité du droit communautaire, effectué à l'initiative du juge national, qui demeure maître de la formulation de la question posée à la Cour de justice, ne répond pas aux exigences du droit au recours effectif: les parties au litige devant le juge national ne peuvent que suggérer qu'un tel renvoi ait lieu, sans avoir le pouvoir de le déclencher elles-mêmes, y compris lorsqu'en vertu du droit communautaire la juridiction nationale est normalement tenue de l'effectuer<sup>319</sup>; et même si l'on suppose que l'obligation de renvoi imposée aux juridictions nationales de dernière instance, dès lors qu'elle prive ces juridictions du pouvoir d'apprécier l'opportunité d'un tel renvoi, aboutit en réalité à une situation analogue à celle qui existerait si le particulier pouvait de sa propre initiative déclencher le renvoi préjudiciel, l'on peut douter du caractère «effectif» d'un tel «recours» ouvert au particulier, compte tenu des retards considérables qui en résultent au détriment du particulier et des hésitations que peut éprouver la juridiction nationale avant de lui accorder une protection provisoire, eu égard aux conditions relativement restrictives imposées par la jurisprudence pour l'octroi d'une telle protection<sup>320</sup>.

Pas davantage que le renvoi préjudiciel en appréciation de validité, le recours en responsabilité extra-contractuelle, qui permet au particulier d'obtenir réparation du préjudice

<sup>318</sup> Concl. de M. l'avocat général Jacobs préc. C.J.C.E., 25 juillet 2002, *Union de Pequeños Agricultores c. Conseil*, C-50/00 P, non encore publié au *Rec.*, point 43.

<sup>319</sup> Voir l'article 234, al., 3 CE (juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours juridictionnel de droit interne).

<sup>320</sup> C.J.C.E., 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, *Rec.*, p. I-415; C.J.C.E., 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft*, C-465/93, *Rec.*, p. I-3761. La juridiction nationale ne pourra accorder le sursis à exécution de l'acte communautaire de droit dérivé dont la validité est contestée ou accorder des mesures provisoires que dans le respect des conditions qui régissent le référé devant la Cour de justice, dans le cadre des recours directs portés devant elle (voir à présent les articles 242 et 243 CE): «La protection provisoire qui est assurée aux justiciables devant les juridictions nationales par le droit communautaire ne saurait varier, selon qu'ils contestent la compatibilité de dispositions de droit national avec le droit communautaire ou la validité d'actes communautaires de droit dérivé, dès lors que, dans les deux cas, la contestation est fondée sur le droit communautaire lui-même» (*Zuckerfabrick*, point 20). La Cour de justice impose, en outre, dans ces arrêts que la juridiction nationale tienne compte de «l'atteinte que la mesure de référé peut porter au régime juridique mis en place par [l'acte communautaire dont la validité est contestée] dans toute la Communauté. Il lui incombe de prendre en considération, d'une part, l'effet cumulatif provoqué, dans l'hypothèse où une multitude de juridictions adopteraient également des mesures de référé pour des motifs analogues, et, d'autre part, la spécificité de la situation du demandeur qui le différencie des autres économiques concernés» (*Atlanta*, point 44). En outre, le juge national doit «indiquer, au moment d'octroyer la mesure de référé, les raisons pour lesquelles [il] estime que la Cour sera amenée à constater l'invalidité» de l'acte communautaire (*id.*, point 36).

que lui a causé la violation du droit communautaire lorsque cette violation est suffisamment caractérisée pour pouvoir être considérée comme fautive, ne constitue une alternative satisfaisante au recours direct en annulation. Le juge communautaire en a lui-même explicité les raisons: «Présumant la réalisation d'un dommage directement causé par l'application de l'acte litigieux, [la voie de l'action en réparation fondée sur la responsabilité non contractuelle de la Communauté] est soumise à des conditions de recevabilité et de fond différentes de celles régissant le recours en annulation et elle ne place donc pas le juge communautaire en situation d'exercer, dans toute sa dimension, le contrôle de légalité qu'il a la mission de mener à bien. En particulier, lorsqu'une mesure de portée générale (...) est mise en cause dans le contexte d'une telle action, le contrôle exercé par le juge communautaire ne s'étend pas à tous les éléments susceptibles d'affecter la légalité de cette mesure, mais se borne à sanctionner les violations suffisamment caractérisées de règles de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers»<sup>321</sup>.

L'article 365, § 4, du Traité établissant une Constitution pour l'Europe prévoit un élargissement des possibilités pour le particulier d'agir en annulation contre les actes de l'Union qui ont une portée générale: «Toute personne physique ou morale peut former, (...) un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, *ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution*». Bien que cela paraisse répondre aux préoccupations exprimées par le Tribunal de première instance et par plusieurs membres de la Cour de justice, conscients du caractère peu satisfaisant des conditions mises actuellement à l'article 230, al. 4, CE notamment du point de vue de la protection juridictionnelle des droits fondamentaux que menacerait l'adoption d'actes communautaires de portée générale, cet élargissement ne concerne que les actes réglementaires, donc à l'exclusion des actes normatifs: dans la distinction qu'établit l'article I-33, § 1<sup>er</sup>, du Traité constitutionnel (sur la terminologie duquel on peut regretter que l'article 365, § 4, du Traité ne se soit pas aligné), il concerne parmi les actes susceptibles de produire des effets directs à l'égard des particuliers les règlements, mais non les lois européennes.

Il est cependant essentiel, tant au regard de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux que dans la perspective de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, que le particulier puisse bénéficier d'une protection juridictionnelle effective à l'égard de l'ensemble des actes qui sont susceptibles de l'affecter directement, c'est-à-dire indépendamment de l'adoption de mesures d'exécution. A cette fin, il convient de réaffirmer l'obligation des Etats membres de coopérer loyalement à l'exécution du droit de l'Union (actuellement, article 10 CE)<sup>322</sup>. De cette obligation peut découler une obligation d'aménager les voies de recours nationales afin de prévoir au bénéfice du particulier la possibilité de solliciter un contrôle *préventif*<sup>323</sup> de la mesure étatique d'exécution du droit communautaire, avant même l'adoption d'une telle mesure.

<sup>321</sup> T.P.I., 3 mai 2002, *Jégo-Quéré et Cie c. Commission*, T-177/01, non encore publié au *Rec.*, ici point 46.

<sup>322</sup> Voir T.P.I., 27 juin 2000, *Salamander et al. c. Parlement et Conseil*, aff. jtes T-172/98, T-175/98 à T-177/98, *Rec.*, p. II-2487, point 74 («En ce qui concerne l'argument tiré de l'absence de voies de recours internes permettant, le cas échéant, un contrôle de validité de la directive attaquée par la voie du renvoi préjudiciel fondé sur l'article 177 du traité CE [devenu article 234 CE], le Tribunal souligne que le principe d'égalité de tous les justiciables quant aux conditions d'accès au juge communautaire par le biais du recours en annulation requiert que ces conditions ne soient pas fonction des circonstances propres au système juridictionnel de chaque Etat membre. A ce sujet, il y a d'ailleurs lieu de relever que, par application du principe de coopération loyale énoncé à l'article 5 du traité [devenu article 10 CE], les Etats membres sont tenus de contribuer au caractère complet du système de voies de recours et de procédures mis en place par le traité CE et destiné à confier au juge communautaire le contrôle de la légalité des actes des institutions communautaires»); ainsi que la position de la Commission, telle que répercutée dans l'arrêt *Union de Pequenos Agricultores c. Conseil* rendu le 25 juillet 2002 par la Cour de justice, au point 30 de l'arrêt («selon la Commission, un Etat membre qui rendrait excessivement difficile, voire impossible, la présentation d'une question préjudicielle violerait le droit fondamental à une protection juridictionnelle effective et manquerait ainsi à son devoir de coopération loyale tel que prévu à l'article 5 du traité [devenu article 10 CE]»).

<sup>323</sup> C'est à cette condition seulement que le recours introduit devant les autorités juridictionnelles nationales peut constituer une alternative à peu près satisfaisante au recours direct en annulation: à défaut de la possibilité

Dans son arrêt *Union de Pequeños Agricultores* du 25 juillet 2002, la Cour de justice des Communautés européennes estime ainsi qu'«il incombe aux États membres de prévoir un système de voies de recours et de procédures permettant d'assurer le respect du droit à une protection juridictionnelle effective» (point 41) et que «conformément au principe de coopération loyale énoncé à l'article 5 du traité [devenu article 10 CE], les juridictions nationales sont tenues, dans toute la mesure du possible, d'interpréter et d'appliquer les règles internes de procédure gouvernant l'exercice des recours d'une manière qui permet aux personnes physiques et morales de contester en justice la légalité de toute décision ou de toute autre mesure nationale relative à l'application à leur égard d'un acte communautaire de portée générale, en excipant de l'invalidité de ce dernier» (point 42). Le droit à un recours juridictionnel effectif contre tout acte de l'Union européenne doit reposer sur la combinaison des voies de recours ouvertes devant la Cour de justice de l'Union européenne et les voies de recours ouvertes devant les juridictions nationales: tandis que le particulier pourrait introduire un recours direct en annulation de tout acte de l'Union l'affectant directement et individuellement ainsi que de tout règlement qui l'affecte directement, y compris si l'acte a une portée générale, il devrait pouvoir solliciter des juridictions nationales que, anticipant sur l'adoption d'une mesure étatique d'exécution, elles acceptent le cas échéant d'interroger la Cour de justice par voie préjudicielle sur la validité de la loi européenne dont la compatibilité avec le Traité est contestée. Bien que cette solution ne soit pas parfaitement satisfaisante, notamment en ce qu'elle ne répond pas véritablement à l'exigence d'un recours effectif déclenché à l'initiative du particulier, le renvoi préjudiciel en appréciation de validité étant subordonné à une décision du juge national, sans que le particulier qui sollicite celui-ci ait le pouvoir de le contraindre à effectuer le renvoi préjudiciel<sup>324</sup>, elle constitue le meilleur moyen de pallier ce qui demeure, aux yeux de l'auteur de ce rapport, une carence du Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Une communication de la Commission interprétant les exigences qui découlent, pour l'aménagement des voies de recours nationales, de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux, pourrait utilement clarifier les obligations qu'impose sur ce plan l'exigence de coopération loyale des États membres à l'exécution du droit de l'Union.

#### *La protection juridictionnelle dans le cadre de la Politique étrangère et de sécurité commune*

La deuxième question sur laquelle le présent rapport souhaite attirer l'attention est celle du contrôle juridictionnel portant sur les mesures adoptées dans le cadre du titre V du Traité sur l'Union européenne, qui regroupe les dispositions relatives à la Politique étrangère et de sécurité commune. Il résulte de l'article 46 UE que la Cour de justice des Communautés européennes n'est pas compétente à l'heure actuelle pour assurer le respect du droit dans l'application et l'interprétation du Traité UE à l'égard des mesures adoptées sous le Titre V de ce traité. Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe devrait remédier au moins partiellement à ce déficit dans le contrôle juridictionnel, puisque s'il prévoit dans son article III-376 que «la Cour de justice de l'Union européenne n'est pas compétente au regard des articles I-40 et I-41, des dispositions du titre V, chapitre II, concernant la politique étrangère et de sécurité commune et de l'article III-293 en tant qu'il concerne la politique étrangère et de sécurité commune», il ajoute que «toutefois, la Cour est compétente pour contrôler le respect de l'article III-308 et se prononcer sur les recours, formés dans les conditions prévues à

---

d'introduire une action en justice visant à *prévenir* la violation d'un droit menacé, le particulier devrait se placer en infraction par rapport à l'acte communautaire afin de provoquer l'adoption de mesures étatiques d'exécution avant de pouvoir solliciter du juge national qu'il effectue un renvoi préjudiciel en appréciation de validité de l'acte communautaire.

<sup>324</sup> L'exigence d'un recours effectif à la disposition du particulier contre des actes susceptibles d'affecter défavorablement sa situation signifie en effet non seulement que doit exister *en principe* la possibilité d'un contrôle juridictionnel portant sur ces actes, mais en outre que ce contrôle doit pouvoir être *déclenché par le particulier*, et ne dépende pas ainsi du bon vouloir des autorités devant lesquelles il revendique le bénéfice d'un tel contrôle: C.E.D.H., arrêt *Brozicek c. Italie* du 19 décembre 1989, série A n° 167, § 34; C.E.D.H., arrêt *Spadea et Scalabrino c. Italie* du 28 septembre 1995, § 34.

l'article III-365, paragraphe 4, concernant le contrôle de la légalité des décisions européennes prévoyant des mesures restrictives à l'encontre de personnes physiques ou morales adoptées par le Conseil sur la base du titre V, chapitre II.»

L'importance de cet enjeu avait déjà été soulignée dans l'Observation thématique n° 1 du Réseau d'experts indépendants portant sur l'équilibre entre liberté et sécurité dans le cadre des mesures adoptées par l'Union européenne et ses Etats membres pour lutter contre la menace terroriste. Elle est illustrée par l'inscription de personnes ou de mouvements sur les listes anti-terroristes de l'Union européenne. L'établissement de ces listes est principalement placé dans le cadre de la Politique étrangère et de sécurité commune de l'Union (PESC), bien que deux types de listes anti-terroristes coexistent: d'une part des listes «Pesc», qui permettent de solliciter les mécanismes d'entraide répressive du Titre VI du Traité sur l'Union européenne et, d'autre part, des listes «communautaires», qui permettent de procéder aux mesures financières qu'autorise le traité CE.

Dans l'affaire *Segi et autres c. Conseil de l'Union européenne* – qui fait actuellement l'objet d'un pourvoi devant la Cour de justice –, le Tribunal de première instance des Communautés européennes a rendu une ordonnance, le 7 juin 2004, dans laquelle il reconnaît le déficit de protection juridictionnelle que crée la situation actuelle. Il constate en effet à propos de l'inscription de Segi sur la liste des «personnes, groupes ou entités impliqués dans des actes de terrorisme» en vertu des articles 1<sup>er</sup> et 4 de la position commune 2001/931/PESC relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme (JO n° L 344, p. 93), adoptée sur la base de l'article 15 UE, relevant du titre V du traité UE intitulé «Dispositions concernant une politique étrangère et de sécurité commune» (PESC), et de l'article 34 UE, relevant du titre VI du traité UE intitulé «Dispositions relatives à la coopération policière et judiciaire en matière pénale», que ces personnes, groupes ou entités

ne disposent probablement d'aucun recours juridictionnel effectif, que ce soit devant les juridictions communautaires ou devant les juridictions nationales à l'encontre de l'inscription de Segi sur la liste des personnes, groupes ou entités impliqués dans des actes de terrorisme. En effet, (...) rien ne servirait aux requérants de mettre en cause la responsabilité individuelle de chaque État membre pour les actes nationaux pris en exécution de la position commune 2001/931, alors qu'ils cherchent à obtenir réparation éventuelle du préjudice prétendument causé par l'inscription de Segi dans l'annexe de cette position commune. Quant à la mise en cause de la responsabilité individuelle de chaque État membre devant les juridictions nationales pour sa participation à l'adoption des positions communes en cause, une telle action paraît peu effective. En outre, toute mise en cause de la légalité de l'inscription de Segi dans cette annexe, notamment en vertu d'un renvoi préjudiciel en validité, est rendue impossible par le choix d'une position commune et non, par exemple, par celui d'une décision au titre de l'article 34 UE. Toutefois, l'absence de recours juridictionnel ne saurait fonder par elle-même un titre de compétence communautaire propre dans un système juridique fondé sur le principe des compétences d'attribution, tel qu'il résulte de l'article 5 UE (voir, en ce sens, arrêt de la Cour du 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores/Conseil*, C-50/00 P, Rec. p. I-6677, points 44 et 45)» (point 38).

Cette ordonnance illustre que le Tribunal de première instance, comme la Cour de justice dans l'affaire *Unión de Pequeños Agricultores* qui est citée à cet égard, refuse d'étendre ses compétences au-delà des termes du Traité sur l'Union européenne, même si cela aboutit à une atteinte au droit à un recours juridictionnel, tel que garanti par les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux, et tel que reconnu comme figurant parmi les principes généraux du droit dont

le Cour de justice assure le respect<sup>325</sup>. C'est cette solution que prescrit l'article 46, d), UE, qui dit que la Cour de justice des Communautés européennes est compétente à veiller au respect de l'article 6, § 2, UE, «en ce qui concerne l'action des institutions, dans la mesure où la Cour est compétente en vertu des traités instituant les Communautés européennes et le présent traité». Dans d'autres affaires du même type, concernant les talibans<sup>326</sup> ou d'autres requérants ajoutés à la «liste» communautaire dans un deuxième temps<sup>327</sup>, le Tribunal de première instance n'a pas récusé sa compétence pour statuer en référé à propos de la liste «communautaire». Mais s'agissant de la liste «Pesc» en jeu dans l'affaire *Segi et autres*, la protection juridictionnelle que peut accorder le juge communautaire trouve sa limite dans le caractère attribué de ses compétences.

Ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme elle-même y invitait dans le cadre de la même affaire *Segi et autres*,<sup>328</sup> il revient aux juridictions nationales, dans le contrôle qu'elles assumeront des mesures étatiques d'exécution de la position commune, d'assurer la protection juridictionnelle effective que le juge communautaire, compte tenu de la définition de ses compétences, ne paraît pas en mesure d'assumer. Il y a lieu en effet de rappeler que, selon la Cour de justice, il appartient aux Etats membres d'organiser les voies de recours ouvertes en leur sein afin d'assurer une protection juridictionnelle effective du particulier, conformément au principe de coopération loyale qui régit les relations entre les Etats membres et les institutions de l'Union<sup>329</sup>. L'article I-29, § 2, al. 2, du Traité établissant une Constitution pour l'Union érige d'ailleurs cette obligation en obligation de nature constitutionnelle. Cette solution risque cependant de laisser subsister des discriminations inacceptables dans l'étendue et l'efficacité de la protection juridictionnelle entre les Etats membres et, par-là, de rompre l'unité d'application du droit de l'Union. En outre, elle ne répond pas à la préoccupation exprimée dans l'Observation thématique n° 1 précitée, selon laquelle le simple fait de figurer sur la liste regroupant des «personnes, groupes ou entités impliquées dans des actes de terrorisme» peut constituer une atteinte au droit à la présomption d'innocence ou, à tout le moins, une atteinte à la réputation, comme élément du droit au respect de la vie privée, et cela indépendamment de toute mesure étatique d'exécution de la position commune en question.

Il y a lieu enfin de relever que, dans une déclaration accompagnant l'adoption de la position commune ayant donné au recours en indemnité porté par *Segi et autres* devant le Tribunal de première instance, le Conseil de l'Union européenne avait expressément fait état de ce que les personnes, groupes ou entités erronément placées sur la liste des «personnes, groupes ou entités impliquées dans des actes de terrorisme», disposeront d'une voie de recours pour se plaindre de l'atteinte portée à leurs droits<sup>330</sup>. Dans son ordonnance du 7 juin 2004, le Tribunal de première instance rejette cependant l'argument que les requérants prétendaient tirer de

<sup>325</sup> Voir, notamment, arrêts du 15 mai 1986, *Johnston*, 222/84, Rec. p. 1651, point 18, du 27 novembre 2001, *Commission/Autriche*, C-424/99, Rec. p. I-9285, point 45; et du 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores/Conseil*, C-50/00 P, Rec. p. I-6677, points 38 et 39.

<sup>326</sup> TPI, 7 mai 2002, *Aden et al.*, T-306/01 R

<sup>327</sup> TPI, 15 mai 2003, *Sison*, T-47/03R

<sup>328</sup> C.E.D.H., déc. (irrec.) du 23 mai 2002, *Segi et autres c. Allemagne et autres (15 Etats membres de l'Union européenne)* et *Gestoras Pro-Amnistia et autres c. Allemagne et autres (15 Etats membres de l'Union européenne)* (req. jointes n° 6422/02 et n° 9916/02) («des mesures concrètes comme celles qui ont été adoptées ou qui viendraient à l'être seraient assujetties au contrôle juridictionnel établi dans chaque ordre juridique concerné, qu'il soit international ou national. Cela est vrai plus spécifiquement pour les mesures pouvant donner lieu à des contestations au regard des articles 10 et 11 de la Convention. Il en va également de la sorte pour des actes communautaires comme, par exemple, le règlement du Conseil 2580/2001 cité ci-dessus (relevant du contrôle de la Cour de justice des Communautés européennes) ou d'autres instruments internationaux liant les Etats membres ou même d'éventuelles décisions prises par les juridictions internes faisant référence aux positions communes»).

<sup>329</sup> C.J.C.E., 10 décembre 2002, *Imperial Tobacco*, C-491/01.

<sup>330</sup> Communiqué de presse du 11.01.2002 (5112/1/02 (Presse 3)): selon les termes de la déclaration du Conseil adoptée le 27 décembre 2001: «The Council points out, with regard to Article 1(6) of the Common Position on the application of specific measures to combat terrorism, and Article 2(3) of the Regulation on specific restrictive measures directed against certain persons and entities with a view to combating terrorism, that any error in relation to the persons, groups or entities in question shall entitle the injured party to seek legal redress».

cette déclaration: «...selon une jurisprudence constante, les déclarations figurant dans un procès-verbal ont une valeur limitée, en ce sens qu'elles ne peuvent être prises en considération pour l'interprétation d'une disposition de droit communautaire lorsque le contenu de cette déclaration ne trouve aucune expression dans les textes de la disposition en cause et n'a, dès lors, pas de portée juridique (arrêts de la Cour du 26 février 1991, Antonissen, C-292/89, Rec. p. I-745, point 18, et du 29 mai 1997, VAG Sverige, C-329/95, Rec. p. I-2675, point 23). Force est de constater que la déclaration en cause ne précise ni les voies de recours ni, *a fortiori*, les conditions d'ouverture de celles-ci. En toute hypothèse, elle ne peut viser un recours devant les juridictions communautaires, car elle contredirait alors le système juridictionnel organisé par le traité UE. Dès lors, en l'absence de toute compétence dévolue au Tribunal par ledit traité, une telle déclaration ne saurait le conduire à examiner le présent recours» (point 46).

#### **Article 48. Présomption d'innocence et droits de la défense**

Cette disposition de la Charte n'est pas commentée dans le présent rapport. Il est renvoyé aux rapports nationaux ainsi qu'au *Rapport de synthèse : la situation des droits fondamentaux dans l'Union et ses Etats membres en 2004* contenant les conclusions et recommandations du Réseau pour l'année 2004.

#### **Article 49. Principes de légalité et de proportionnalité des délits et des peines**

Cette disposition de la Charte n'est pas commentée dans le présent rapport. Il est renvoyé aux rapports nationaux ainsi qu'au *Rapport de synthèse : la situation des droits fondamentaux dans l'Union et ses Etats membres en 2004* contenant les conclusions et recommandations du Réseau pour l'année 2004.

#### **Article 50. Droit à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même infraction**

Cette disposition de la Charte n'est pas commentée dans le présent rapport. Il est renvoyé aux rapports nationaux ainsi qu'au *Rapport de synthèse : la situation des droits fondamentaux dans l'Union et ses Etats membres en 2004* contenant les conclusions et recommandations du Réseau pour l'année 2004.



**CHARTRE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPEENNE**

**TITRE I : DIGNITÉ****Article 1 : Dignité humaine**

La dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée.

**Article 2 : Droit à la vie**

1. Toute personne a droit à la vie.
2. Nul ne peut être condamné à la peine de mort, ni exécuté.

**Article 3 : Droit à l'intégrité de la personne**

1. Toute personne a droit à son intégrité physique et mentale.
2. Dans le cadre de la médecine et de la biologie, doivent notamment être respectés :
  - a) le consentement libre et éclairé de la personne concernée, selon les modalités définies par la loi,
  - b) l'interdiction des pratiques eugéniques, notamment celles qui ont pour but la sélection des personnes,
  - c) l'interdiction de faire du corps humain et de ses parties, en tant que tels, une source de profit,
  - d) l'interdiction du clonage reproductif des êtres humains.

**Article 4 : Interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants**

Nul ne peut être soumis à la torture, ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

**Article 5 : Interdiction de l'esclavage et du travail forcé**

1. Nul ne peut être tenu en esclavage ni en servitude.
2. Nul ne peut être astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire.
3. La traite des êtres humains est interdite.

**TITRE II : LIBERTÉS****Article 6 : Droit à la liberté et à la sûreté**

Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté.

**Article 7 : Respect de la vie privée et familiale**

Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications.

**Article 8 : Protection des données à caractère personnel**

1. Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant.
2. Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification.
3. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante.

**Article 9 : Droit de se marier et droit de fonder une famille**

Le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice.

**Article 10 : Liberté de pensée, de conscience et de religion**

1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. Ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.
2. Le droit à l'objection de conscience est reconnu selon les lois nationales qui en régissent l'exercice.

**Article 11 : Liberté d'expression et d'information**

1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières.
2. La liberté des médias et leur pluralisme sont respectés.

**Article 12 : Liberté de réunion et d'association**

1. Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association à tous les niveaux, notamment dans les domaines politique, syndical et civique, ce qui implique le droit de toute personne de fonder avec d'autres des syndicats et de s'y affilier pour la défense de ses intérêts.
2. Les partis politiques au niveau de l'Union contribuent à l'expression de la volonté politique des citoyens ou citoyennes de l'Union.

**Article 13 : Liberté des arts et des sciences**

Les arts et la recherche scientifique sont libres. La liberté académique est respectée.

**Article 14 : Droit à l'éducation**

1. Toute personne a droit à l'éducation, ainsi qu'à l'accès à la formation professionnelle et continue.
2. Ce droit comporte la faculté de suivre gratuitement l'enseignement obligatoire.
3. La liberté de créer des établissements d'enseignement dans le respect des principes démocratiques, ainsi que le droit des parents d'assurer l'éducation et l'enseignement de leurs enfants conformément à leurs convictions religieuses, philosophiques et pédagogiques, sont respectés selon les lois nationales qui en régissent l'exercice.

**Article 15 : Liberté professionnelle et droit de travailler**

1. Toute personne a le droit de travailler et d'exercer une profession librement choisie ou acceptée.
2. Tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union a la liberté de chercher un emploi, de travailler, de s'établir ou de fournir des services dans tout État membre.
3. Les ressortissants des pays tiers qui sont autorisés à travailler sur le territoire des États

membres ont droit à des conditions de travail équivalentes à celles dont bénéficient les citoyens ou citoyennes de l'Union.

**Article 16 : Liberté d'entreprise**

La liberté d'entreprise est reconnue conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales.

**Article 17 : Droit de propriété**

1. Toute personne a le droit de jouir de la propriété des biens qu'elle a acquis légalement, de les utiliser, d'en disposer et de les léguer. Nul ne peut être privé de sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, dans des cas et conditions prévus par une loi et moyennant en temps utile une juste indemnité pour sa perte. L'usage des biens peut être réglementé par la loi dans la mesure nécessaire à l'intérêt général.
2. La propriété intellectuelle est protégée.

**Article 18 : Droit d'asile**

Le droit d'asile est garanti dans le respect des règles de la convention de Genève du 28 juillet 1951 et du protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés et conformément à la Constitution.

**Article 19 : Protection en cas d'éloignement, d'expulsion et d'extradition**

1. Les expulsions collectives sont interdites.
2. Nul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un État où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants.

**TITRE III : ÉGALITÉ****Article 20 : Égalité en droit**

Toutes les personnes sont égales en droit.

**Article 21 : Non-discrimination**

1. Est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion,

l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

2. Dans le domaine d'application de la Constitution et sans préjudice de ses dispositions particulières, toute discrimination fondée sur la nationalité est interdite.

**Article 22 : Diversité culturelle, religieuse et linguistique**

L'Union respecte la diversité culturelle, religieuse et linguistique.

**Article 23 : Égalité entre hommes et femmes**

L'égalité entre les hommes et les femmes doit être assurée dans tous les domaines, y compris en matière d'emploi, de travail et de rémunération. Le principe de l'égalité n'empêche pas le maintien ou l'adoption de mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe sous-représenté.

**Article 24 : Droits de l'enfant**

1. Les enfants ont droit à la protection et aux soins nécessaires à leur bien-être. Ils peuvent exprimer leur opinion librement. Celle-ci est prise en considération pour les sujets qui les concernent, en fonction de leur âge et de leur maturité.

2. Dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

3. Tout enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt.

**Article 25 : Droits des personnes âgées**

L'Union reconnaît et respecte le droit des personnes âgées à mener une vie digne et indépendante et à participer à la vie sociale et culturelle.

**Article 26 : Intégration des personnes handicapées**

L'Union reconnaît et respecte le droit des personnes handicapées à bénéficier de mesures visant à assurer leur autonomie, leur intégration sociale et professionnelle et leur participation à la vie de la communauté.

**TITRE IV : SOLIDARITÉ**

**Article 27 : Droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise**

Les travailleurs ou leurs représentants doivent se voir garantir, aux niveaux appropriés, une information et une consultation en temps utile, dans les cas et conditions prévus par le droit de l'Union et les législations et pratiques nationales.

**Article 28 : Droit de négociation et d'actions collectives**

Les travailleurs et les employeurs, ou leurs organisations respectives, ont, conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales, le droit de négocier et de conclure des conventions collectives aux niveaux appropriés et de recourir, en cas de conflits d'intérêts, à des actions collectives pour la défense de leurs intérêts, y compris la grève.

**Article 29 : Droit d'accès aux services de placement**

Toute personne a le droit d'accéder à un service gratuit de placement.

**Article 30 : Protection en cas de licenciement injustifié**

Tout travailleur a droit à une protection contre tout licenciement injustifié, conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales.

**Article 31 : Conditions de travail justes et équitables**

1. Tout travailleur a droit à des conditions de travail qui respectent sa santé, sa sécurité et sa dignité.

2. Tout travailleur a droit à une limitation de la durée maximale du travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire, ainsi qu'à une période annuelle de congés payés.

**Article 32 : Interdiction du travail des enfants et protection des jeunes au travail**

Le travail des enfants est interdit. L'âge minimal d'admission au travail ne peut être inférieur à l'âge auquel cesse la période de scolarité obligatoire, sans préjudice des règles

plus favorables aux jeunes et sauf dérogations limitées. Les jeunes admis au travail doivent bénéficier de conditions de travail adaptées à leur âge et être protégés contre l'exploitation économique ou contre tout travail susceptible de nuire à leur sécurité, à leur santé, à leur développement physique, mental, moral ou social ou de compromettre leur éducation.

### **Article 33 : Vie familiale et vie professionnelle**

1. La protection de la famille est assurée sur le plan juridique, économique et social.
2. Afin de pouvoir concilier vie familiale et vie professionnelle, toute personne a le droit d'être protégée contre tout licenciement pour un motif lié à la maternité, ainsi que le droit à un congé de maternité payé et à un congé parental à la suite de la naissance ou de l'adoption d'un enfant.

### **Article 34 : Sécurité sociale et aide sociale**

1. L'Union reconnaît et respecte le droit d'accès aux prestations de sécurité sociale et aux services sociaux assurant une protection dans des cas tels que la maternité, la maladie, les accidents du travail, la dépendance ou la vieillesse, ainsi qu'en cas de perte d'emploi, selon les règles établies par le droit de l'Union et les législations et pratiques nationales.
2. Toute personne qui réside et se déplace légalement à l'intérieur de l'Union a droit aux prestations de sécurité sociale et aux avantages sociaux, conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales.
3. Afin de lutter contre l'exclusion sociale et la pauvreté, l'Union reconnaît et respecte le droit à une aide sociale et à une aide au logement destinées à assurer une existence digne à tous ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, selon les règles établies par le droit de l'Union et les législations et pratiques nationales.

### **Article 35 : Protection de la santé**

Toute personne a le droit d'accéder à la prévention en matière de santé et de bénéficier de soins médicaux dans les conditions établies par les législations et pratiques nationales. Un niveau élevé de protection de la santé humaine est assuré dans la définition et la mise en oeuvre de toutes les politiques et actions de l'Union.

### **Article 36 : Accès aux services d'intérêt économique général**

L'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément à la Constitution, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union.

### **Article 37 : Protection de l'environnement**

Un niveau élevé de protection de l'environnement et l'amélioration de sa qualité doivent être intégrés dans les politiques de l'Union et assurés conformément au principe du développement durable.

### **Article 38 : Protection des consommateurs**

Un niveau élevé de protection des consommateurs est assuré dans les politiques de l'Union.

## **TITRE V : CITOYENNETÉ**

### **Article 39 : Droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen**

1. Tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union a le droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen dans l'État membre où il ou elle réside, dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet État.
2. Les membres du Parlement européen sont élus au suffrage universel direct, libre et secret.

### **Article 40 : Droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales**

Tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union a le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales dans l'État membre où il ou elle réside, dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet État.

### **Article 41 : Droit à une bonne administration**

1. Toute personne a le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions, organes et agences de l'Union.
2. Ce droit comporte notamment :
  - a) le droit de toute personne d'être entendue avant qu'une mesure individuelle qui l'affecterait défavorablement ne soit prise à son encontre ;

b) le droit d'accès de toute personne au dossier qui la concerne, dans le respect des intérêts légitimes de la confidentialité et du secret professionnel et des affaires ;

c) l'obligation pour l'administration de motiver ses décisions.

3. Toute personne a droit à la réparation par l'Union des dommages causés par les institutions, ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres.

4. Toute personne peut s'adresser aux institutions de l'Union dans une des langues de la Constitution et doit recevoir une réponse dans la même langue.

#### **Article 42 : Droit d'accès aux documents**

Tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union ou toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un État membre a un droit d'accès aux documents des institutions, organes et agences de l'Union, quelle que soit la forme sous laquelle ils sont produits.

#### **Article 43 : Médiateur**

Tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union ou toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un État membre a le droit de saisir le médiateur de l'Union de cas de mauvaise administration dans l'action des institutions, organes ou agences de l'Union, à l'exclusion de la Cour de justice et du Tribunal de première instance dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles.

#### **Article 44 : Droit de pétition**

Tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union ou toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un État membre a le droit de pétition devant le Parlement européen.

#### **Article 45 : Liberté de circulation et de séjour**

1. Tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.

2. La liberté de circulation et de séjour peut être accordée, conformément à la Constitution, aux ressortissants de pays tiers résidant légalement sur le territoire d'un État membre.

#### **Article 46 : Protection diplomatique et consulaire**

Tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union bénéficie, sur le territoire d'un pays tiers où l'État membre dont il est ressortissant n'est pas représenté, de la protection des autorités diplomatiques et consulaires de tout État membre dans les mêmes conditions que les nationaux de cet État.

### **TITRE VI : JUSTICE**

#### **Article 47 : Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial**

Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter. Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice.

#### **Article 48 : Présomption d'innocence et droits de la défense**

1. Tout accusé est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.
2. Le respect des droits de la défense est garanti à tout accusé.

#### **Article 49 : Principes de légalité et de proportionnalité des délits et des peines**

1. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou le droit international. De même, il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. Si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit une peine plus légère, celle-ci doit être appliquée.

2. Le présent article ne porte pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle

d'après les principes généraux reconnus par l'ensemble des nations.

3. L'intensité des peines ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'infraction.

**Article 50 : Droit à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même infraction**

Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif conformément à la loi.

**TITRE VII : DISPOSITIONS GÉNÉRALES RÉGISSANT L'INTERPRÉTATION ET L'APPLICATION DE LA CHARTE**

**Article 51 : Champ d'application**

1. Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et agences 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 autres parties de la Constitution.

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 autres parties de la Constitution.

**Article 52 : Portée et interprétation des droits et des principes**

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 d'autres parties de la Constitution s'exercent dans les conditions et limites définies par les parties en question.

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 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.

5. Les dispositions de la présente Charte qui contiennent des principes peuvent être mises en oeuvre par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions et organes de l'Union, et par des actes des États membres lorsqu'ils mettent en oeuvre le droit de l'Union, dans l'exercice de leurs compétences respectives. Leur invocation devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes. 6. Les législations et pratiques nationales doivent être pleinement prises en compte comme précisé dans la présente Charte.

**Article 53 : Niveau de protection**

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, la Communauté 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.

**Article 54 : Interdiction de l'abus de droit**

Aucune des dispositions de la présente Charte ne doit être interprétée comme impliquant un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente

Charte ou à des limitations plus amples des droits et libertés que celles qui sont prévues par la présente Charte.