

**ANNALES
D'ÉTUDES EUROPÉENNES**

**de l'Université catholique
de Louvain**

Volume 6

2002

**LA DÉCLARATION
DE LAEKEN... ET APRÈS?**

EXTRAIT

BRUYLANT	
BRUXELLES	
2	0 0 2

**DONNER UN AVENIR
À LA CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX
DE L'UNION (*)**

PAR

OLIVIER DE SCHUTTER

PROFESSEUR

À LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UCL

S'inscrivant à la suite de la Déclaration n° 23 relative à l'avenir de l'Union, annexée au traité de Nice (1), la Déclaration sur l'avenir de l'Union européenne, adoptée par le Conseil européen de Laeken le 15 décembre 2001, demande notamment à la Convention sur l'avenir de l'Europe convoquée depuis mars 2002 de « se demander si la Charte des droits fondamentaux doit être intégrée dans le traité de base » et de « se poser la question de l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'homme ». La présente étude porte uniquement sur la première de ces deux questions que la Déclaration de Laeken situe comme décisives pour la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne (2).

(*) Ce texte développe certains aspects de l'intervention faite le 17 avril 2002 devant la Commission des libertés publiques et des droits du citoyen du Parlement européen, lors de son audition publique annuelle sur les droits fondamentaux dans l'Union européenne.

(1) J.O.C.E., n° C 180, du 10.3.2001. La Déclaration n° 23 relative à l'avenir de l'Union prévoyait de faire porter le débat sur l'avenir de l'Union sur (1) l'établissement et le maintien d'une « délimitation plus précise des compétences entre l'Union européenne et les Etats membres, qui soit conforme au principe de subsidiarité », (2) « le statut de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée à Nice, conformément aux conclusions du Conseil européen de Cologne », (3) la simplification des traités « afin qu'ils soient plus clairs et mieux compris, sans en changer le sens », enfin (4) « le rôle des parlements nationaux dans l'architecture européenne ».

(2) Dans ce rapport, la référence à l'Union européenne sera souvent préférée à la référence à la Communauté européenne, ou aux trois Communautés européennes, même lorsque, techniquement, ce sont ces dernières références qui seraient les plus exactes. Ce choix peut se revendiquer du fait que le présent rapport, qui se présente comme une contribution au débat sur l'avenir de l'Europe, porte bien sur la protection des droits de l'homme dans l'Union européenne (et non seulement dans le cadre communautaire). Il s'explique en outre par le fait que la réflexion en cours nous oriente vers une situation où l'Union européenne et les Communautés (à l'exception de la CEEA, dont le traité expire le 23 juillet 2002) fusionneront en une seule organisation internationale, pourvue d'un cadre institutionnel unique et d'un ensemble de compétences

Mais elle adopte un angle d'analyse large. Elle considère que le débat sur l'intégration de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans les traités constitutifs est indissociable d'au moins deux autres questions qu'évoque la Déclaration : celle, bien sûr, de la délimitation des compétences ; et celle du réaménagement des traités en un Traité fondamental de l'Union (3) et des traités annexes soumis à des conditions de révision moins contraignantes (4).

Envisagée sous cet angle, la question de l'insertion de la Charte dans les traités constitue un défi de nature à la fois substantielle et institutionnelle : il faut rendre possible l'insertion de la Charte dans les traités en gardant à l'esprit non seulement le catalogue de l'acquis de l'Union européenne en matière de droits fondamentaux que constitue la Charte, mais également les aménagements procéduraux que cette insertion appelle comme son complément nécessaire. Les difficultés que rencontre cette entreprise tiennent pour l'essentiel au développement anarchique qui fut, jusqu'à présent, celui des droits de l'homme dans le système de l'Union européenne. Si la greffe est délicate, c'est parce que les droits fondamentaux sont venus s'arrimer progressivement aux Communautés européennes, puis à l'Union européenne, sans que cet arrimage ait été précédé d'une réflexion d'ensemble portant sur toutes les dimensions que doit recouvrir une véritable politique des droits de l'homme dans ces organisations. A présent il faut cesser de prendre les droits de l'homme comme des ajouts extérieurs, ornant la construction européenne : il faut les placer au cœur de la réflexion sur l'avenir de

réunissant celles actuellement détenues par l'Union européenne, la Communauté européenne, et la Communauté européenne de l'énergie atomique. Enfin, ce choix terminologique, que dictent aussi des motifs de simple lisibilité, rejoint celui des auteurs de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, laquelle mentionne parmi ses destinataires les « institutions et organes de l'Union » ainsi que les Etats membres « uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union », sans mentionner les Communautés (article 51, § 1 de la Charte). Ce n'est pas à dire que la « Communauté » n'apparaît pas dans la Charte : voy. par ex. l'article 41, § 3 de la Charte, inspiré directement de l'article 288, al. 2, CE ; ou l'article 51, § 2 de la Charte. Voy. également A. von Bogdandy, « The legal case for unity », 36 C.M.L.Rev., 1999, p. 887.

(3) Selon l'expression retenue par le Centre Robert Schuman de l'Institut universitaire européen, dans le rapport remis le 15 mai 2000 à M. Romano Prodi, président de la Commission européenne (« Un traité fondamental pour l'Union européenne. Etude sur la réorganisation des traités ») ; voy. aussi la Communication de la Commission, « Un Traité fondamental pour l'Union européenne », COM(2000) 434 final, 12.7.2000. Ci-après, l'on désignera par cette expression un tel traité de base.

(4) Il faudrait également situer la question de l'intégration de la Charte dans les traités par rapport à la question de la révision de la structure en trois piliers avec, notamment, des différences très nettes, selon le pilier sous lequel on se situe, dans les modalités et l'étendue de la protection juridictionnelle. La place manque ici pour le faire.

l'Union. Cela requiert d'aménager le contexte dans lequel la Charte des droits fondamentaux va atterrir, afin que la greffe des droits fondamentaux sur l'Union européenne puisse réussir.

Construite à partir de cette ambition, l'étude comprend cinq parties. Dans une première partie, elle rappelle la diversité des sources d'inspiration des droits, libertés et principes énoncés dans la Charte. Cette diversité explique l'hétérogénéité des statuts de ces valeurs qu'elle reconnaît comme fondamentales. Une partie des difficultés techniques que pose l'intégration de la Charte dans les traités tient à cette hétérogénéité même, puisque la Charte rassemble des droits fondamentaux qui, dans l'acquis de l'Union européenne, figuraient tantôt dans le droit primaire de l'Union ou de la Communauté européenne, tantôt dans des instruments de droit dérivé, tantôt encore parmi les principes généraux du droit communautaire développés par la Cour de justice à partir de la compétence que lui reconnaît l'article 220 CE (ex article 164 du traité CEE) d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité de Rome (I. *La Charte des droits fondamentaux, une codification de l'acquis de l'Union européenne dans le domaine des droits fondamentaux*). Dans une deuxième partie, l'étude revient sur la valeur juridique de la Charte des droits fondamentaux de l'Union et sur les enseignements à tirer des arrêts qui, depuis le début de 2002, prennent appui sur la Charte, laquelle déjà sert d'instrument de référence dans un cadre juridictionnel (II. *La consécration jurisprudentielle de la valeur juridique de la Charte des droits fondamentaux*). Dans une troisième partie, l'étude porte sur les questions techniques que pose l'insertion de la Charte dans les traités (III. *Les modalités de l'insertion de la Charte des droits fondamentaux dans les traités*). Dans une quatrième partie, est abordée la question du rapport entre l'insertion de la Charte dans les traités et la délimitation des compétences entre l'Union et les Etats membres (IV. *L'enjeu pour les droits fondamentaux de la délimitation des compétences entre l'Union européenne et ses Etats membres*). Enfin, une dernière partie rappelle le projet d'un *monitoring* de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à travers la constitution d'un réseau d'experts afin de surveiller la mise en œuvre de la Charte par les Etats membres (V. *Le suivi de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*). Le développement de cette procédure, qui n'existe pour l'heure qu'à l'état de projet, peut signifier que la Charte aura, demain, une troisième vie : après avoir été une Déclaration politique solennelle, après avoir constitué une référence juridique, elle deviendra l'outil privilégié d'un dialogue entre les Etats

membres et les institutions de l'Union européenne en vue de la progression dans le respect des droits fondamentaux qu'elle rassemble.

I. — LA CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX,
UNE CODIFICATION DE L'ACQUIS DE L'UNION EUROPÉENNE
DANS LE DOMAINE DES DROITS FONDAMENTAUX

Quatre dynamiques, essentiellement indépendantes les unes des autres, ont conduit à la situation actuelle des droits de l'homme dans l'Union européenne. Une première dynamique a consisté dans le souci de la Cour de justice des Communautés européennes de répondre à la menace que faisait peser sur l'affirmation de la primauté du droit communautaire sur l'ensemble du droit national des Etats membres, l'attitude de certaines juridictions constitutionnelles mettant en doute l'exigence de cette primauté lorsqu'elle risquait de conduire à un affaiblissement des droits fondamentaux reconnus dans des Constitutions étatiques. Dès 1969, la Cour de justice des Communautés européennes a jugé devoir faire figurer les droits fondamentaux de la personne parmi les principes généraux du droit communautaire dont elle assure le respect, en vertu de l'article 164 du traité CEE (devenu l'article 220 CE). Elle a identifié ces droits au départ des traditions constitutionnelles communes des Etats membres ainsi que des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme auxquels les Etats membres avaient adhéré ou à l'élaboration desquels ils avaient coopéré. Parmi ceux-ci, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ouverte à la signature des Etats membres du Conseil de l'Europe le 4 novembre 1950, se voit reconnaître une « signification particulière » (5) : non seulement elle est appliquée par le juge communautaire comme si elle avait valeur obligatoire pour

(5) C.J.C.E., 21 septembre 1989, *Hoechst AG*, aff. jtes 46/87 et 227/88, *Rec.*, p. 2859 (point 13); C.J.C.E., 18 juin 1991, *Elliniki Radiophonia Tileorassi (ERT)*, 260/89, *Rec.*, p. 2925 (point 41). L'arrêt *Hoechst* indique en effet que la Convention européenne des droits de l'homme revêt une « signification particulière » parmi les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré (voy. le point 13 de l'arrêt *Hoechst*). Pour fonder cette affirmation, la Cour de justice des C.E. renvoie « notamment » à son arrêt du 15 mai 1986 rendu dans l'affaire *Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* (aff. 222/84, *Rec.*, p. 1651). Cette référence n'emporte pas la conviction. Dans l'affaire *Johnston*, l'article 6 de la directive 76/207 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 (J.O.C.E., n° L 39, p. 40), est interprété à la lumière d'un principe général du droit (imposant le droit à un recours juridictionnel pour faire valoir ses droits) dont la Cour dit qu'il « a été également consacré par les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme » (point 18). Par contre, l'arrêt *Johnston* ne fait pas mention d'un

l'Union ou la Communauté européennes, mais en outre l'application qui en est faite y incorpore l'interprétation que lui donne la Cour européenne des droits de l'homme (6). Cette jurisprudence, qui dès 1977 reçoit l'approbation des institutions politiques des Communautés européennes (7), s'impose dès le départ aux institutions des Communautés européennes dans l'exercice de leurs compétences. Plus tard, elle s'étend aux Etats membres lorsqu'ils prennent des mesures qui s'inscrivent dans le domaine d'application du droit communautaire, c'est-à-dire lorsqu'ils appliquent un règlement, transposent une directive, ou exécutent une décision ou un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes (8), ou bien lorsqu'ils font emploi d'une exception à une liberté que reconnaît le droit communautaire, dans les limites de ce que celui-ci admet (9).

Une deuxième dynamique a consisté dans l'inscription progressive, dans le traité instituant la Communauté européenne, d'un petit nombre de dispositions offrant une protection aux droits fondamentaux de l'individu. Dans la version originelle du traité de Rome du 25 mars 1957, n'étaient garantis que l'égalité des rémunérations entre hommes et femmes pour un même travail (article 119 CEE devenu, après modification, article 141, § 1 CE) ainsi que la liberté des travailleurs de rechercher un emploi dans un autre Etat membre, ce qui impliquait l'abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité (articles 7 et 48 CEE devenus, après modifications, les articles 12 et 39 CE). Mais le principe de l'égalité des rémunérations entre hommes et femmes s'est progressivement développé en un droit général à l'égalité des chances et de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail, d'abord à la suite de l'adoption des directives au cours des années 1970 et sous l'influence de la jurisprudence relative à l'article 119 CEE, puis, lors de l'adoption du traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997, par la modification du texte de cette disposition

statut particulier qui serait à reconnaître à cet instrument parmi les principes généraux du droit communautaire.

(6) Voy. O. De SCHUTTER, « L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour de justice des Communautés européennes », in J.-Fr. FLAUS (dir.), *Le rayonnement de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, Publ. de l'Institut international des droits de l'homme, 2002 (à paraître).

(7) Déclaration commune de l'Assemblée, du Conseil et de la Commission du 5 avril 1977, J.O.C.E. n° C 103/1, du 27.4.1977.

(8) C.J.C.E., 13 juillet 1989, *Hubert Wachauf*, 5/88, *Rec.*, p. 2609 (point 19); C.J.C.E., 3 décembre 1992, *O. Borelli SpA*, C-97/91, *Rec.*, p. 6313 (points 14 et 15).

(9) C.J.C.E., 28 octobre 1975, *Rutili*, 36/75, *Rec.*, p. 1219 (point 32); C.J.C.E., 25 juillet 1991, *Commission c. Pays-Bas*, 353/89, *Rec.*, p. 4089 (point 30); C.J.C.E., 18 juin 1991, *ERT*, C-260/89, *Rec.*, p. 1-2925 (point 43).

(article 141 CE) (10). La compétence de la Communauté européenne à prendre des mesures de lutte contre les discriminations fondées non seulement sur le sexe, mais également sur la « race » ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, a été reconnue par le traité d'Amsterdam (article 13 CE) (11). L'Europe sociale a progressé de manière importante, ce qu'est venu traduire l'adoption d'un titre « Politique sociale, éducation, formation professionnelle et jeunesse » dans le traité CE par le traité de Maastricht du 7 février 1992, puis, avec l'entrée en vigueur le 1^{er} mai 1999 du traité d'Amsterdam, l'enrichissement de ce titre par l'extension des possibilités qu'a la Communauté de soutenir l'action des Etats membres dans cette matière.

Une troisième dynamique fut, lors de l'adoption en 1992 du traité de Maastricht sur l'Union européenne, la création de la notion de citoyenneté de l'Union européenne. La deuxième partie du traité CE est consacrée à cette notion (articles 8 à 8 E du traité CE (devenus articles 17 à 22 CE)). Est citoyen de l'Union le ressortissant de tout Etat membre. La notion de citoyenneté de l'Union européenne ne remplace pas celle de nationalité, mais vient y surajouter, au bénéfice des ressortissants des Etats membres, un certain nombre de droits, créant pour leurs titulaires un sentiment d'appartenance commune : en vertu du traité CE, le citoyen de l'Union européenne se voit reconnaître le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, et celui de voter et d'être élu aux élections municipales de l'Etat membre où il réside ainsi qu'aux élections au Parlement européen dans cet Etat membre qu'il en possède ou non la nationalité; il se voit reconnaître le droit de bénéficier de la protection diplomatique ou consulaire de la part des autorités de tout Etat membre autre que le sien, s'il se trouve sur le territoire d'un pays tiers où l'Etat dont il est le ressortissant ne dispose pas d'une représentation; il peut adresser une pétition au Parlement européen, s'adresser au médiateur de l'Union, s'adresser aux institutions de l'Union dans une des langues du traité.

(10) Voy. O. De Schutter, « Les droits fondamentaux dans le traité d'Amsterdam », in Y. Lejeune (coord.), *Le traité d'Amsterdam. Espoirs et déceptions*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 153.

(11) Voy. la directive 2000/43/CE 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, J.O.C.E., n° L 180 du 19.7.2000, p. 22; et 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, J.O.C.E., n° L 303 du 2.12.2000, p. 16; ainsi que le programme d'action communautaire contre la discrimination (2001-2007), J.O.C.E., n° L 303 du 2.12.2000, p. 23. Voy. pour une étude de ces instruments O. De Schutter, *Discriminations et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, Bruxelles-Wien-Oxford, P.I.E. Peter Lang, 2001.

Une quatrième dynamique fut liée à l'établissement du marché intérieur, et aux mesures adoptées en vue d'en assurer le bon fonctionnement. La présente étude revient (12) sur des exemples où la Communauté européenne a pris des initiatives en vue de la protection des droits fondamentaux, alors que la nécessité d'une intervention communautaire tenait au lien qui était constaté entre l'harmonisation ou l'uniformisation d'une telle protection, ou à tout le moins la définition d'un seuil minimal de protection, et la création d'un espace économique intégré dans lequel la libre circulation des facteurs de production est assurée et dans lequel la concurrence n'est pas faussée : dans certains cas, des différences trop importantes d'Etat membre à Etat membre en ce qui concerne le niveau de protection des droits fondamentaux peuvent recréer des cloisonnements entre les économies nationales; dans d'autres cas, elles peuvent affecter les conditions de la libre concurrence sur l'ensemble du territoire de la Communauté.

*
*
*

Ce sont ces quatre dynamiques que visait à rassembler la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Le principal défi était celui d'effectuer cette conjonction. Il y avait, certes, un acquis de l'Union européenne en matière de droits fondamentaux. Mais cet acquis était caractérisé par une forte hétérogénéité. Les quatre dynamiques énumérées répondent à des préoccupations fondamentalement distinctes. Elles se traduisent par l'adoption de textes au statut juridique très diversifié : principes généraux d'élaboration jurisprudentielle, dispositions de droit primaire, instruments de droit dérivé comprenant divers types d'actes. Ni du point de vue de leur statut – applicabilité indépendante ou non, invocabilité ou non vis-à-vis des personnes privées –, ni du point de vue de leur situation dans une hiérarchie des normes au sein de l'Union européenne – une hiérarchie qui, pour n'avoir pas une définition achevée, n'en existe pas moins partiellement –, les droits fondamentaux figurant au sein de cet acquis ne se ressemblent. Les codifier dans un texte unique, sans en trahir la nature, a exigé des compromis difficiles, obtenus parfois au prix d'ambiguïtés que le texte de la Charte laisse subsister. L'adoption de la Charte, qui devait rendre visible les droits figurant dans l'acquis de l'Union européenne, a

(12) Voy. le chapitre IV de cette étude, portant sur « L'enjeu pour les droits fondamentaux de la délimitation des compétences entre l'Union européenne et ses Etats membres ».

ainsi contribué à la sécurité juridique autant qu'elle est venue faire peser sur elle une nouvelle menace. Il faut à présent parachever l'ouvrage : réussir l'insertion de la Charte dans les traités, en rompant finalement avec une approche disparate et sans plan d'ensemble des droits fondamentaux sur lesquels l'Union est fondée.

II. – LA CONSÉCRATION JURISPRUDENTIELLE DE LA VALEUR JURIDIQUE DE LA CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX

Un arrêt rendu le 30 janvier 2002 par le Tribunal de première instance des Communautés européennes dans l'affaire *max.mobil Telekomunikation Service GmbH* contient les premières applications jurisprudentielles claires de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Le Tribunal admet dans cet arrêt la recevabilité d'un recours en annulation d'une décision de la Commission des Communautés européennes, constituant rejet partiel d'une plainte de la société requérante après que celle-ci lui eut demandé de faire usage des pouvoirs que lui reconnaît l'article 86, § 3 CE (alors article 90, § 3 du traité CE) en vue d'imposer le respect des règles du traité aux entreprises publiques ou auxquelles les États accordent des droits spéciaux ou exclusifs. L'arrêt fait référence à la Charte d'abord afin d'affirmer l'existence, dans le chef de la Commission, d'une obligation d'assurer un traitement diligent et impartial de la plainte introduite auprès d'elle : pareille obligation « trouve son reflet dans le droit à une bonne administration qui fait partie des principes généraux de l'État de droit communs aux traditions constitutionnelles des États membres », ce que confirmerait selon le Tribunal l'article 41, § 1 de la Charte (13). La référence à la Charte sert ensuite au Tribunal à soutenir son considérant selon lequel « dans la mesure où la Commission est soumise à une telle obligation

(13) Voy. T.P.I., 30 janvier 2002, *max.mobil Telekomunikation Service GmbH* c. Commission des C.E., T-54/99, non encore publié : « Dès lors qu'il s'agit, en l'espèce, d'un recours contre un acte portant rejet d'une plainte, il convient de souligner, à titre liminaire, que le traitement diligent et impartial d'une plainte trouve son reflet dans le droit à une bonne administration qui fait partie des principes généraux de l'État de droit communs aux traditions constitutionnelles des États membres. En effet, l'article 41, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée le 7 décembre 2000 à Nice (JO 2000, C 364, p. 1, ci-après, la 'charte des droits fondamentaux') confirme que 'toute personne a le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions et organes de l'Union'. Il y a lieu d'examiner d'emblée la nature et l'étendue de ce droit et de l'obligation concomitante de l'administration, dans le contexte particulier de l'application du droit communautaire de la concurrence à un cas individualisé, tel que prévu en l'espèce par la requérante » (point 48).

d'examen [de la plainte de la requérante], le respect de celle-ci ne saurait être soustrait à tout contrôle juridictionnel » (14).

Il n'y a pas à s'étonner de cette consécration jurisprudentielle de la valeur juridique de la Charte. Sans doute, au moment même où ils proclamaient solennellement leur adhésion à la Charte en ouverture du Sommet de Nice, le 7 décembre 2000, les Chefs d'État et de gouvernement des États membres avaient délibérément laissé ouverte la question de l'intégration de la Charte dans les traités, introduisant le doute sur sa valeur juridiquement obligatoire. Au contraire, ils adoptaient une Déclaration relative à l'avenir de l'Union qui, précisément, entendait qu'un débat « à la fois plus large et plus approfondi » porte, notamment, sur la question du statut à réserver à la Charte. Le refus d'une intégration dans l'immédiat de la Charte avait ainsi été clairement exprimé lorsque la question s'est posée au cours des discussions préparatoires du Sommet de Nice. Mais la réticence de certains États membres à opérer immédiatement cette intégration, même sur le mode d'un simple renvoi à celle-ci par une référence figurant à l'article 6, § 2 du traité sur l'Union européenne ainsi que cela avait été proposé par le Parlement européen (15), paraissait devoir s'expliquer principalement, plutôt que par une méfiance vis-à-vis des droits qui y figurent, par la crainte de ces États que l'adoption d'un « Bill of Rights » contraignant soit perçue comme une première étape vers l'élaboration d'une Constitution pour l'Union européenne (16). Par ailleurs, la Charte a été conçue d'emblée comme opérant une codification de l'acquis de l'Union européenne dans le domaine des droits de l'homme. Ses auteurs opéraient « à droit constant », s'inscrivant dans une mission d'identification et de systématisation plutôt que de création de droits nouveaux (17). Faire référence à la Charte, pour le juge communautaire, pouvait dès lors paraître aller de soi.

(14) T.P.I., 30 janvier 2002, *max.mobil Telekomunikation Service GmbH*, précité, point 56. Le Tribunal ajoute que « Par ailleurs, un tel contrôle juridictionnel fait également partie des principes généraux de l'État de droit, communs aux traditions constitutionnelles des États membres, comme le confirme l'article 47 de la charte des droits fondamentaux, qui prévoit que toute personne dont les droits garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal » (point 57).

(15) Sur le refus de cette proposition, voy. la Note de la Présidence au Conclave ministériel de la CIG concernant l'insertion de la Charte des droits fondamentaux dans l'article 6 TUE (CONFER 4804/00, Bruxelles, 16 novembre 2000). On revient ci-dessous sur cette proposition.

(16) K. LENAERTS et E. DE SMUTTER, « A 'Bill of Rights' for the European Union », *C.M.L.Rev.*, vol. 38, 2001, p. 273, pp. 298-299.

(17) Selon la décision du Conseil européen de Cologne des 3 et 4 juin 1999, devait être élaborée une charte des droits dont « la Cour de justice européenne a confirmé et défini dans sa jurisprudence » que leur respect s'imposait à l'Union, ceci afin « d'ancrer leur importance exceptionnelle et leur portée de manière visible pour les citoyens de l'Union ».

Dès sa communication du 11 octobre 2000 sur la nature de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la Commission des Communautés européennes avait d'ailleurs estimé que « la Charte déploiera des effets, y compris sur le plan juridique, (...) quelle que soit la nature qui lui sera attribuée (...) ». [Le] Conseil et la Commission, appelés à la proclamer solennellement, pourront difficilement ignorer dans le futur, lorsqu'ils agiront comme législateur, un texte préparé à la demande du Conseil européen par toutes les sources de légitimité nationales et européennes réunies au sein de la même enceinte » (18). Le 13 mars 2001, la Commission a du reste décidé, en adéquation avec cette prise de position, que toute proposition d'acte législatif ou réglementaire fera l'objet d'un contrôle préalable de compatibilité avec la Charte : depuis cette date, 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. L'arrêt rendu par le Tribunal de première instance des Communautés européennes le 30 janvier 2002 ne fait que confirmer ce qui, déjà, se laissait présager.

Dès avant l'arrêt du 30 janvier 2002, il était généralement reconnu que, pour se voir reconnaître une force juridiquement obligatoire, la Charte ne réclamait pas nécessairement d'être intégrée dans les traités. Chacun anticipait que, lorsque l'occasion lui en serait donnée, la Cour de justice des Communautés européennes progresserait dans l'élucidation des droits fondamentaux figurant parmi les principes généraux du droit communautaire dont elle assure le respect en tenant compte de l'énumération des droits que fournit la Charte (19). Dans l'affaire *Pays-Bas c. Parlement européen et Conseil de l'UE*, c'est cet emploi qu'avait fait de la Charte l'avocat général F. Jacobs, qui estimait dans ses conclusions que les droits fondamentaux invoqués par l'Etat requérant « sont effectivement des droits fondamentaux, dont l'ordre juridique communautaire doit assurer le respect. Le droit à la dignité est peut-être le droit le plus fondamental de tous, et il se trouve à présent consacré par l'article 1^{er} de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui énonce que la dignité humaine est inviolable et doit être respectée et protégée. Le respect du consentement libre et éclairé, à la fois des donneurs d'éléments du corps humain et des bénéficiaires de soins médicaux peut également (...) être considéré comme un droit

(18) Communication de la Commission sur la nature de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 11.10.2000 (COM (2000) 644 final), point 10.

(19) K. LENAERTS et E. DE SMITTER, « A 'Bill of Rights' for the European Union », *C.M.L.Rev.*, vol. 38, 2001, p. 273, pp. 298-299.

fondamental; c'est ce que reflète à présent l'article 3, paragraphe 2, de la Charte UE (...) » (20). La doctrine notait aussi qu'en proclamant solennellement leur attachement à la Charte, chacune des trois institutions de l'Union européenne avaient pris l'engagement de la respecter : en vertu du principe *pater legem quam ipse fecisti*, les plaideurs pourraient ainsi à l'avenir prendre appui sur la Charte, par exemple dans le cadre d'un recours en annulation ou d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité du droit communautaire dérivé (21). Certains auteurs ont proposé en outre de voir dans la Charte un accord interinstitutionnel, susceptible par conséquent d'être invoqué devant le juge communautaire (22).

Le 3 mai 2002, est intervenu un arrêt *Jégo-Quéré* du Tribunal de première instance des Communautés européennes, dans lequel celui-ci prend à nouveau appui sur l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux, relatif au droit à un contrôle juridictionnel effectif (23). Le juge communautaire écarte dans cet arrêt la jurisprudence traditionnelle relative aux conditions de recevabilité du recours direct en annulation du particulier contre des actes communautaires de portée générale – jurisprudence héritée de l'arrêt *Plaumann* de 1963 (24), et largement critiquée depuis en doctrine (25) –

(20) C.J.C.E., *Pays-Bas c. Parlement européen et Conseil de l'UE*, C-377/98, point 197 des conclusions présentées le 14 juin 2001; voy. également les points 210-211 des conclusions.

(21) Voy. par ex. pour une application de cet adage devant le juge communautaire T.P.I., 5 mars 1997, *WWF UK c. Commission*, T-105/95, *Rec.*, 1997, p. II-313, points 53 à 55. En général, sur la valeur juridique de la Charte, voy. O. De Schutter et E. Bribois, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Journal des tribunaux*, 2001, p. 281.

(22) J. DUTHIEL DE LA ROCHE, « La Charte des droits fondamentaux et au-delà », *Europe 2004 – Le Grand Débat*, Bruxelles, 15-16 octobre 2001. Une Déclaration solennelle figurant dans l'acte final de la conférence de Nice, relative à l'article 10 du traité CE, précise que « le devoir de coopération loyale qui résulte de l'article 10 du traité instituant la Communauté européenne et qui régit les relations entre les Etats membres et les institutions communautaires régit également les relations entre les institutions », celles-ci pouvant conclure entre elles, selon la Déclaration, « des accords interinstitutionnels ». Ces accords, pratiqués de longue date dans le système institutionnel communautaire, reçoivent par conséquent une première consécration formelle dans les traités.

(23) T.P.I., 3 mai 2002, *Jégo-Quéré et Cie SA c. Commission des C.E.*, T-177/01, non encore publié au *Rec.*

(24) C.J.C.E., 15 juillet 1963, *Plaumann et Co. c. Commission*, 25/62, *Rec.*, p. 197. Voy. sur cette question O. De Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Trans-formation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 773-786.

(25) Voy. déjà M. FROMONT, « L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité du recours en annulation devant la Cour de justice des Communautés européennes », *R.F.D.E.*, 1966, p. 47; A. BARAV, « Direct and Individual Concern : An Almost Insurmountable Barrier to the Admissibility of Individual Appeal to the EEC Court », *C.M.L. Rev.*, 1974, p. 191. Plus récemment, voy. D. WAELEBROECK et A.-M. VERHEYDEN, « Les conditions de recevabilité des recours en annulation des particuliers contre les actes normatifs communautaires à la lumière du droit comparé et de la

. Il considère en effet que, dans la mesure où l'exigence d'une individualisation suffisante du destinataire de l'acte – exigence que ce dernier arrêt avait formulé au départ d'une lecture particulièrement restrictive de l'article 173, al. 2, du traité CEE (devenu l'article 230, al. 4, CE) – conduit à priver certaines personnes d'une protection juridictionnelle effective, alors qu'un acte communautaire d'applicabilité générale affecte directement ces personnes sans que doivent intervenir pour cela des mesures d'exécution étatiques (26), il s'impose de revoir cette jurisprudence traditionnelle et d'interpréter plutôt l'article 230, al. 4, CE, de manière à en assurer la conformité avec l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux. L'arrêt du 3 mai 2002 estime que, lorsque la situation d'un particulier est directement affectée par un acte communautaire de portée générale – c'est-à-dire que celui-ci s'adresse à une catégorie de destinataires abstraitement définie –, les alternatives au recours direct en annulation que constituent soit le renvoi préjudiciel en appréciation de validité dudit acte – lorsque sont attaquées devant le juge national des mesures d'exécution étatiques –, soit le recours en responsabilité extra-contractuelle, « ne peuvent plus être considérées, à la lumière des articles 6 et 13 de la CEDH et de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux, comme garantissant aux justiciables un droit de recours effectif leur permettant de contester la légalité de dispositions communautaires de portée générale qui affectent directement leur situation juridique » (point 47). L'arrêt poursuit :

48. Certes, une telle circonstance ne saurait autoriser une modification du système des voies de recours et des procédures établi par le traité et destiné à confier au juge communautaire le contrôle de la légalité des actes des institutions. En aucun cas, elle ne permet de déclarer recevable un recours en annulation formé par une personne physique ou morale qui ne satisfait pas aux conditions posées par l'article 230, quatrième alinéa, CE [voir ordonnance du président de la Cour du 12 octobre 2000, *Federación de Cofradías*

Convention européenne des droits de l'homme », *Cahiers de droit européen*, 1995, p. 440; G. VANDERSTADEN, « Pour un élargissement du droit des particuliers d'agir en annulation contre des actes autres que les décisions qui leur sont adressées », *Cahiers de droit européen*, 1996, p. 535; ou C. HARLOW, « Access to Justice as a Human Right : The European Convention and the European Union », in Ph. ALSTON (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 187.

(26) Comp. avec l'hypothèse où est en cause une directive, appelant de la part des États membres auxquels elle s'adresse des mesures de transposition. TPI. 27 juin 2000, *Salamanca et al. c. Parlement et Conseil*, aff. Jtes T-172/98, T-175/98 à T-177/98, Rec., p. II-2487.

de Pescadores e.a./Conseil, C-300/00 P (R), Rec. p. I-8797, point 37).

49. Il convient toutefois de souligner que (...) aucun argument impérieux ne permet de soutenir que la notion de personne individuellement concernée au sens de l'article 230, quatrième alinéa, CE comporte l'obligation pour un particulier désireux de contester une mesure de portée générale d'être individualisé d'une manière analogue à celle dont le serait un destinataire.

50. Dans ces conditions, et en tenant compte du fait que le traité CE a institué un système complet de voies de recours et de procédures destiné à confier au juge communautaire le contrôle de la légalité des actes des institutions (...), il y a lieu de reconsidérer l'interprétation stricte, jusqu'à présent retenue, de la notion de personne individuellement concernée au sens de l'article 230, quatrième alinéa, CE.

51. Au vu de ce qui précède, et afin d'assurer une protection juridictionnelle effective des particuliers, une personne physique ou morale doit être considérée comme individuellement concernée par une disposition communautaire de portée générale qui la concerne directement, si la disposition en question affecte, d'une manière certaine et actuelle, sa situation juridique en restreignant ses droits ou en lui imposant des obligations. Le nombre et la situation d'autres personnes également affectées par la disposition ou susceptibles de l'être ne sont pas, à cet égard, des considérations pertinentes.

Ce revirement de jurisprudence (27) prend appui sur l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux, dans les limites de l'interprétation jurisprudentielle que paraît autoriser l'article 230 al. 4 CE. La Charte se voit reconnaître valeur de droit primaire; elle ne fonctionne pas, pour autant, comme une référence supra-constitutionnelle, qui permettrait au juge d'écarter une disposition claire du droit primaire, lorsque celle-ci lui apparaîtrait en contradiction avec les garanties que la Charte énumère. Or l'on verra qu'une des questions que pose l'insertion de la Charte dans les traités est précisément de savoir si l'on doit lui reconnaître une telle valeur, tenu compte d'une part de l'hypothèse d'une distinction entre le Traité fondamental de l'Union européenne et des traités annexes soumis à des conditions de révision moins contraignantes, et d'autre part de la règle selon laquelle, s'agissant des droits de la Charte qui « trou-

(27) Comp. avec C.J.C.E., 15 janvier 2002, *Libéros c. Commission*, C-171/00 P (point 28) (pourvoi contre T.P.I., 9 mars 2000, *Libéros c. Commission*, T-29/97, RecFP, p. I-A-43 et II-185); et la référence à C.J.C.E., 31 mai 2001, *Sadani Zucherijfict e.a. c. Conseil*, C-41/99 P, Rec. p. I-4239, point 24.

vent leur fondement dans les traités communautaires ou dans le traité sur l'Union européenne », ces droits « s'exercent dans les conditions et limites » définies par les traités (article 52, § 2 de la Charte). C'est une question sur laquelle on reviendra (ci-après, III).

Les arrêts du 30 janvier et du 3 mai 2002 permettent de mesurer la juste portée de l'insertion de la Charte dans les traités. Du point de vue strictement juridique, la valeur ajoutée qui pourrait résulter de l'insertion de la Charte demeure limitée. Pour autant, pareille insertion constituera un message politique dont l'importance ne peut être sous-estimée. Elle apparaîtra aux yeux du citoyen comme parachevant naturellement le processus entamé par la décision de Cologne de juin 1999, et comme attestant la sincérité de l'attachement des Etats membres de l'Union et de ses institutions au respect des droits de l'homme dans le cadre de l'Union européenne. Enfin, il n'est plus permis de raisonner à présent comme si la question du statut de la Charte n'avait pas été ouvertement posée : le débat sur l'avenir de la Charte ayant été lancé, un refus de reconnaître à cet instrument une valeur juridique contraignante serait interprétée comme un véritable recul, et non simplement comme une difficulté à avancer ensemble en direction d'une amélioration de la protection des droits de l'homme dans l'Union européenne. Pour ces motifs, l'intégration de la Charte dans les traités est indispensable : opportune politiquement, elle ne fera, juridiquement, que consacrer une évolution en cours et presque achevée.

III. – LES MESURES D'ACCOMPAGNEMENT DE L'INSERTION DE LA CHARTE DANS LE TRAITÉ FONDAMENTAL DE L'UNION EUROPÉENNE

Les mesures devant accompagner l'insertion de la Charte dans le Traité fondamental de l'Union européenne peuvent être abordées au départ de deux interrogations. D'une part, plusieurs dispositions des traités faisant déjà référence à la nécessité de respecter les droits fondamentaux ou d'en promouvoir le respect, il faut s'interroger sur l'opportunité de substituer à ces références générales une référence plus spécifique à la Charte, lorsque celle-ci sera reproduite en tant que chapitre préliminaire du Traité fondamental sur l'Union européenne – selon le scénario qui apparaît, aujourd'hui, effectivement le plus probable. D'autre part, se pose la question des rapports qu'entretiendront les dispositions de la Charte avec les autres dispositions des traités : cette seconde interrogation se fait jour en particulier si se confirme l'hypothèse d'une dissociation

entre un traité « de base » (le Traité fondamental sur l'Union européenne) et des traités « annexes », soumis à des conditions de révision moins contraignantes.

A. – La diffusion de la Charte des droits fondamentaux dans les traités

1° L'apport de la Charte aux principes sur lesquels l'Union est fondée

L'article 6, § 1 TUE énonce que « L'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'Etat de droit, principes qui sont communs aux Etats membres ». Il est fait référence à cette disposition à deux autres endroits du même traité.

C'est d'abord l'article 7 TUE, introduit par le traité d'Amsterdam, qui prend appui sur l'énonciation des principes sur lesquels est fondée l'Union (28). Cet article prévoit la possibilité pour le Conseil de constater « l'existence d'une violation grave et persistante par un Etat membre de principes énoncés à l'article 6, paragraphe 1 ». L'entrée en vigueur du traité de Nice du 26 février 2001 aura pour effet de substituer à cet article une nouvelle disposition. La modification apportée à l'article 7 TUE devrait faciliter l'exercice de cette forme de contrôle politique du respect des principes de l'article 6, § 1 par les Etats membres. Elle permettra en outre au Conseil d'intervenir de façon préventive afin de constater « qu'il existe un risque clair de violation grave par un Etat membre de principes énoncés à l'article 6, paragraphe 1 », ce qui autorise le Conseil à adresser à cet Etat « des recommandations appropriées ».

Un renvoi à l'article 6, § 1 TUE figure également à l'article 49 TUE, relatif à l'adhésion de nouveaux Etats à l'Union européenne : depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, peut demander à devenir membre de l'Union « tout Etat européen qui respecte les principes énoncés à l'article 6, paragraphe 1 ». Le Conseil européen de Copenhague de 1993 a précisé que constitue une condition nécessaire à l'ouverture des négociations d'adhésion l'existence au sein du pays candidat d'« institutions stables garantissant la démocra-

(28) Sur cette disposition, A. VERHOEVEN, « How Democratic Need European Members Be? Some Thoughts After Amsterdam », *E.L.R.*, 1998, p. 223; E. BRIGOSIA, O. DE SCHUTTER, Th. RONSE et A. WEYEMBERGH, « Le contrôle par l'Union européenne du respect de la démocratie et des droits de l'homme par ses Etats membres », *Journal des tribunaux - Droit européen*, 2000, p. 61.

tie, la primauté du droit, les droits de l'homme, le respect des minorités et leur protection ».

Il est probable que le contenu de la Charte des droits fondamentaux influence la mise en œuvre des articles 7 et 49 TUE, par la médiation de l'article 6, § 1 du même traité (29). S'impose-t-il de consolider ce lien, en faisant figurer dans ces dispositions une référence explicite à la Charte des droits fondamentaux en tant que critère d'évaluation, soit du « risque clair de violation grave par un Etat membre des principes énoncés à l'article 6, paragraphe 1 » (30), ou de la « violation grave et persistante par un Etat membre » de ces principes (31), soit de la capacité pour un Etat candidat à l'adhésion à satisfaire aux conditions qu'impose le traité sur l'Union européenne ? On peut en douter. L'une et l'autre de ces procédures répondent à une logique essentiellement politique (32). Il est illusoire et potentiellement source de confusion d'encadrer trop étroitement les appréciations portées par les Etats membres et les institutions de l'Union dans le cadre soit de l'utilisation de l'article 7 TUE, soit de l'adhésion de nouveaux Etats. Là où la référence à la Charte sera jugée adéquate, il n'y pas d'obstacle à ce qu'elle soit faite (33) ; là où elle serait jugée encombrante, par exemple parce que, lorsqu'une appréciation est portée sur la situation régnant au sein d'un

(29) Les trois sages auxquels il avait été demandé de faire rapport au Conseil à propos de la situation en Autriche, lorsque l'utilisation à l'égard de cet Etat de l'article 7 TUE avait été envisagée, avaient déjà fait référence à la Charte, à un moment où le texte définitif de celle-ci n'était d'ailleurs pas encore connu : voy. Rapport (du 8 septembre 2000) relatif à l'Autriche mandaté par 14 Etats membres de l'Union européenne, par M. AHTISAARI, J. FROWEN et M. OBEJA, *Revue universelle des droits de l'homme*, 2000, vol. 12, n° 3-5, p. 154., § 8 du rapport. Les auteurs du rapport situent cette référence à la Charte, parmi beaucoup d'autres, après avoir noté : « Notre mandat consiste (...) dans l'appréciation de l'engagement du gouvernement autrichien dans certains domaines, envers les valeurs communes européennes. Par conséquent, il est important de préciser quelles sont les normes généralement acceptées en tant que valeurs communes européennes » (§ 1).

(30) Selon l'article 7, § 1 TUE, tel qu'il sera modifié suite à l'entrée en vigueur du traité de Nice du 26 février 2001.

(31) Selon la formule qui figure actuellement à l'article 7, § 1 TUE, inséré par le traité d'Amsterdam, et qui se retrouvera à l'article 7, § 2 TUE à la suite de la modification de cette disposition par le traité de Nice.

(32) Aucune intervention juridictionnelle n'est en effet prévue dans le cadre du recours à l'article 7 TUE, en dépit de propositions faites en ce sens au cours de la Conférence intergouvernementale ayant débouché sur le traité d'Amsterdam, aussi bien par la Commission que par certains Etats membres (Grèce, Luxembourg, Finlande) (voy. O. De Schutter et E. Bressia, « La garantie des droits de l'homme dans l'Union européenne révisée », in : *Pour une Europe des droits civiques et sociaux. Actes de la conférence nationale des 18-19 avril 1997*, Ligue des droits de l'Homme, 1997, ici pp. 194-196).

(33) Voy. à propos de l'article 7 TUE A. von Bogdandy, « The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the core of the European Union », *C.M.L. Rev.*, vol. 31 (2000), p. 1307, ici pp. 1318-1319.

Etat membre, tous les droits énoncés dans la Charte ne sauraient se voir accorder un même poids, il faut laisser ouverte la possibilité de prendre appui sur d'autres critères, mieux adaptés à la spécificité de ces examens.

2° L'apport de la Charte aux droits fondamentaux que l'Union reconnaît « en tant que principes généraux du droit communautaire »

L'article 6, § 2 TUE énonce que « L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'il sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, (...) et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux de droit communautaire ». L'on a déjà rappelé que le Parlement européen avait proposé, dans le cadre de la Conférence intergouvernementale qui devait déboucher plus tard sur le traité de Nice, que la Charte des droits fondamentaux soit mentionnée dans l'article 6, § 2. Une telle solution présenterait l'avantage de créer de façon économique un lien entre les traités constitutifs et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, laquelle pourrait dès lors de façon plus aisément justifiable demeurer en-dehors du corps des traités, par exemple en tant que protocole annexé. Cela épargnerait à la Conférence intergouvernementale le travail difficile d'adapter la Charte, sinon dans son contenu au moins dans certaines de ses formulations, afin d'en rendre possible l'inscription formelle au sein même des traités : dès lors qu'elle demeurerait un instrument distinct, la Charte pourrait conserver l'unité dont elle est pourvue, et le résultat du travail de la Convention ayant élaboré la Charte serait ainsi pleinement respecté. Il faut en effet constater que les rédacteurs de la Charte n'ont pas fait seulement « comme si » celle-ci allait se voir reconnaître force juridique obligatoire, et était donc à concevoir comme un texte juridique plutôt que comme déclaration politique ; ils ont encore effectué le travail de rédaction « comme si » la Charte allait voir préservée son intégrité à l'extérieur des traités, quitte à se voir dotée d'un statut juridique équivalent, voire supérieur à eux (34).

(34) La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne n'apparaîtra comme un instrument véritablement constitutionnel qu'une fois que sa révision sera soumise à des procédures spéciales, qui impliqueraient que les Etats membres n'en seraient plus les « maîtres » exclusifs. L'on pourrait imaginer, par exemple, qu'il soit formellement admis que la Charte ne pourrait être révisée que dans le cadre d'une Convention composée comme l'a été la Convention mise sur pied à la suite du Conseil européen de Tampere des 15-16 octobre 1999 ; ou bien qu'elle ne puisse être modifiée que par l'assentiment unanime des Etats membres, ce qui est le sort de tout traité, mais encore

Pareille adjonction à l'article 6, § 2 TUE doit cependant s'envisager avec prudence. C'est seulement « en tant que principes généraux du droit communautaire » que cette disposition exige de l'Union qu'elle reconnaisse les droits fondamentaux. Or, outre que l'expression « principes généraux du droit communautaire » devrait progressivement se voir substituer celle de « principes généraux du droit de l'Union », qui manifesterait mieux l'unité de l'Union et des Communautés en cours de définition, cela crée deux difficultés qui ne sont pas – elles – purement formelles.

Premièrement, les « principes généraux » n'interviennent pas de manière *indépendante*, mais seulement *en combinaison* avec d'autres règles de droit primaire ou dérivé, une fois que telle situation matérielle apparaît régie par ces règles. Sauf dans le cas spécifique que où la violation des droits fondamentaux ou la menace d'une telle violation sont d'une gravité telle que les Etats membres, la Commission ou le Parlement européen peuvent déclencher le mécanisme de l'article 7 TUE, le droit de l'Union européenne comme le droit communautaire se désintéressent de l'atteinte aux droits fondamentaux qui ne présente avec eux aucun lien de rattachement (35) : le statut même des droits fondamentaux « en tant que principes généraux » est de marquer cette absence d'une application indépendante, c'est-à-dire détachée de tout lien avec le droit de l'Union européenne. Or, la Charte inclut plusieurs dispositions qui, ayant leur source soit dans le droit primaire soit dans le droit dérivé, bénéficient bel et bien d'une telle application indépendante, à et dont le statut n'est dès lors pas comparable, techniquement, à celui des droits fondamentaux que la jurisprudence de la Cour de justice a inclus parmi les « principes généraux du droit communautaire » (36). L'assimilation pure et simple de l'ensemble des droits

moquant une approbation du Parlement européen, en tant que représentant des peuples d'Europe.

(35) La Cour de justice des C.E. résume ainsi sa jurisprudence : « lorsqu'une réglementation nationale entre dans le champ d'application du droit communautaire, la Cour, saisie à titre préjudiciel, doit fournir tous les éléments d'interprétation nécessaires à l'appréciation, par la juridiction nationale, de la conformité de cette réglementation avec les droits fondamentaux dont la Cour assure le respect, tels qu'ils résultent, en particulier, de la Convention européenne des droits de l'homme. En revanche, elle n'a pas cette compétence à l'égard d'une réglementation nationale qui ne se situe pas dans le cadre du droit communautaire » (C.J.C.E., 18 décembre 1997, *D. Annibaldi*, C-309/96, *Rec.*, p. I-7493, point 13).

(36) De ce point de vue, il était parfaitement adéquat que le Conseil européen de Cologne des 3-4 juin 1999 mentionne dans sa décision relative à l'élaboration d'une Charte des droits fondamentaux de l'UE trois catégories distinctes de droits, *seule la première catégorie* (regroupant « les droits de liberté et d'égalité, ainsi que les droits de procédure, tels que garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes des Etats

fondamentaux énumérés dans la Charte, sans être potentiellement dangereuse – il est douteux que le juge communautaire et les institutions se laissent désorienter par une telle assimilation –, est en tout cas à déconseiller. Elle peut constituer la source de confusions aisément évitables.

Deuxièmement, la reconnaissance des droits fondamentaux « en tant que principes généraux du droit communautaire » crée l'impression que le juge peut exercer une large marge d'appréciation à l'égard de ces droits, afin, en particulier, d'en modaliser si nécessaire les exigences en fonction du contexte où ils trouvent à s'appliquer. Si la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est intervenue notamment afin de rendre plus visibles les droits fondamentaux faisant partie du patrimoine des valeurs communes aux Etats membres de l'Union et afin de contribuer ainsi à l'avantage de la sécurité juridique, il faut éviter de créer l'impression, par le détour des « principes généraux du droit communautaire », que ces droits n'ont d'autre valeur contraignante que celle que le juge acceptera de leur reconnaître.

Si une passerelle devait être créée entre la Charte des droits fondamentaux et le Traité sur l'Union européenne par la médiation de l'article 6, § 2 de ce dernier instrument, la formulation suivante de cette disposition pourrait être suggérée, afin de tenir compte des difficultés qui viennent d'être soulignées :

L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'il sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, (...) et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux de droit communautaire. Elle reconnaît également les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Le maintien de la première phrase, reprise telle quelle de l'actuel article 6, § 2 TUE, marque clairement que l'adoption de la Charte des droits fondamentaux ne fait pas obstacle à ce que la Cour de justice des Communautés européennes progresse dans l'élucidation des droits fondamentaux tels qu'ils sont reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme et développés par la Cour européenne des droits de l'homme, et tels qu'ils évoluent avec les traditions constitutionnelles. L'esprit de l'article 53 de la Charte (Niveau de protection) se trouve ainsi respecté, puisque cette disposition vise à éviter que la Charte soit entraîne une régression dans le niveau de

membres ») étant à inscrire dans cette Charte « en tant que principes généraux du droit communautaire ».

protection déjà atteint des droits fondamentaux dans l'Union européenne, soit même fasse obstacle à la poursuite d'évolutions favorables à une meilleure protection des droits fondamentaux par des mécanismes préexistants à la Charte (37). L'ajout de la seconde phrase, dont la formulation est puisée au préambule de la Charte (dernier alinéa), souligne que les droits fondamentaux que celle-ci énonce ne peuvent être ramenés au statut de droits fondamentaux reconnus simplement « en tant que principes généraux de droit communautaire ».

Une passerelle telle que celle dont on vient de proposer une formulation n'est en tout état de cause requise que si la Charte demeure extérieure aux traités, c'est-à-dire si son insertion s'effectue par l'adoption d'un protocole annexé. Si l'option choisie était au

(37) Voy., sur le risque que les dispositions de la Charte des droits fondamentaux viennent geler des évolutions dans le domaine des droits fondamentaux, l'arrêt *D.* et *Royaume de Suède c. Conseil de l'Union européenne*, rendu par la Cour de justice des Communautés européennes le 31 mai 2001 (aff. Jfcs C-122/99 P et C-125/99 P), et spécialement les conclusions de l'avocat général M. J. Mischo précédant cet arrêt. Dans celui-ci, la Cour refuse d'assimiler le partenaire de même sexe d'un fonctionnaire du Conseil (uni à lui selon la loi suédoise sur le partenariat enregistré) à un conjoint de celui-ci, aux fins de l'octroi d'un avantage social. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dispose que « Le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice ». Le Présidium de la Convention chargée de l'élaboration de la Charte des droits fondamentaux explique que à cet égard que cette disposition « n'interdit ni n'impose l'octroi du statut de mariage à des unions entre personnes du même sexe ». Dans ses conclusions du 22 février 2001 précédant l'arrêt *D.* et *Royaume de Suède c. Conseil de l'Union européenne*, l'avocat général M. J. Mischo en déduit que ce commentaire, bien qu'il fût dépourvu de valeur juridique, « confirme la différence de situation entre le mariage, d'une part, et l'union entre personnes de même sexe, d'autre part » (point 97 de concl.). Bien qu'elle épouse fidèlement les formes de l'espèce portée devant la Cour, l'expression choisie est équivoque dès qu'on prétend la généraliser : est-ce la différence de traitement entre le mariage et d'autres formes d'union – bénéficiant ou non d'une reconnaissance juridique – que la Charte admet, ou est-ce la différence de traitement entre l'union entre personnes de sexe différent – y compris hors mariage – et l'union entre personnes de même sexe ? Nous défendons l'idée que si la Charte des droits fondamentaux ne prescrit pas obligatoirement l'assimilation des formes d'unions homosexuelles au mariage, elle n'autorise pas pour autant les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle, qui sont au contraire interdites dans le domaine d'application du droit communautaire par l'article 21., § 1^{er}, de la même Charte. Par conséquent, là où une différence de traitement serait établie non pas entre le mariage et les autres formes de cohabitation – que celles-ci bénéficient ou non d'une reconnaissance juridique –, mais entre les unions hétérosexuelles (mariage ou cohabitation durable entre personnes de sexe opposé constituant un « mariage de fait ») et les unions homosexuelles, il n'est pas interdit, y compris aux termes de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, d'y apercevoir une discrimination prohibée fondée sur l'orientation sexuelle des personnes. Mais, surtout, ce raisonnement illustre une utilisation de la Charte à rebours des intentions de ses auteurs, qui s'ils ont voulu consolider un acquis et le rendre visible, n'ont pas souhaité faire obstacle à certaines évolutions dans le domaine des droits fondamentaux, favorables à une amélioration de la protection de l'individu. S'il est vrai que la Charte n'imposait nullement de la Cour qu'elle aboutisse à un dispositif différent, elle ne l'excluait pas davantage.

contraire de reprendre la Charte en tant que telle au sein des traités (qu'il s'agisse de l'inscrire dans un Traité fondamental ou, avec une structure des traités non modifiée, dans le traité sur l'Union européenne), il faudrait envisager la suppression pure et simple de l'article 6, § 2 TUE, qui serait rendu inutile. Cela contribuerait à simplifier la compréhension du statut des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Le cas échéant, pour éviter qu'une telle suppression soit interprétée comme un recul ou comme désavouant la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes dans le domaine des droits fondamentaux – y compris dans son aspect dynamique –, l'on pourrait accompagner cette suppression d'une modification de l'article 53 de la Charte (Niveau de protection) (38).

3° La compétence de la Cour de justice des Communautés européennes à contrôler le respect de la Charte

Bien qu'il eût inclus en son sein l'article 6, § 2 (alors article F, § 2), venant ainsi confirmer son approbation de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, le traité de Maastricht instituant l'Union européenne du 7 février 1992 ne reconnaissait cependant pas à la Cour de justice des Communautés européennes la compétence de prendre appui sur cette disposition (39). Depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} mai 1999, du traité d'Amsterdam, l'article 46 (ex article L) TUE, qui figure parmi les dispositions finales de ce traité (titre VIII), permet à la Cour de justice de prendre appui sur cette clause « 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 du présent traité [sur l'Union européenne] ». La partie de cette disposition que nous avons italiquée est trop restrictive par rapport à la jurisprudence de la Cour de justice, qui veille au respect des droits fondamentaux figurant parmi les principes généraux du droit de l'Union également à l'égard des actes des autorités étatiques, dans la mesure où celles-ci agissent dans le domaine d'application du droit de l'Union. La formulation restrictive de l'article 46 TUE est sans incidence sur la capacité de la Cour de justice des Communautés européennes à

(38) Cet article pourrait être complété ainsi : « 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, y compris les principes généraux du droit de l'Union dont la Cour de justice des Communautés européennes assure le respect, le droit international et les conventions internationales... » (reste inchangé).

(39) Voy. l'article L du traité sur l'Union européenne, texte original.

maintenir cette jurisprudence bien établie, sur base de l'actuel article 220 CE (ex article 164 du traité CE) (40); il serait néanmoins opportun de remédier à une rédaction qui demeure ainsi imparfaite.

Le sort à réserver à l'article 46, *litt. d*, TUE, dépend de la modalité choisie pour l'insertion de la Charte dans les traités. Si la Charte est reprise telle quelle dans un Traité fondamental ou, à structure des traités inchangée, dans le traité sur l'Union européenne (par exemple dans un chapitre préliminaire de ces instruments), il suffit de compléter l'article 46, *litt. d*, TUE, par une référence aux dispositions énonçant les garanties de la Charte des droits fondamentaux qu'on suppose figurer dans un chapitre préliminaire. En tenant compte de la nécessité de remédier à sa formulation actuellement imparfaite, l'article 46, *litt. D*, TUE, serait ainsi libellé de la façon suivante dans l'hypothèse préconisée d'une suppression de l'article 6, § 2 TUE (41) :

[Les dispositions des traités communautaires relatives à la Cour de justice ne sont applicables qu'aux dispositions suivantes du présent traité : a).... b).... c).... d) les dispositions du chapitre préliminaire du présent traité 'Droits fondamentaux', tant en ce qui concerne l'action des institutions qu'en ce qui concerne l'action des Etats membres dans le domaine d'application du présent traité ou du traité instituant la Communauté européenne et du traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique, dans la mesure où la Cour est compétente en vertu des traités instituant les Communautés européennes et du présent traité.

Si, par contre, la Charte n'était appelée à figurer que dans un protocole annexé au au Traité fondamental ou, si la structure actuelle des traités est maintenue, au traité sur l'Union européenne, il faudrait ajouter un alinéa à l'article 46 TUE ou à la disposition équivalente d'un Traité fondamental :

« Dans la mesure où la Cour est compétente en vertu [des traités instituant les Communautés européennes et] (42) du présent traité, elle garantit le respect des droits et libertés[(43)] énoncés dans la Charte des droits fondamentaux annexée au présent traité ».

(40) Voy. K. LENAERTS, « Le respect des droits fondamentaux en tant que principe constitutionnel de l'Union européenne », in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 423 ; et, du même auteur, « Fundamental Rights in the European Union », *European Law Review*, vol. 25, 2000, p. 575, *id.* pp. 588-591.

(41) Cette proposition ainsi que la proposition qui suit immédiatement sont formulées comme si l'hypothèse était celle du maintien de la structure actuelle des traités.

(42) L'incise entre crochets ne se justifie naturellement plus si, comme c'est probable, l'on aboutit à une fusion des traités instituant les Communautés et l'Union européennes.

(43) A côté des droits et des libertés, la Charte énonce également des « principes » : niveau élevé de protection de la santé humaine (article 35), niveau élevé de protection

4° *Tableau synthétique des mesures d'accompagnement de l'insertion de la Charte dans le traité de l'Union européenne*

On peut résumer de la manière suivante l'acquis des trois points qui viennent d'être évoqués. Le tableau suivant reprend uniquement les mesures strictement requises pour faciliter la réception de la Charte dans les traités; il ne mentionne pas les autres améliorations qui pourraient être apportées afin de réaliser pleinement la Charte, et que la suite du rapport examine.

	Article 6, § 1 TUE	Article 6, § 2 TUE	Article 46 TUE
Scénario A : protocole annexé au TUE avec maintien de la structure actuelle des traités	Pas de modification	Compléter par une phrase distincte faisant référence à la Charte	Ajout d'un alinéa à l'article 46 TUE
Scénario B : insertion dans le TUE avec maintien de la structure actuelle des traités	Pas de modification	Suppression (moyennant ajout éventuel à l'article 53 de la Charte afin de préserver la capacité d'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice en matière de droits fondamentaux)	Modifier l'article 46, <i>litt. d</i> , TUE en substituant la référence au chapitre « Droits fondamentaux » à la référence actuelle à l'article 6, § 2 TUE
Scénario C : protocole annexé au Traité fondamental avec révision de la structure des traités	Pas de modification	Compléter par une phrase distincte faisant référence à la Charte	Ajout d'un alinéa à la clause équivalente à l'actuel article 46 TUE
Scénario D : insertion dans le Traité fondamental avec révision de la structure des traités	Pas de modification	Suppression (moyennant ajout éventuel à l'article 53 de la Charte)	Modifier la clause équivalente à l'actuel article 46, <i>litt. d</i> , TUE en substituant la référence au chapitre « Droits fondamentaux » à la référence actuelle à l'article 6, § 2 TUE

de l'environnement (article 37), niveau élevé de protection des consommateurs (article 38). La reformulation suggérée de l'article 46, *litt. d*, ne présume pas la justification de ces principes, laquelle pourtant ne saurait être définitivement exclue, par exemple à travers l'utilisation de la notion de *standstill* sur laquelle l'on reviendra. Le cas échéant, la formulation de l'article 46, *litt. d*, pourrait être plus explicite sur ce point.

Ce tableau énumère les différents scénarios (de A à D) par ordre croissant d'ambition politique. Mais le choix entre le maintien de la structure actuelle des traités ou l'adoption d'un Traité fondamental et de traités annexes soumis à des conditions de révision moins contraignantes (choix sur les implications duquel l'on revient dans la suite de cette étude : voy. ci-après, III.B) dépend naturellement d'autres paramètres que du souci de la protection des droits fondamentaux. Enfin il va de soi que le tableau ne reprend pas le scénario « zéro », qui consisterait à ne prendre aucune mesure visant à arrimer la Charte des droits fondamentaux aux traités, ce qui revient à abandonner à la Cour de justice des Communautés européennes le soin, si elle s'y décide, de faire produire malgré tout à cet instrument certaines conséquences juridiques.

Dans le contexte actuel de la réflexion sur le développement de l'Union européenne, les scénarios ayant la plus longue portée ne sont pas les moins réalistes. L'insertion de la Charte des droits fondamentaux dans un Traité fondamental de l'Union est l'hypothèse que nous privilégions (scénario D). La Charte devrait être intégrée à un tel traité sans modification de son contenu : le pedigree qu'elle doit à son mode d'élaboration, la légitimité dont elle est pourvue en raison de l'assentiment que lui ont donné le Conseil, la Commission et le Parlement européen, les compromis dont elle est faite – contribuent à exclure, dans l'immédiat, toute adaptation de la Charte autre que purement formelle. La Charte doit être préservée dans son intégrité. Elle doit, par contre, voir facilitée son insertion dans les traités par certaines mesures d'accompagnement. Cette insertion doit aller de pair avec la suppression de l'article 6, § 2 TUE, devenu superflu. Cette suppression doit entraîner elle-même une modification à l'article 46, litt. d, TUE, en substituant à la référence que fait cette disposition à l'article 6, § 2 TUE, référence devenue sans objet, une référence au chapitre préliminaire du Traité fondamental consacré aux droits fondamentaux. Le cas échéant, la suppression de l'article 6, § 2 TUE devrait enfin aller de pair avec l'adjonction d'une incise à l'article 53 de la Charte (Niveau de protection), sans que cela remette en cause le contenu de cette clause, mais afin de confirmer le soutien du pouvoir constituant communautaire à l'ouvrage jurisprudentiel de la Cour de justice.

5° L'apport de la Charte à la définition de l'objectif de la coopération au développement (44)

L'article 177, § 2 CE prévoit que la politique de la Communauté dans le domaine de la coopération au développement « contribue à l'objectif général de développement et de consolidation de la démocratie et de l'Etat de droit, ainsi qu'à l'objectif du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Malgré l'ambiguïté de certaines références qui sont faites à la Charte des droits fondamentaux dans ce contexte (45), il n'est cependant pas souhaitable que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne figure dans ce cadre, dans son entièreté, en tant qu'instrument de référence. En particulier, imposer aux Etats tiers avec lesquels l'Union entretient des relations dans le cadre de sa politique de coopération au développement (46) le respect de l'ensemble des droits sociaux qui définissent la spécificité du modèle social européen serait à la fois impraticable, risquerait d'apparaître comme relevant d'une attitude protectionniste de la part de l'Union européenne, et enfin pourrait s'avérer, dans certains cas, contraire aux normes de l'Organisation

(44) Après l'entrée en vigueur du traité de Nice, il faudra transposer, *mutatis mutandis*, les remarques faites sous ce paragraphe à la politique de la Communauté européenne dans le domaine de la coopération économique, financière et technique, qui fait l'objet du nouveau titre XXI de la troisième partie du traité CE, introduit par le traité de Nice. Ce titre contient une clause relative à l'objectif de la promotion de l'Etat de droit et des droits de l'homme et des libertés fondamentales, calquée sur l'actuel article 177, § 2 CE. Voy. le nouvel article 181 A., § 1^{er}, al. 2. CE (« La politique de la Communauté dans ce domaine contribue à l'objectif général du développement et de la consolidation de la démocratie et de l'Etat de droit, ainsi qu'à l'objectif du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales »).

(45) Voy. Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, « Le rôle de l'Union européenne dans la promotion des droits de l'homme et de la démocratisation dans les pays tiers », COM(2001) 252 final, 8.5.2001, p. 3 (« L'action de la Commission dans le domaine des relations extérieures sera guidée par le respect des droits et des principes contenus dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union (...) ce qui aura pour effet de renforcer la cohérence entre les approches internes et externes de l'Union européenne »).

(46) Depuis 1992, les accords conclus par la Communauté européenne en matière de coopération au développement incluent systématiquement une référence au respect des principes démocratiques et des droits de l'homme : voy. la Communication de la Commission « La prise en compte du respect des principes démocratiques et des droits de l'homme dans les accords entre la Communauté et les pays tiers », COM(95) 216 final. Sur la typologie de ces clauses et l'utilisation qui en a été faite, voy. E. RIEDER et M. WILL, « Human Rights Clauses in External Agreements of the EC », in Ph. ALSTON (ed.), *The EU and Human Rights*, précité, p. 723. La Cour de justice des C.E. a essentiellement validé l'insertion d'une clause « droits de l'homme » dans les accords de coopération au développement, y compris lorsque pareille clause est érigée en « élément essentiel » de l'accord de coopération : C.J.C.E., 3 décembre 1996, *Portugal c. Conseil*, C-268/94, *Rec.*, p. I-6177.

mondiale du commerce (47). Dans le cadre de l'utilisation des instruments qu'ont à leur disposition l'Union ou la Communauté européennes afin d'influencer la conduite des Etats tiers, la référence aux six conventions de base adoptées en matière de droits de l'homme dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies (48) ainsi qu'aux huit conventions de base de l'Organisation internationale du travail (49) et aux principes et droits fondamentaux au travail énoncés dans la Déclaration de la Conférence internationale du travail du 19 juin 1998 (50).

Une telle approche différenciée exclut de partir du principe que l'Union européenne doit nécessairement imposer aux Etats tiers l'ensemble des valeurs qu'elle vise à réaliser elle-même en son sein. Cette approche semble plus conforme à la perspective qu'elle a adoptée jusqu'à présent.

Ainsi, si la Commission européenne consacre des passages importants de sa communication du 18 juillet 2001, consacrée à la promotion des normes fondamentales du travail et l'amélioration de la gouvernance sociale dans le contexte de la mondialisation (51), à rappeler l'engagement de l'Union européenne en faveur d'un modèle social européen qui fait de la qualité – qualité de l'emploi, mais

(47) A. VON BOGDANDY, « The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the core of the European Union », *C.M.L. Rev.*, vol. 31 (2000), p. 1307, ici p. 1319.

(48) Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (21 décembre 1965), Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (16 décembre 1966), Pacte international relatif aux droits civils et politiques (16 décembre 1966), Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (18 décembre 1979), Convention contre la torture et autres peines ou traitements inhumains ou dégradants (10 décembre 1984), Convention internationale sur les droits de l'enfant (20 novembre 1989).

(49) Convention (n° 29) sur le travail forcé (1930); Convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical (1948); Convention (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective (1949); Convention (n° 100) sur l'égalité de rémunération (1951); Convention (n° 105) sur l'abolition du travail forcé (1957); Convention (n° 111) concernant la discrimination (emploi et profession) (1958); Convention (n° 138) sur l'âge minimum (1973); Convention (n° 182) concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination (1999). Le 15 septembre 2000, la Commission a adressé aux Etats membres de l'Union une recommandation les invitant à ratifier rapidement cette dernière convention.

(50) Cette Déclaration solennelle énumère quatre principes concernant les droits fondamentaux au travail que doivent respecter l'ensemble des Membres de l'OIT, y compris lorsqu'ils n'ont pas ratifié les conventions y relatives : liberté d'association et reconnaissance effective du droit de négociation collective; élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire; abolition effective du travail des enfants; élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession.

(51) Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social, « Promouvoir les normes fondamentales du travail et améliorer la gouvernance sociale dans le contexte de la mondialisation », COM(2001) 416 final, Bruxelles, 18.7.2001, p. 10.

aussi qualité des relations professionnelles et des conditions de travail – un ingrédient à part entière d'une économie prospère et d'insertion créant des emplois en nombre et en qualité suffisants – engagement que traduit l'Agenda social européen adopté à Nice en décembre 2000 –, cette communication situe également les normes fondamentales du travail reconnues au plan international comme la principale référence dans la recherche de l'équilibre entre mondialisation économique et gouvernance sociale. Elle insiste particulièrement sur l'universalité de certaines normes fondamentales du travail, que rassemble en particulier la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail du 19 juin 1998, et elle insiste sur son refus, à la fois d'une démarche fondée sur des sanctions et sur l'utilisation des normes sociales à des fins protectionnistes, privant les pays en développement de l'avantage compétitif que peut leur donner le maintien des salaires à des niveaux peu élevés (52). Ce dernier refus a été exprimé très clairement dans la déclaration ministérielle de Singapour de l'Organisation mondiale du commerce (53); il est repris presque mot à mot dans les conclusions du Conseil d'octobre 1999 portant sur le commerce et le travail, où l'on lit notamment que le Conseil de l'Union européenne, « fermement opposé à toute initiative visant à utiliser les droits des travailleurs à des fins protectionnistes », admet en outre « que l'avantage comparatif de certains pays, notamment des pays en développement à bas salaires, ne devait en aucun cas être remis en question ».

Il est également significatif qu'à l'article 50 du traité de Cotonou (« Commerce et normes de travail »), conclus en juin 2000 entre la Communauté européenne et 77 Etats ACP, les parties « réaffirment leur engagement en ce qui concerne les normes fondamentales du travail reconnues au niveau international, telles qu'elles sont définies dans les conventions appropriées de l'OIT, notamment sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, sur le droit d'organisation et de négociation collective, sur l'abolition du travail forcé, sur l'élimination des pires formes de travail des enfants et sur la non-discrimination en matière d'emploi »; elles conviennent par ailleurs « que les normes de travail ne doivent pas être utilisées à des fins de protectionnisme commercial ».

Enfin, ce sont encore les normes internationales du travail, telles qu'elles sont progressivement codifiées dans le cadre de l'OIT, qui

(52) Voy. en particulier le paragraphe 4 de la Communication « Initiative de l'UE pour faire avancer les actions internationales ».

(53) WT/MIN(96)/DEC/W (13 décembre 1996).

constituent la référence dans le cadre du système des préférences généralisées, qui conduit à accorder un accès au marché sur une base préférentielle pour les pays en développement (54). Des préférences commerciales supplémentaires sont accordées aux pays qui respectent effectivement les normes fondamentales du travail (« clause sociale incitative ») ; à l'inverse, le retrait total ou partiel de ces préférences peut être envisagé lorsque les pays bénéficiaires se rendent coupables d'esclavage ou de travail forcé.

Le propos de cette étude n'est certes pas d'approfondir cette question, dont la complexité réclamerait bien davantage d'attention qu'il ne peut lui être accordée ici. Cependant, il semble clair que l'approche choisie par l'Union européenne, qui s'inscrit là dans un cadre tracé par l'OMC, exclut *a priori* une simple assimilation des standards guidant l'action de l'Union dans les relations internationales (et notamment dans la conduite de sa politique de coopération au développement) aux normes relatives aux droits fondamentaux que, par l'adoption de la Charte des droits fondamentaux, elle s'est engagée à respecter au plan interne. C'est, à l'inverse, une *différenciation* qu'il faut réfléchir, et qu'il faut le cas échéant rendre explicite.

L'exigence de *cohérence*, qui constitue le thème principal de l'importante communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 8 mai 2001 sur « Le rôle de l'Union européenne dans la promotion des droits de l'homme et de la démocratisation dans les pays tiers », ne doit pas pour autant être perdue de vue. Cette exigence doit se traduire sur quatre plans :

- la cohérence est d'abord requise dans l'ensemble de l'action extérieure de l'Union européenne, que celle-ci se déploie dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune (titre V du traité sur l'Union européenne) ou dans le cadre communautaire (notamment dans les domaines de la coopération au développement et de la politique commerciale commune) : l'article 3 TUE dispose lui-même que « L'Union veille (...) à la cohérence de l'ensemble de son action extérieure dans le cadre de ses politiques en matière de relations extérieures, de sécurité, d'économie et de développement. Le Conseil et la Commission ont la responsabilité d'assurer cette cohérence et coopèrent à cet effet » ;

(54) Règlement (CE) du Conseil n° 1256/96 du 20 juin 1996 ; règlement (CE) du Conseil n° 3281/94 du 19 décembre 1994 ; règlement (CE) du Conseil n° 2820/98 portant application d'un schéma pluriannuel de préférences tarifaires généralisées pour la période du 1^{er} juillet 1999 au 31 décembre 2001, J.O.C.E. n° L 357 du 30.12.1998, p. 1.

- la cohérence s'impose ensuite entre l'action extérieure de l'Union européenne d'une part, la conduite des Etats membres dans les relations internationales d'autre part : au-delà de l'obligation particulière qu'impose à cet égard l'article 15 du traité sur l'Union européenne (55) (lequel impose aux Etats membres de « veiller à la conformité de leurs politiques nationales avec les positions communes » adoptées par le Conseil dans le cadre de la PESC (56)), il s'agit là d'une traduction du devoir de solidarité communautaire ;
- la cohérence s'impose aussi entre les attitudes qu'adopte l'Union européenne vis-à-vis de différentes situations, ou régions du monde ou pays : elle constitue en ce sens une exigence de non-discrimination, c'est-à-dire qu'elle requiert une objectivité dans l'appréciation dont font l'objet les comportements des Etats avec lesquels l'Union entretient des relations ;

- enfin, la cohérence s'impose entre l'attitude de l'Union européenne et de ses Etats membres vis-à-vis des Etats tiers, en ce qui concerne le respect par ceux-ci des principes de la démocratie et des droits de l'homme, et l'attitude qui peut être exigée des entreprises multinationales européennes opérant dans ces Etats, notamment des pays en développement (57) : il n'est pas acceptable que, tout en engageant un dialogue avec les Etats tiers aux fins de promouvoir les progrès vers la démocratie et le respect des droits humains, l'Union européenne tolère que des acteurs privés sur lesquels elle exerce un contrôle se rendent complices de violations des droits de l'homme dans ces Etats ou tirent un profit des violations qui y sont commises.

Cette exigence de cohérence, dont quatre traductions viennent d'être rappelées, ne signifie pas pour autant qu'il faille tendre à une

(55) Voy. également l'article 16 TUE : « Les Etats membres d'informer mutuellement et se concertent au sein du Conseil sur toute question de politique étrangère et de sécurité présentant un intérêt général, en vue d'assurer que l'influence de l'Union s'exerce de la manière la plus efficace par la convergence de leurs actions ».

(56) Voy. par exemple les réactions qu'a entraînées les violations graves et persistantes des droits de l'homme en Birmanie/ au Myanmar : position commune du 28 octobre 1996 définie par le Conseil sur la base de l'article J.2 du traité sur l'Union européenne, relative à la Birmanie/au Myanmar (96/635/PESC), J.O.C.E. n° L 287 du 8.11.1996, p. 1 ; prorogée en dernier lieu par la Position commune du Conseil du 29 octobre 2001 prorogeant et modifiant la position commune 96/635/PESC relative à la Birmanie/au Myanmar (2001/757/PESC), J.O.C.E. n° L 286 du 30.10.2001, p. 1.

(57) Voy. le rapport (Howitt) A4-0508/98 du Parlement européen sur un code de conduite pour les entreprises européennes opérant dans les pays en voie de développement ; ainsi que le Livre vert sur la promotion d'un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises (COM(2001) 366 final, du 18.7.2001). Voy. également la Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social, « Promouvoir les normes fondamentales du travail et améliorer la gouvernance sociale dans le contexte de la mondialisation », COM(2001) 416 final, Bruxelles, 18.7.2001, ici point 2.1.6.

identité des critères, des normes de référence ou des procédures d'évaluation, selon que l'on se situe dans le cadre de la politique interne de l'Union européenne dans le domaine des droits fondamentaux ou dans le cadre de sa politique extérieure, notamment dans le domaine de la coopération au développement.

Il n'est pas nécessaire de manifester cette différenciation à travers une modification du texte de l'article 177, § 2 CE, le caractère vague de la référence à l'objectif « du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales » pouvant présenter l'avantage de la souplesse. Néanmoins, si l'évolution de la politique de coopération au développement de la Communauté devait conduire celle-ci à renforcer le contrôle portant sur l'application de la clause « droits de l'homme » qu'elle fait figurer dans ses accords avec des Etats tiers, et si cela passait par une identification plus précise des standards à prendre en compte, pareille différenciation pourrait être explicitée : dans le domaine des droits sociaux, qui est le seul véritablement contentieux dans cette matière, la référence aux instruments de base de l'Organisation internationale du travail pourrait s'avérer plus indiquée que la référence aux normes constituant le modèle social européen, que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a cherché à traduire.

B. – *L'insertion de la Charte dans les traités et la différenciation entre un Traité fondamental de l'Union européenne et des traités annexes*

Il a déjà été noté que les modalités de l'insertion de la Charte dans les traités dépendent de la question plus large du réaménagement de ceux-ci (58), et notamment de la distinction entre – d'une part – un « Traité fondamental de l'Union », regroupant dans un seul texte l'énumération des droits fondamentaux constituant les « valeurs communes » des « peuples de l'Europe », la définition des principaux objectifs de l'Union européenne (qui figurent actuellement aux articles 2 TUE, aux articles 2, 3, 4 et 6 CE, ainsi qu'aux articles 1 et 2 EA), ainsi que les règles relatives au cadre, § institutionnel ; et reléguant – d'autre part – dans un second ensemble d'articles, soumis à des règles de révision moins contraignantes ne passant pas, en particulier, par la ratification par l'ensemble des Etats membres

(58) Voy. la Communication de la Commission « Vers un traité fondamental pour l'Union européenne », 12.7.2000, COM (2000) 434.

selon leurs procédures constitutionnelles respectives (59), les dispositions figurant actuellement dans les traités qui concernent les politiques sectorielles.

1° *Les redondances entre la Charte et les traités*

Une telle réorganisation pourrait tout d'abord reposer la difficulté que représente, pour l'ancrage de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans les traités, l'existence au sein de la Charte de dispositions qui sont reprises, sans modification ou moyennant des modifications très minimes, d'articles figurant déjà dans le traité CE ou dans le traité de l'Union européenne. L'article 52, § 2 de la Charte prévoit à propos de ces dispositions que « Les droits reconnus par la présente Charte qui trouvent leur fondement dans les traités communautaires ou dans le traité sur l'Union européenne s'exercent dans les conditions et limites définies par ceux-ci ». Ces dispositions, dont le Présidium de la Convention n'a pas jugé devoir établir une liste dans ses explications (60), sont reprises sur le tableau suivant. Le tableau ne retient que les illustrations certaines de l'applicabilité de l'article 52, § 2 de la Charte. N'y figurent pas, d'autre part, les « principes » qu'énumère la Charte (articles 35, 37 et 38), pour lesquels la clause de l'article 52, § 2 paraît moins pertinente.

(59) Selon la suggestion faite dans le rapport du groupe d'experts sur les implications institutionnelles de l'élargissement, présenté à la Commission européenne le 18 octobre 1999. Le groupe d'experts comprenait MM. J.-L. DEHAENE, D. SIMON, et R. VON WEIZSÄCKER.

(60) Bien que ces explications précisent parfois de tel article de la Charte que « conformément à l'article 52, § 2, il s'applique dans les conditions prévues par le traité ».

Charte	Traité CE	Traité UE
Art. 12, § 2 (partis politiques au niveau de l'Union)	Art. 191	
Art. 15, § 2 (liberté de circulation des travailleurs, liberté d'établissement, libre prestation des services)	Art. 39, 43 et 49	
Article 15, § 3 (conditions de travail égales pour les ressortissants d'Etats tiers)	Art. 137, § 3, al. 4	
Art. 21, § 2 (non-discrimination à raison de la nationalité)	Art. 12	
Art. 22 (diversité culturelle, religieuse et linguistique)	Art. 151, § 1 et § 4	Art. 6, § 3
Art. 23 al. 1 (égalité entre hommes et femmes)	Art. 141, §§ 1 à 3	
Art. 23 al. 2 (actions positives)	Art. 141, § 4	
Art. 36 (accès aux services d'intérêt économique général)	Art. 16	
Art. 39, § 1 (droit de vote et éligibilité aux élections du Parlement européen)	Art. 19, § 2	
Art. 39, § 2 (élection du Parlement européen)	Art. 190, § 1	
Art. 40 (droit de vote et éligibilité aux élections municipales)	Art. 19, § 1	
Art. 41, § 3 (droit à la réparation des dommages causés : resp. extra-contractuelle de la Communauté)	Art. 288, al. 2	
Art. 41, § 4 (s'adresser aux institutions de l'Union dans une des langues du traité)	Art. 21, al. 3	
Art. 42 (droit d'accès aux documents)	Art. 255	
Art. 43 (médiateur)	Art. 21, al. 2 et art. 195, § 1	
Art. 44 (pétition au Parlement européen)	Art. 21, al. 1 et art. 194	
Art. 45, § 1 (liberté de circulation et de séjour du citoyen de l'UE)	Art. 18	
Art. 46 (protection diplomatique et consulaire)	Art. 20	

La difficulté d'établir le tableau des clauses de la Charte auxquelles se réfère son article 52, § 2 tient cependant dans le fait que plusieurs des droits énoncés dans la Charte ont pour source d'inspiration *à la fois* un droit reconnu dans le traité sur l'Union européenne ou dans le traité instituant la Communauté européenne et un droit reconnu parmi les principes généraux du droit communautaire (61) ou par la Convention européenne des droits de l'homme (62) ou une convention internationale à laquelle sont parties tous les Etats membres (63). Or dans une telle situation, si l'article 52, § 2 s'applique, la traduction que le droit en cause reçoit dans les traités venant donc en tracer les contours, s'appliquent également, selon les cas, l'article 53 (Niveau de protection) ou l'article 52, § 3 de la Charte. Selon la première disposition, la Charte ne peut conduire à réduire le niveau de protection d'un droit déjà atteint « par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, la Communauté ou tous les Etats membres, (...) ainsi que par les Constitutions des Etats membres », dans le champ d'application respectif de ces différents droits; selon la seconde disposition, les droits de la Charte qui correspondent à des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme ont le même sens et la même portée que ceux que leur confère ce dernier instrument. Dans un certain nombre de cas, c'est donc en réalité *sous réserve que le droit revendiqué par l'individu ne reçoive pas une protection plus étendue à travers d'autres sources* que pourra jouer l'article 52, § 2 de la Charte, cette dernière disposition restreignant l'étendue du droit en cause à la signification qui lui est conférée par les traités où il trouve son fondement.

(61) C'est le cas par exemple de la liberté d'entreprise (article 16 de la Charte) que, pour ce motif, l'on n'a pas repris dans ce tableau.

(62) C'est le cas du droit à la protection des données à caractère personnel (article 8 de la Charte), et cela bien que le Présidium de la Convention ne mentionne pas cet article parmi ceux qui correspondent à des droits reconnus dans la Convention européenne des droits de l'homme et auxquels s'applique par conséquent la clause de l'article 52, § 3 de la Charte. Les explications à propos de l'article 8 de la Charte mentionnent que celui-ci « se fonde sur l'article 286 CE ». Mais en réalité ce n'est pas tant cette disposition que la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 qui définit le régime de la protection de la vie privée vis-à-vis des traitements de données à caractère personnel. Or l'article 8 de la Charte ne dit pas que le droit à la protection des données à caractère personnel s'entend « selon les modalités établies par le droit communautaire et les législations et pratiques nationales », comme plusieurs autres articles de la Charte.

(63) C'est le cas du droit d'asile (article 18 de la Charte), 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 au traité instituant la Communauté européenne ».

L'intérêt principal d'un tel tableau, pour ce motif, réside moins dans l'aide qu'il peut apporter à cerner exactement le champ d'application de l'article 52, § 2 de la Charte que dans les réponses qu'il permet de proposer à la question de savoir si l'insertion de la Charte dans les traités doit conduire à supprimer les dispositions qui, au sein de ceux-ci, correspondent à des droits consacrés dans la Charte selon une formulation plus ou moins identique.

Il peut sembler aller de soi que l'intégration de la Charte dans les traités implique la suppression de ceux-ci de certaines dispositions que la Charte reprend telles quelles. Il en va notamment ainsi de certaines dispositions figurant dans le chapitre V de la Charte, relatif à la « Citoyenneté ». Pourtant, d'autres dispositions de la Charte, qui résument (ou simplifient en en exprimant le contenu essentiel) certaines dispositions du traité CE, ne peuvent entraîner pareille suppression : ainsi par exemple, si l'article 15, § 2 de la Charte garantit que « 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 Etat membre », cette disposition ne prive de son effet utile ni l'article 39 CE, qui non seulement est plus précis sur les modalités d'exercice du droit des travailleurs à la liberté de circulation mais a également été enrichi d'une jurisprudence importante, ni l'article 49 CE, relatif à la liberté de prestation des services, d'autant moins que chacune de ces dispositions s'inscrit en tête d'un chapitre du traité CE (64) dont l'ensemble des dispositions forme un système cohérent auquel il serait hasardeux de vouloir porter atteinte. En outre, la redondance peut être simplement apparente, si la disposition qui paraît redondante fournit la base d'une compétence que la disposition correspondante ne crée pas elle-même (65). Plus encore, l'article 52, § 2 de la Charte renvoyant à ces

(64) Il s'agit respectivement des chapitres 1^{er} et 3 du Titre III (« La libre circulation des personnes, des services et des capitaux ») figurant dans la troisième partie du traité CE (« Les politiques de la Communauté »).

(65) Par exemple, l'article 12 CE ne serait redondant par rapport à l'article 21, § 2 de la Charte que s'il n'ajoutait pas, à l'interdiction de toute discrimination exercée en raison de la nationalité dans le domaine d'application du traité CE, un alinéa accordant au Conseil la possibilité de prendre toute réglementation en vue de l'interdiction de ces discriminations à la suite d'une procédure de co-décision. Un autre exemple est celui de l'apparente redondance entre l'article 15, § 3 de la Charte (conditions de travail égales pour les ressortissants d'Etats tiers) et l'article 137, § 3, al. 4, CE, à laquelle on pourrait vouloir conclure tenu compte de ce que les explications que le Président de la Convention fournit à propos de cette disposition de la Charte ne laissent aucun doute quant à l'applicabilité, ici, de l'article 52, § 2 de la Charte (l'article 15, § 3 de la Charte, ainsi, trouverait son « fondement » à l'article 137, § 3, al. 4, CE). Mais l'article 137, § 3, al. 4, CE ne fait que prévoir une compétence du Conseil à statuer sur « les conditions d'emploi des ressortissants des pays tiers se trouvant en séjour régulier sur le territoire de la Communauté », sans identifier l'étendue des garanties qui sont dues à cette catégorie de personnes.

dispositions des traités pour qu'on en identifie là « les conditions et les limites », c'est-à-dire la portée exacte, il serait incompréhensible de priver la Charte d'un tel appui. Enfin, force est de reconnaître que la redondance, comme telle, n'a pas toujours rebuté les auteurs des traités. Elle peut avoir pour vertu de distinguer particulièrement certaines garanties, parmi l'ensemble des garanties que les traités reconnaissent à l'individu, y compris pour des raisons purement symboliques liées, par exemple, à la création d'une citoyenneté de l'Union (66).

La question de l'éventuelle suppression de certaines dispositions des traités, liée à l'insertion de la Charte dans ceux-ci et à la redondance éventuelle entre des dispositions de la Charte et des dispositions des traités qui y correspondent, doit partir d'une présomption défavorable à la suppression. Celle-ci n'est, en général, pas souhaitable. Elle risque de prêter le flanc à des interprétations qui y verraient une réduction des garanties accordées aux destinataires du droit de l'Union. Elle peut jeter le doute sur la validité de la jurisprudence qui a progressivement élucidé la signification des dispositions des traités dont la Charte a pu s'inspirer, d'autant plus que l'interprétation jurisprudentielle est souvent fondée sur la localisation de la disposition interprétée au sein d'un chapitre, et sur la proximité de dispositions voisines. Il devrait être satisfait cumulativement à quatre conditions avant que la suppression puisse être envisagée : non seulement la disposition du traité devrait être réellement redondante par rapport à la disposition correspondante de la Charte (67) ; mais en outre, elle devrait ne pas constituer la source d'une compétence de la Communauté ou de l'Union (68) ; elle devrait ne pas

(66) Les articles 21, § 1 CE (pétition au Parlement européen) et 21, § 2 CE (recours au médiateur), qui figurent dans la deuxième partie du traité de Rome consacrée à la citoyenneté de l'Union, n'ajoutent rien par rapport, respectivement, aux articles 194 et 195, § 1 CE, qui pourtant ont été insérés au même moment dans cet instrument, lors de l'adoption du traité de Maastricht sur l'Union européenne.

(67) Cela n'est pas toujours facile à apprécier. L'article 22 de la Charte (« L'Union respecte la diversité culturelle, religieuse et linguistique ») rend-il superflu l'article 6, § 3 TUE (« L'Union respecte l'identité nationale de ses Etats membres ») ?

(68) Il est évident que les articles 12, 13 ou 141 CE, bien qu'ils concernent des discriminations que la Charte elle-même interdit, ne sont nullement redondants par rapport à celle-ci, dès lors qu'ils précisent les modalités selon lesquelles la Communauté peut prendre des mesures visant à l'élimination des discriminations ou à la réalisation de l'égalité de traitement. La même remarque a déjà été faite à propos de l'article 137, § 3, al. 4, CE, et de son utilité y compris en présence de l'article 15, § 3 de la Charte (conditions de travail égales pour les ressortissants d'Etats tiers). Elle peut s'appliquer également à l'article 18 CE (liberté de circulation et de séjour des citoyens de l'Union européenne), ainsi que, notamment, à l'article 19 CE (droit de vote et d'éligibilité des citoyens de l'UE résidant dans un Etat membre autre que le leur propre, aux élections municipales et aux élections du Parlement européen). Même l'article 20 CE (protection diplomatique et consulaire) ne semble pas constituer un simple redoublement de l'ar-

s'inscrire dans un ensemble de dispositions constituant un système cohérent (69); enfin, elle devrait ne pas offrir une protection plus étendue (y compris une protection simplement définie en termes plus précis, et garantissant mieux la sécurité juridique) (70).

Un examen conduit au départ de ce critère à quatre composantes conduit à conclure que ne devrait être envisagée que la suppression de cinq dispositions du traité CE, à partir de l'entrée en vigueur du traité réalisant l'insertion de la Charte dans les traités. Ces dispositions sont :

- l'article 16 CE (reconnaissance des services d'intérêt économique général), dont la valeur ajoutée est faible par rapport à la stipulation figurant à l'article 36 de la Charte (Accès aux services d'intérêt économique général);
- les trois alinéas composant l'article 21 CE, qui garantissent des droits (droit de pétition devant le Parlement européen; droit de s'adresser au médiateur; droit de s'adresser aux institutions ou organes de l'Union) dont la Charte confirme l'existence (droit de pétition devant le Parlement européen : article 44), voire dont elle élargit le champ des bénéficiaires (ont le droit de s'adresser au médiateur non seulement le citoyen de l'Union, mais également « toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un Etat membre » (article 43); a le droit de s'adresser aux institutions ou organes de l'Union dans une des langues du traité « toute personne » (article 41, § 4));

ticle 46 de la Charte, puisqu'il précise que « Les Etats membres établissent entre eux les règles nécessaires et engagent les négociations internationales requises en vue d'assurer cette protection », tandis que l'article 46 de la Charte demeure quant à lui silencieux sur ce que requiert sa mise en œuvre.

(69) Nous avons indiqué que c'est là le motif principal de ne pas envisager la suppression des articles 39, 43 et 49 CE (libre circulation des travailleurs, droit d'établissement des indépendants, libre prestation des services), bien que le contenu essentiel de ces garanties figurent dans la Charte. Mais le même motif exclut par exemple que l'on prenne argument de l'article 41, § 3 de la Charte (droit à la réparation des dommages causés par les Communautés ou par leurs agents dans l'exercice de leurs fonctions) pour envisager la suppression de l'article 288 al. 2 CE, qui en constitue dans le traité CE la disposition correspondante : du point de vue législative, la localisation au sein d'un même article (art. 288 CE) de la responsabilité contractuelle, de la responsabilité extra-contractuelle, et de la responsabilité personnelle des agents envers la Communauté, présente l'avantage de la lisibilité.

(70) Ainsi, l'article 286 CE (qui précise notamment que « les actes communautaires relatifs à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données sont applicables aux institutions et organes institués par le présent traité ou sur la base de celui-ci »; la précision devait valoir, selon le texte du traité d'Amsterdam, à partir du 1^{er} janvier 1999 - ce traité étant entré en vigueur le 1^{er} mai suivant, c'est à cette dernière date seulement que la clause a commencé de produire ses effets) fournit une précision utile par rapport à l'article 8 de la Charte, beaucoup plus bref.

- enfin, l'article 190, § 1 CE (élection des représentants au Parlement européen au suffrage universel direct), dont l'article 39, § 2 de la Charte reprend la garantie sous une forme renforcée (« suffrage universel direct, libre et secret »).

L'on pourrait même suggérer l'existence d'une obligation de supprimer dans le traité CE les articles 21 et 190, § 1 qui viennent d'être évoqués : à défaut d'une suppression de ces articles, l'article 52, § 2 de la Charte pourrait inviter à déduire du maintien de ces dispositions, qui offrent pourtant des garanties moins fortes que les garanties équivalentes de la Charte, que ce sont les définitions plus restrictives du traité CE qui devraient l'emporter sur les dispositions plus généreuses de la Charte.

2° L'établissement d'une hiérarchie entre le Traité fondamental et les traités annexes

Surtout si l'on admet notre conclusion que les suppressions des traités doivent demeurer minimales, il paraît inévitable que certaines garanties seront reconnues aux personnes se trouvant dans une situation relevant du domaine d'application du droit communautaire à la fois par la Charte des droits fondamentaux, devenue un chapitre préliminaire du Traité fondamental de l'Union, et par des dispositions plus précises figurant dans les traités particuliers qui s'y trouveront annexés. Les problèmes qui résulteront de cette coexistence se poseront en particulier si le Traité fondamental est établi selon une version courte, c'est-à-dire ne reprenant pas en son sein les dispositions de l'actuel traité CE qui concernent le marché intérieur et les quatre libertés de circulation (71). Pareille situation,

(71) Le projet présenté par le Centre Robert Schuman de l'Institut universitaire européen exprime cependant sa préférence pour une version plus longue d'un Traité fondamental. Cette version longue ajouterait aux dispositions devant nécessairement figurer dans un tel document (dispositions portant sur les fondements de l'Union et ses objectifs (rassemblant les objectifs des trois piliers dans lesquels se répartit actuellement l'action de l'Union européenne), les droits fondamentaux et la citoyenneté, ainsi que les dispositions institutionnelles) d'autres dispositions concernant les politiques communautaires (marché intérieur, libertés de circulation, politique agricole commune, transport, concurrence, politique commerciale commune, visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes, politique économique et monétaire, emploi et politique sociale, éducation, formation professionnelle et jeunesse, culture, environnement, santé publique, protection des consommateurs, réseaux trans-européens, industrie, cohésion économique et sociale, recherche et développement technologique, coopération au développement). Cette version longue du Traité fondamental, incluant un exposé des activités matérielles de l'Union, ne semble de nature à favoriser ni la lisibilité d'un Traité fondamental, ni la souplesse supplémentaire que permettrait l'identification de ces activités matérielles au sein d'instruments soumis à des procédures de révision simplifiées ou assouplies, autorisant ainsi que « la dynamique européenne ne s'affaiblisse pas » et permettant d'assurer que « l'Union soit en mesure de réa-

qu'on peut juger au moins probable dans l'état actuel de la discussion sur l'avenir de l'Union, nous placerait face à l'alternative suivante.

Soit l'on s'en tient à la solution agréée au cours de l'élaboration de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et qui trouve sa traduction dans l'article 52, § 2 de la Charte. Selon cette disposition : « Les droits reconnus dans la présente Charte qui trouvent leur fondement dans les traités communautaires ou dans le traité sur l'Union européenne s'exercent dans les conditions et limites définies par ceux-ci ». La Charte ne modifie pas le régime des droits conférés par les traités, précisent les explications à la Charte établies sous la responsabilité du Présidium de la Convention (72) : c'est-à-dire que l'inscription au sein de la Charte d'un droit fondamental qui trouve déjà son expression dans le traité de l'Union européenne ou dans le traité CE ne modifie ni le régime, ni la portée, du droit tel qu'il était déjà affirmé dans ces instruments.

Mais le maintien d'un tel régime serait peu compréhensible dans l'hypothèse où les dispositions de la Charte figureraient en tête d'un Traité fondamental de l'Union, tandis que les dispositions figurant actuellement dans les traités communautaires ou dans le traité de l'Union) qui viendraient en définir les conditions et les limites (selon l'article 52, § 2 de la Charte) seraient reléguées, elles, dans un instrument tel qu'un traité annexé à ce Traité fondamental dont la modification, par hypothèse, ne devrait pas passer par la ratification par l'ensemble des Etats membres (73). Une telle situation signifierait en effet que l'étendue de la garantie offerte par une disposition du Traité fondamental – soumis, quant à lui, aux modalités habituelles de révision des traités, qui sont rigoureuses puisqu'elles supposent la ratification par l'ensemble des Etats membres suivant leurs procédures constitutionnelles respectives – se modifierait en fonction de la formulation que recevrait cette même garantie dans un instrument soumis à des conditions de révision moins contraignantes (74).

gir à de nouveaux défis et développements et de sonder de nouveaux domaines d'action», selon le vœu de la Déclaration de Laeken. En outre, ainsi que le notent les auteurs de l'étude de Florence, un Traité fondamental conçu selon une version courte se rapprocherait davantage d'un « document de nature constitutionnelle classique », ce qui paraît mieux répondre à l'ambition de la réflexion actuelle sur l'avenir de l'Europe.

(72) CHARTE 4473/1/00, CONVENT. 49.

(73) Comp. l'article 48 TUE, sur les modalités de révision de ce traité.

(74) L'anomalie qui en résulte serait plus nette encore si les dispositions de la Charte étaient soumises pour leur révision à des conditions plus strictes encore que celles requises pour la modification des autres clauses du Traité fondamental.

Soit, à l'inverse, l'on aboutit à renverser cet ordre de priorité, et l'on érige les dispositions de la Charte des droits fondamentaux en valeurs « supra-constitutionnelles » que devraient respecter l'ensemble des dispositions figurant dans les traités annexés au Traité fondamental de l'Union européenne. Une telle solution est concevable d'un point de vue technique (75), y compris si la formulation actuelle de l'article 52, § 2 de la Charte est maintenue (76). Il n'est en effet pas contradictoire de reconnaître que la définition de l'étendue et des modalités d'exercice de tel droit fondamental garanti à l'individu sera arrêtée par des dispositions qui en assurent la réglementation, et que ces dispositions devront néanmoins se conformer aux exigences qui découlent de ce droit fondamental, dont elles doivent respecter le contenu essentiel et auquel elles ne peuvent apporter de restrictions disproportionnées ou qui ne correspondraient à aucun objectif légitime. Dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, des garanties telles que le droit d'accès à un tribunal ou le droit de se marier et de fonder une famille, bien qu'elles appellent par nature une réglementation de la part de l'Etat, impliquent néanmoins qu'en définissant l'étendue et les modalités d'exercice de ces droits, la législation d'un Etat partie ne saurait porter atteinte à la substance de ces droits ni leur apporter des restrictions qui ne correspondent pas à un objectif légitime ou ne sont pas proportionnées à ce que pareil objectif requiert pour sa réalisation (77). Dans l'hypothèse où les garanties de la Charte des droits

(75) La Commission a consacré une brève Communication au travail remis par le Centre Robert Schuman de l'Institut universitaire européen : Communication de la Commission, « Un Traité fondamental pour l'Union européenne », COM(2000) 434 final, 12.7.2000. La Commission ne prend pas position sur un tel scénario, le rapport remis par le Centre Robert Schuman de l'IUE au président R. Prodi en mai 2000, comme la Communication qui en est issue, se bornant à envisager une réorganisation des traités à droit constant.

(76) L'on verra ci-dessous que la suppression de l'article 52, § 2 de la Charte, parfois présentée comme le corollaire nécessaire de l'insertion de la Charte dans les traités, ne serait pas de nature à modifier fondamentalement la nature du problème que l'on rencontre à cet égard.

(77) Ainsi, selon la Cour européenne des droits de l'homme, « le droit d'accès aux tribunaux, reconnu par l'article 6, § 1, n'est pas absolu : il se prête à des limitations implicitement admises car il commande de par sa nature même une réglementation par l'Etat. Les Etats contractants jouissent en la matière d'une certaine marge d'appréciation. Il appartient pourtant à la Cour de statuer en dernier ressort sur le respect des exigences de la Convention; elle doit se convaincre que les limitations mises en œuvre ne restreignent pas l'accès offert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même. En outre, pareille limitation ne se concilie avec l'article 6, § 1 que si elle tend à un but légitime et si elle existe en rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (Cour eur. D.H., arrêt *Fayed c. Royaume-Uni* du 21 septembre 1994, série A n° 294-B, § 65; arrêt *Osman c. Royaume-Uni* du 28 octobre 1998, § 147; ou arrêt *Waite et Kennedy c. Allemagne* (req. n° 26083/94) du 18 février 1999, § 58). De même, en réglementant le droit au mariage, un Etat partie à la Convention ne saurait « restreindre ou (...) réduire le droit de se

fondamentaux de l'Union européenne figureraient dans le Traité fondamental de l'Union européenne tout en se trouvant prolongées dans des dispositions de traités annexes, le même mécanisme pourrait se concevoir : conformément à ce que prévoit actuellement l'article 52, § 2 de la Charte, les droits de celle-ci s'exerceraient bien « dans les conditions et limites » définies par les traités annexes dans la mesure où ils y trouvent, à l'origine, leur fondement ; mais cependant, demeurerait pleinement d'application l'article 52, § 1 de la Charte, selon lequel les limitations apportées aux droits que la Charte reconnaît doivent en tout état de cause (y compris donc lors que ces limitations résultent de la traduction des dispositions de la Charte dans les traités annexes) en respecter le « contenu essentiel » et être effectivement nécessaires à la réalisation d'« objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui ».

Pareille redéfinition du rapport entre les dispositions de la Charte, figurant dans le Traité fondamental de l'Union européenne, et les dispositions des traités annexes qui en constituent l'origine, devrait trouver une traduction institutionnelle. Deux solutions sont envisageables. Elles peuvent se combiner l'une à l'autre.

Il pourrait tout d'abord parfaitement se concevoir que la Cour de justice des Communautés européennes reçoive la compétence de se prononcer sur la compatibilité avec les garanties de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne des dispositions des traités annexes qui aménagent les conditions d'exercice de ces droits. La Cour pourrait ainsi, selon des modalités qui pourraient s'inspirer de l'actuel article 300, § 6 CE (ex-article 228, § 6 TCE), recevoir la compétence de se prononcer sur la compatibilité de la modification envisagée d'un traité annexe avec les dispositions du Traité fondamental de l'Union européenne, l'adoption d'une modification envisagée au traité annexe ne pouvant intervenir en cas d'avis négatif qu'après une modification du Traité fondamental destinée à écarter le risque d'incompatibilité (78).

marier ou de fonder une famille] d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même » (Cour eur. D.H., arrêt *Rees c. Royaume-Uni* du 17 octobre 1986, Série A n° 106, § 50).

(78) Lorsque la Communauté prévoit la conclusion d'un accord avec un ou plusieurs Etats ou organisations internationales, cette disposition prévoit que « Le Conseil, la Commission ou un Etat membre peut recueillir l'avis de la Cour de justice sur la compatibilité d'un accord envisagé avec les dispositions du présent traité. L'accord qui a fait l'objet d'un avis négatif de la Cour de justice ne peut entrer en vigueur que dans les conditions fixées à l'article 48 du traité sur l'Union européenne [qui fixe les modalités de révision du traité sur l'Union européenne] ».

La Cour de justice des Communautés européennes pourrait également recevoir la compétence de se prononcer, sur renvoi préjudiciel opéré en vertu du mécanisme actuellement prévu à l'article 234 CE, non seulement sur l'interprétation du Traité fondamental de l'Union, sur l'interprétation et la validité des actes pris par les institutions de l'Union, et sur « l'interprétation des statuts des organismes créés par un acte du Conseil, lorsque ces statuts le prévoient », mais également sur l'interprétation des traités annexes (au Traité fondamental de l'Union) et sur la compatibilité de dispositions particulières de ces traités avec le Traité fondamental.

Par l'un ou l'autre de ces mécanismes, ou par ces deux mécanismes réunis, se marquerait clairement la subordination des traités annexes au Traité fondamental de l'Union européenne, la nature « constitutionnelle » de ce dernier instrument se traduisant non seulement par les contraintes entourant la révision dont il pourrait faire l'objet, mais encore par l'existence d'un contrôle juridictionnel portant sur la compatibilité des traités annexes au Traité fondamental. Bien qu'elle conduise à reconnaître à la Cour de justice des Communautés européennes un rôle encore accru dans le système des traités, une telle évolution ne saurait être écartée d'emblée comme trop radicale. Dans la mesure où, selon la proposition faite par le groupe d'experts ayant rendu le 18 octobre 1999 son rapport sur les implications institutionnelles de l'élargissement, le Traité fondamental de l'Union européenne serait soumis à des conditions de révision plus strictes que celles entourant la révision des traités annexes, il y aurait lieu de toute manière de prévoir un contrôle juridictionnel permettant d'éviter que le premier Traité fasse l'objet de révisions implicites à travers les adaptations, le cas échéant contre la volonté de la population d'un ou plusieurs Etats membres, des traités annexes, pareilles adaptations étant entourées de conditions moins contraignantes. Et il n'est par ailleurs pas exclu d'identifier, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, certaines situations où elle a donné l'impression de pouvoir contrôler la conformité du droit primaire communautaire, auquel pourtant elle est subordonnée et dont elle tire ses pouvoirs, à des principes de nature supra-constitutionnelle que le droit primaire lui-même devrait respecter (79).

(79) Concéderons que les indices d'une telle évolution demeurent ténus. Dans son premier avis rendu sur le projet d'Espace économique européen, la Cour de justice des Communautés européennes ne s'est pas bornée à considérer que le système juridictionnel prévu par le projet qui lui était soumis était contraire à certaines dispositions du traité CEE (en l'occurrence, à ses articles 164 et 238) ; elle a ajouté que le projet se trouvait en contradiction avec « les fondements mêmes de la Communauté » (« the very foundations of the Community »), créant l'impression que l'ordre juridique communautaire

Soulignons enfin que la suppression de l'article 52, § 2 de la Charte, qu'on pourrait croire comme s'imposant d'elle-même dès lors que la Charte sera intégrée dans les traités, ne modifierait pas fondamentalement la nature du dilemme exposé ici. Le problème restera entier de savoir comment concevoir la relation entre les clauses de la Charte et les clauses correspondantes des traités, dont la suppression, dans la plupart des cas – pour les raisons évoquées ci-dessus – ne pourrait être envisagée. Si l'article 52, § 2 devait formellement disparaître, et à moins d'une stipulation expresse en sens contraire, il est probable que s'imposera le point de vue selon lequel, à défaut d'une hiérarchie normative entre les dispositions de la Charte et les autres dispositions des traités, celles-ci peuvent contribuer à définir la portée des droits de la Charte et les conditions et limites dans lesquelles ces droits peuvent être exercés.

IV. – L'ENJEU POUR LES DROITS FONDAMENTAUX

DE LA DÉLIMITATION DES COMPÉTENCES

ENTRE L'UNION EUROPÉENNE ET SES ÉTATS MEMBRES

Arrimer la Charte des droits fondamentaux aux traités constitue un premier enjeu important pour l'amélioration de la protection des droits de l'homme dans le système de l'Union européenne, dans la perspective de la Conférence intergouvernementale de 2004. Pour tant cet arrimage, qu'il faut réussir, ne va pas transformer le statut des droits de l'homme dans le système de l'Union européenne. La Charte continue de s'inscrire dans la perspective d'une intégration purement négative des droits de l'homme dans cet ordre juridique. Elle vient confirmer qu'il est interdit à l'Union, comme aux États

pouvait comprendre certaines valeurs supra-constitutionnelles, auxquelles même les dispositions du droit primaire devraient être subordonnées (C.J.C.E., 14 décembre 1991, avis 1/91, *J.O.C.E.*, C 110/1, 29.4.1992, *Rec.*, p. I-6079, point 46). De même, dans l'ordonnance rendue le 4 février 2000 dans l'affaire *Emesa*, la Cour de justice a accepté de vérifier la compatibilité des dispositions du statut C.E. de la Cour de justice des Communautés européennes et du règlement de procédure de celle-ci avec les exigences de l'article 6, § 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme, alors que *Emesa Sugar* (Free Zone) affirmait qu'il était en contradiction avec cette dernière disposition l'impossibilité pour les parties de déposer des observations en réponse aux conclusions présentées par l'avocat général, sauf dans l'hypothèse où la Cour choisirait d'ordonner la réouverture de la procédure orale : bien qu'ici, le statut C.E. de la Cour de justice, sans pour autant en garantir la possibilité, n'exclut pas la réouverture des débats que *Emesa Sugar* estimait pouvoir imposer en vertu de son droit à une procédure contradictoire, il semble que la Cour de justice des C.E. n'ait éprouvé aucune hésitation à se prononcer sur la compatibilité avec le droit au contradictoire, déduit de l'article 6, § 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme, d'une situation qui avait sa source dans le droit primaire (C.J.C.E., ord. du 4 février 2000, *Emesa Sugar*, C-17/98).

membres lorsqu'ils agissent comme « administration décentralisée » de l'Union ou sous son contrôle, de porter atteinte aux droits fondamentaux. Mais elle n'impose pas à l'Union d'agir en vue d'assurer la protection des droits fondamentaux, y compris là où son intervention pourrait passer avec succès l'épreuve de la subsidiarité. Sauf sur des questions précises, d'ailleurs peu nombreuses, la Communauté ou l'Union ne sont pas généralement considérées avoir la compétence requise pour contribuer à la réalisation des droits de l'homme dans l'Union européenne (80). La Déclaration de Laeken appelle à une réflexion renouvelée en vue à la fois d'une répartition des compétences plus transparente, et d'un ajustement des compétences respectives de l'Union et des États membres. Peut-être le moment est-il venu de rencontrer de front la question du passage à une phase d'intégration positive dans le domaine des droits de l'homme. Cela supposerait que la Communauté européenne exerce la compétence qui lui permettrait de contribuer à la réalisation des garanties qu'énonce la Charte des droits fondamentaux, chaque fois que cet objectif ne peut être réalisé de manière suffisante par les États membres agissant séparément (81).

Ainsi l'insertion de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans les traités est-elle nécessairement liée à la réflexion sur une meilleure délimitation des compétences entre l'Union européenne et ses États membres. La Déclaration de Laeken invite en particulier à s'interroger sur la fonction du principe de subsidiarité dans l'exercice par l'Union européenne de ses compétences, lorsque celles-ci sont partagées entre elle et les États membres (82). Elle pose également la question de savoir s'il n'y aurait pas lieu de préciser les conditions dans lesquelles, par décision unanime du Conseil, l'Union peut exercer certains pouvoirs

(80) C.J.C.E., 28 mars 1996, Avis 2/94, Adhésion de la Communauté à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *Rec.*, p. I-1763, point 27 : « aucune disposition du traité ne confère aux institutions communautaires, de manière générale, le pouvoir d'édicter des règles en matière de droits de l'homme ou de conclure des conventions internationales dans ce domaine ». Pour un commentaire, O. DE SCHUTTER et Y. LEJEUNE, « L'adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'homme. A propos de l'avis 2/94 de la Cour de justice des Communautés européennes », *Cahiers de droit européen*, 1996, p. 555.

(81) Sur cette question, voy. surtout Ph. ALSTON et J.H.H. WEILER, « An 'Ever Closer Union' in Need of a Human Rights Policy : The European Union and Human Rights », in Ph. ALSTON (ed.), *The EU and Human Rights*, op. cit., p. 3.

(82) Aux termes de l'article 5, al. 2, CE : « Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire ». Voy. également le Protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, annexé au Traité instituant la Communauté européenne.

implicites lorsqu'une action de sa part est requise « pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objets de la Communauté, sans que le (...) traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet » (article 308 CE). Les réponses qui seront données à ces questions, d'abord au cours des travaux de la Convention sur l'avenir de l'Europe puis lors de la Conférence intergouvernementale qui devrait être convoquée en 2004, seront assurément décisives pour la mise en œuvre de la Charte des droits.

A. – Les liens entre la protection des droits fondamentaux et la question des compétences

Soulignons d'emblée l'importance de cet enjeu. L'article 51, § 2 de la Charte précise que « La présente Charte ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelles pour la Communauté et pour l'Union et ne modifie pas les compétences et tâches définies par les traités ». L'affirmation d'un ensemble de droits fondamentaux dans la Charte est ainsi censée imposer des limites aux institutions de l'Union lorsqu'elles exercent leurs compétences, ainsi qu'aux Etats membres lorsqu'ils « mettent en œuvre le droit de l'Union », selon la définition que retient l'article 51, § 1 du champ d'application de la Charte. Dans cette perspective : « Poser un droit n'est pas créer une compétence ; c'est au contraire encadrer les compétences existantes » (83). Et la Commission européenne a noté au cours des travaux d'élaboration de la Charte des droits fondamentaux que celle-ci « ne peut être le véhicule permettant de transférer de nouvelles compétences à la Communauté ou de nouvelles tâches à l'Union » (84).

C'est amputer les droits fondamentaux d'une partie de leurs potentialités. Certes, les droits fondamentaux doivent d'abord être respectés par les autorités publiques ou les personnes privées auxquelles ils peuvent être opposés. Mais, à côté de cette obligation négative (ne pas porter atteinte), les droits fondamentaux imposent des obligations positives : protéger, intervenir pour protéger, et réaliser, c'est-à-dire prendre des mesures propres à améliorer progressivement le niveau de protection dont bénéficient les droits garantis

(83) Contribution de M. Guy Braibant, Représentant du Gouvernement français à la Convention, 19 mai 2000 (CHARTRE 4322/00, CONTRIB. 188).

(84) Communication de la Commission sur la nature de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 11 octobre 2000, COM(2000) 644 final, point 9.

à l'individu (85). Tant que chacun ne se voit pas imposer d'autre obligation que celle de respecter les droits d'autrui, la question des compétences qu'il détient peut être considérée comme distincte de cette obligation minimale. Mais la question des compétences surgit dès que l'on veut aller au-delà de cette conception – la plus pauvre – de la contrepartie que peut réclamer le droit reconnu à l'individu. Dissocier la réflexion sur l'effectivité des droits garantis d'une réflexion sur la répartition des compétences est certes possible. Mais cette dissociation a un prix : elle signifie renoncer à une perspective plus ambitieuse, qui au lieu de subordonner l'effectivité des droits au respect des compétences existantes, subordonne au contraire la question de la répartition des compétences à ce que l'effectivité des droits exigerait.

B. – L'influence indirecte de l'adoption de la Charte sur l'exercice des compétences attribuées

Le texte même de la Charte, le contenu des discussions ayant jalonné son intervention, la compréhension que ses auteurs avaient de leur entreprise : tout converge pour confirmer que l'adoption de la Charte ne conduira pas à investir la Communauté ou l'Union de compétences nouvelles. A défaut d'influencer directement la répartition des compétences entre l'Union européenne et ses Etats membres, la proclamation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne pourrait cependant exercer sur cette répartition une influence indirecte : la situation nouvelle que crée l'adoption de la Charte peut, à terme, appeler à des renégociations de certains équilibres entre la liberté des Etats membres et les exigences du droit de l'Union européenne.

(85) G.J.H. van Hoof, « The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights », in Ph. Alston & K. Tomasevski (eds.), *The Right to Food*, 1984, p. 97. Un consensus émerge sur ce plan dans le droit international des droits de l'homme. Ainsi, pour les experts du Programme des Nations Unies pour le développement, l'évaluation de la responsabilité internationale d'un Etat dans le domaine des droits de l'homme « consiste à déterminer si ce dernier respecte, protège et réalise les droits, tout en tenant compte des contraintes liées à ses moyens, de son histoire et de ses conditions naturelles. Respecter les droits, c'est s'abstenir de s'immiscer dans les droits des individus, que ce soit par la torture ou l'arrestation arbitraire, par l'expulsion d'individus hors de leur logement ou par l'application de tarifs qui rendent les soins médicaux inaccessibles aux personnes pauvres. Protéger les droits, c'est empêcher les violations par d'autres intervenants, qu'il s'agisse de vérifier que les employeurs satisfont aux normes élémentaires de travail, d'empêcher les parents de tenir leurs enfants à l'écart du système scolaire. Réaliser les droits, c'est prendre des mesures, notamment législatives, budgétaires et juridiques, par exemple, instaurer une loi qui, à travail égal, prévoit un salaire égal, ou augmenter les dépenses consacrées aux régions les plus défavorisées » (PNUD, *Rapport mondial sur le développement humain* 2000. *Droits de l'homme et développement humain*, Paris et Bruxelles, De Boeck et Larcier, 2000, p. 93).

On trouvera l'exemple le plus clair d'une telle influence indirecte dans le domaine des rapports entre les libertés de circulation que reconnaît le traité CE et les mesures que les Etats adoptent afin de préserver ou promouvoir certains droits fondamentaux sur leur territoire. La jurisprudence communautaire admet que les Etats membres peuvent faire figurer le souci de protection des droits fondamentaux parmi les exigences impératives d'intérêt général susceptibles de justifier des restrictions à la libre circulation des marchandises ou à la libre prestation des services, pourvu que les mesures étatiques soient proportionnées à l'objectif de protection des droits fondamentaux et que cet objectif ne puisse être atteint par des mesures apportant une moindre restriction aux échanges intracommunautaires (86). Dans la mesure où elle identifie un ensemble de « valeurs communes » à la préservation et au développement desquelles l'Union entend contribuer, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne facilite l'identification de ces exigences impératives que les Etats peuvent mettre en avant afin de justifier certaines restrictions apportées à la libre circulation des marchandises comme à la libre prestation des services. Or, ainsi que l'illustrent par exemple (87) l'adoption de la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 du Parlement européen et du Conseil 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

(86) Voy. en matière de libre prestation des services C.J.C.E., 25 juillet 1991, *Commission c. Pays-Bas*, 353/89, *Rec.*, p. 4089, point 30; C.J.C.E., 25 juillet 1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda e.a. c. Commissariaat voor de Media*, 288/89, *Rec.*, p. 4007, point 23; également C.J.C.E., 3 février 1993, *Vereniging Veronica Omroep Organisatie c. Commissariaat voor de Media*, 148/91, *Rec.*, p. 513, points 9 et 10. En matière de libre circulation des marchandises, voy. C.J.C.E., 26 juin 1997, *Verenigte Familienpress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH c. Heinrich Bauer Verlag*, C-368/95, *Rec.*, p. I-3689, points 18 et 19.

(87) La matière de l'égalité de traitement entre hommes et femmes offre un autre exemple de la contribution à l'établissement du marché intérieur que peut apporter une réglementation protectrice des droits fondamentaux de la personne. La Directive 75/117/CEE du Conseil du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins (J.O.C.E., n° L 45, 19.2.1975, p. 19), est fondée sur l'article 100 du traité CEE, relatif au rapprochement des législations nationales ayant une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun. Le choix de cette base juridique est conforme à la justification qui était donnée, en 1957, à l'insertion de l'article 119 dans le traité de Rome instituant la Communauté économique européenne : il s'agissait, en imposant un standard commun en matière d'égalité des rémunérations, d'éviter que des écarts entre les réglementations nationales n'aboutissent à des distorsions de concurrence dans le marché commun. Voy. sur ceci not. C. BARNARD, « The Economic Objectives of Article 119 », in T.K. HERVEY & D. O'KEEFE (ed.), *Sex Equality Law in the European Union*, Chichester - New York - Brisbane - Toronto - Singapore, John Wiley & Sons, 1996, p. 321.

nées (88) ou celle 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 (89), l'exercice par les Etats membres de la faculté qui leur est reconnue de prendre ou de maintenir en place des réglementations visant à la protection des droits fondamentaux peut amener à justifier une intervention communautaire. Une telle intervention peut même s'avérer nécessaire au bon fonctionnement du marché commun lorsque la mise en œuvre décentralisée des droits fondamentaux ris- que d'amener à des recloisonnements des économies nationales.

La première directive mentionnée a pour base juridique l'ancien article 100 A du traité CE (devenu, après modification, l'article 95 CE), qui prévoit que le Conseil peut arrêter des mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres ayant pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur. Or cette directive a pour objet explicite la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel. Le Préambule de la directive éclairc le lien entre l'intervention de la Communauté aux fins de garantir un niveau de protection uniforme de la vie privée et l'objectif d'un « espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée » (90) :

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; (...) 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 (...) (91).

Quant à 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, elle se pré-

(88) J.O.C.E., n° L 281/31 du 23.11.1995. Voy. aussi, complétant la première directive en ce qui concerne le secteur des télécommunications, la Directive 97/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications, J.O.C.E., n° L 24 du 30.1.1998.

(89) J.O.C.E., n° L 18/1 du 21.1.1997.

(90) Article 14, § 2 CE.

(91) Considérant 7 de la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 du Parlement européen et du Conseil 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.

sente d'abord comme visant à faciliter la prestation de services transnationale, ce dont atteste le choix de sa base juridique (92). Mais son analyse aussi bien que les circonstances de son adoption ne laissent aucun doute quant à la réalité des motivations qui guidaient ses auteurs. Le véritable objectif de cette initiative était d'éviter le *dumping social* en provenance des Etats ne reconnaissant que des garanties moindres au travailleur – du point de vue des rémunérations, des conditions ou horaires de travail, ou de la durée des congés payés – que n'en offre la loi de l'Etat destinataire des services : l'écart entre ces réglementations permet en effet aux entreprises établies dans les Etats les moins protecteurs d'offrir à un destinataire de services établi dans un autre Etat membre, à des prix normalement moindres que ceux exigés par les entreprises de ce dernier Etat, d'effectuer pour lui certains travaux (93). Ainsi, ce qui justifie une initiative visant à faciliter la prestation de services transnationale, c'est la menace que fait peser sur les droits des travailleurs le développement de telles prestations de services (94). Le Préambule de la directive met l'accent plutôt sur le fait que c'est la « promotion de la prestation de services dans un cadre transnational » qui « nécessite une concurrence loyale et des mesures garantissant le respect des droits des travailleurs ». Cette affirmation n'est certes pas dénuée de fondement (95). Il n'en demeure pas moins que l'adoption de cette directive a permis, en même temps que de faciliter la prestation de services transnationale en en précisant le cadre juridique en droit communautaire, de *favoriser le respect de certains*

(92) La directive est adoptée sur la base de l'article 57, § 2 du traité CE (devenu l'article 47, § 2 CE).

(93) Voy. P. DAVIES, « Posted Workers : Single Market or Protection of National Labour Law Systems? », *C.M.L. Rev.*, vol. 34, 1997, p. 571, *id.* p. 573.

(94) Il ne s'agit d'ailleurs pas tant de garantir les droits des travailleurs détachés dans le cadre d'une prestation de services transnationale, que de protéger ceux des travailleurs employés dans l'Etat destinataire de la prestation, et dont les droits pourraient être progressivement érodés sous la pression de la concurrence d'opérateurs économiques offrant des services à partir d'autres Etats membres.

(95) Dès lors que la Cour de justice des C.E. avait admis que la protection des travailleurs pouvait figurer à certaines conditions parmi les raisons impérieuses d'intérêt général qui sont de nature à justifier la réglementation étatique constituant une entrave à la libre prestation des services (C.J.C.E., 27 mars 1990, *Rush Portuguesa Limitada d'Immigration*, C-113/89, *Rec.*, p. I-1417), l'argument que l'harmonisation partielle réalisée par la directive sur le détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de services présente certains avantages pour celle-ci et, donc, pour le prestataire de services lui-même, ne peut en effet être écarté : outre l'avantage de la sécurité juridique que présente cette harmonisation partielle, l'on peut supposer que le juge communautaire examinera avec d'autant plus de sévérité les restrictions supplémentaires à la libre prestation de services que l'Etat d'accueil voudra lui apporter au nom de la protection des droits des travailleurs (comme la directive le lui permet pourtant « dans le respect du traité » : voy. l'article 3., § 10, de la directive).

droits sociaux fondamentaux des travailleurs, tels qu'il appartient à la loi nationale de l'Etat destinataire du service de les définir.

S'agissant en tout cas de l'utilisation de l'article 95 CE (adoption de mesures d'harmonisation ayant pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur), l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes le 5 octobre 2000 sur le recours en annulation introduit par l'Allemagne contre la directive relative à la publicité pour les produits du tabac marque clairement les limites qui continuent néanmoins de s'imposer à l'Union européenne. L'arrêt exprime très clairement que l'article 95 CE ne confère pas au législateur communautaire « une compétence générale pour réglementer le marché intérieur » : l'article 129, § 4 CE (à présent article 152, § 4, *lit.* c, CE) ne prévoyant la possibilité pour le Conseil que de prendre « des actions d'encouragement visant à protéger et à améliorer la santé humaine, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres », l'article 95 CE ne saurait permettre au législateur communautaire, contournant cette restriction, d'intervenir en vue d'effectuer une telle harmonisation au vu uniquement de l'existence « de disparités entre les réglementations nationales » ou en fonction d'un « risque abstrait d'entraves aux libertés fondamentales ou de distorsions de concurrence susceptibles d'en découler » (96).

L'enseignement de l'arrêt est ainsi qu'il doit exister un lien démontré entre la mesure que le législateur communautaire souhaiterait adopter sur la base de l'article 95 CE et l'amélioration des conditions d'établissement ou du fonctionnement du marché intérieur : cette disposition ne saurait donc servir à fonder une compétence générale du législateur communautaire en matière de droits de l'homme, sous prétexte que l'harmonisation du régime de protection dont bénéficient certaines valeurs – en l'espèce *Allemagne c. Parlement et Conseil*, il s'agissait de la protection de la santé humaine, dont l'importance est à présent reconnue à l'article 35 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – serait de nature à contribuer à l'établissement du marché intérieur (97). Il importe cependant de souligner que lorsque certaines disparités

(96) C.J.C.E., 5 octobre 2000, *Allemagne c. Parlement et Conseil*, C-376/98, *Rec.*, p. I-8419, points 83 et 84.

(97) J.H.H. WEILER et S.C. FRIES notaient déjà, au début de 1999, que la directive en cause sur la publicité pour les produits du tabac constituait « une mesure masquant des harmonizing obstacles to free movement in the internal market, but in fact conceived and consciously explained in its earlier life as having a principal public health objective » (J.H.H. WEILER et S.C. FRIES, « A Human Rights Policy for the European Community and Union : The Question of Competences », in Ph. ALSTON (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford Univ. Press, 1999, p. 147, *id.* p. 150).

C. – Une compétence de la Communauté européenne de réaliser les droits reconnus dans la Charte

En février 1999, le Groupe d'experts en matière de droits fondamentaux remettait à la Commission européenne un rapport dans lequel, en même temps qu'il préconisait l'adoption d'un catalogue de droits fondamentaux affirmant l'attachement de l'Union européenne à ces droits, il notait que « cependant, la limitation des compétences de l'Union européenne contraste avec le caractère primordial des droits fondamentaux. Combiner la reconnaissance de ces derniers avec une disposition qui restreint expressément leur application nuit à la crédibilité de l'engagement de l'Union » (99). En effet. La question se pose aujourd'hui de savoir si l'inscription de la Charte dans les traités ne devrait pas s'accompagner d'un exercice accru par la Communauté européenne de sa compétence en matière de droits de l'homme, à l'effet de réaliser et promouvoir les droits, libertés et principes énumérés dans la Charte. Une telle compétence peut se fonder, à titre principal, sur deux dispositions du traité CE, qui l'une et l'autre présentent l'avantage de ne pas requérir le détour par l'objectif d'assurer l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur – ce détour qu'exige le recours à l'article 95 CE, et qu'entourent les limites strictes qui viennent d'être rappelées –. Mais elles ont également en commun un défaut, celui d'exiger l'unanimité parmi les Etats membres représentés au Conseil.

La première technique repose sur l'assimilation des droits de l'homme et des libertés fondamentales à un objet de la Communauté, que celle-ci peut, sous certaines conditions, vouloir réaliser. Il n'y a là rien de particulièrement révolutionnaire. La plus importante des directives relatives à l'égalité de traitement entre hommes et femmes, la directive 76/207 du 9 février 1976 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, a pris appui – comme la troisième directive qui viendra la prolonger en matière de sécurité sociale – sur l'article 235 du traité CE (devenu article 308), qui permet au Conseil d'exercer certains pouvoirs « si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objets de la Communauté, sans que le présent traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet » : selon le Préambule

(99) Affirmation des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Il est temps d'agir. Rapport du Groupe d'experts en matière de droits fondamentaux (prés. S. Simittis), Commission européenne (Emploi, relations industrielles et affaires sociales), Bruxelles, février 1999, ici p. 13.

entre législations nationales constituent effectivement des entraves aux libertés fondamentales de circulation ou aboutissent, de façon démontable, à des distorsions de concurrence, le législateur communautaire peut intervenir, y compris si cela implique pour lui d'harmoniser à un certain niveau le régime dont bénéficient certains droits fondamentaux.

Dans le cadre ainsi défini, la Charte peut amener à réexaminer les conditions d'intervention du législateur communautaire. En effet, la Charte peut contribuer à déterminer les conditions auxquelles les objectifs poursuivis par les Etats membres peuvent être considérés comme répondant à des « exigences impératives », lorsque ces Etats prétendent imposer une restriction à une liberté fondamentale de circulation. Or cela peut inviter certaines initiatives communautaires. Que l'on songe par exemple à l'hypothèse d'un Etat membre qui, tirant argument de la nécessité de garantir la dignité humaine et, peut-être, de lutter contre la traite des êtres humains – faisant référence aux articles 1^{er} et 5, § 3 de la Charte –, décide d'interdire sur son territoire toute diffusion de revues considérées comme contenant des offres de prostitution : le risque de reclassement du marché intérieur pourrait justifier le recours à l'article 95 CE par le législateur communautaire en pareille situation, afin de définir de manière harmonisée le niveau de l'équilibre entre la liberté d'expression et les mesures destinées à sauvegarder ces valeurs que la Charte reconnaît comme fondamentales (98). Une telle influence demeure très indirecte, et très hypothétique. Elle est évidemment très loin de répondre à l'ambition d'une répartition des compétences qui soit opérée en fonction de l'exigence d'une protection effective des droits fondamentaux.

(98) Comp. en matière de libre prestation des services, C.J.C.E., 24 mars 1994, Schindler, C-275/92, Rec., p. I-1039, point 61 (réglementation de l'activité des loteries en fonction des particularités socioculturelles de chaque Etat membre). Il ressort de l'arrêt du 5 octobre 2000 qu'en pareille situation, le risque de reclassement du marché intérieur pourrait justifier le recours à l'article 95 CE par le législateur communautaire : C.J.C.E., 5 octobre 2000, Allemagne c. Parlement et Conseil, C-376/98, précité, point 98 (où la Cour note que l'article 95 CE « pourrait (...) permettre, en principe, l'adoption d'une directive interdisant la publicité des produits du tabac dans les revues, magazines et journaux, en vue d'assurer la libre circulation de ces produits de la presse »). Un Etat membre présentant comme constituant une exigence impérative l'interdiction de revues jugées attentatoires à la dignité ne pourrait de toute manière adopter une telle mesure que pour autant qu'elle ne porte pas atteinte à la liberté d'expression que reconnaît l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme : C.J.C.E., 26 juin 1997, Vereinigte Familienpress Zeitungsverlage – und vertriebs GmbH c. Heinrich Bauer Verlag, C-368/95, Rec., p. I-3689, points 24 et 25.

de la directive 76/207, c'est « dans la mesure où il s'agit notamment de promouvoir l'égalisation dans le progrès des conditions de vie et de travail de la main d'œuvre » que l'utilisation de cette clause du traité est justifiée afin de réaliser le principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans les domaines liés à l'emploi.

Ainsi, déjà dans l'état actuel de la répartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres, certaines initiatives peuvent être prises en vue d'une harmonisation accrue de la protection des droits de l'homme dans l'Union européenne. Afin d'écarter à ce propos toute confusion, il convient de rappeler que l'avis 2/94 rendu le 28 mars 1996 par la Cour de justice des Communautés européennes n'avait conclu à l'absence d'une compétence de la Communauté pour adhérer à la Convention européenne des droits de l'homme qu'en raison de l'« envergure constitutionnelle » (« constitutionnal significance ») de ce projet, qui entraînerait selon la Cour « un changement substantiel du régime communautaire actuel de la protection des droits de l'homme, en ce qu'elle comporterait l'insertion de la Communauté dans un système institutionnel international distinct ainsi que l'intégration de l'ensemble des dispositions de la Convention dans l'ordre juridique communautaire » (100). Cet avis n'avait en revanche pas contesté que la protection des droits de l'homme pouvait constituer un « objet » de la Communauté, dont la réalisation pourrait justifier, le cas échéant, le recours à l'article 308 CE, lorsque le traité CE n'a pas prévu les pouvoirs d'action requis à cette fin (101). C'est d'ailleurs conformément à la signification que la Cour de justice reconnaît, notamment, à l'article 6, § 2 TUE (alors article F, § 2 TUE), que celui-ci a pu être utilisé, en combinaison avec l'article 308 CE (alors article 235 du traité CE), pour justifier l'adoption d'un règlement fixant les exigences pour la mise en œuvre de certaines actions communautaires contribuant dans le cadre de la politique de coopération communautaire « à l'objectif général du

(100) C.J.C.E., 28 mars 1996, avis 2/94, Adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, Rec., p. I-1759, point 34.

(101) L'avis 2/94 note à cet égard qu'il « convient de rappeler d'abord que l'importance du respect des droits de l'homme a été soulignée dans diverses déclarations des Etats membres et des institutions communautaires (...). Il y est également fait référence dans le préambule de l'Acte unique européen, ainsi que dans le préambule et dans les articles F, paragraphe 2, J1, paragraphe 2, cinquième tiret, et K2, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne [devenu respectivement l'article 6, § 2 TUE, l'article 11, § 1, cinquième tiret, TUE, l'article 30 TUE]. L'article F précise d'ailleurs que l'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis, en particulier, par la Convention. L'article 130 U du traité CE prévoit, au paragraphe 2 [devenu l'article 177, § 2 CE], que la politique de la Communauté, dans le domaine de la coopération au développement, contribue à l'objectif du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (point 32).

développement et de la consolidation de la démocratie et de l'état de droit ainsi qu'à celui du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les pays tiers » (102). Dans la perspective d'une révision des traités, il pourrait clarifier les choses d'adopter, aux objectifs de l'Union européenne (actuellement à l'article 2 TUE) ou à ceux de la Communauté européenne (actuellement aux articles 2, 3, 4 et 6 CE) – dont les énumérations devraient se combiner au sein d'un Traité fondamental de l'Union –, l'objectif de réaliser et promouvoir les droits, libertés et principes énumérés dans la Charte. Mais cela ne constituerait essentiellement qu'une confirmation de la situation existante. Pareille clarification contribuerait à une plus grande transparence dans la répartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres. Insérée dans un Traité fondamental, elle pourrait renforcer la capacité de l'Union ou de la Communauté d'intervenir lorsque pareille intervention paraît nécessaire pour assurer la protection effective des valeurs de la Charte, par la médiation d'une clause accordant des pouvoirs implicites afin de réaliser un de leurs objets lorsque le traité n'a pas prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet – clause dont, à l'heure actuelle, l'article 308 CE fournit le modèle.

Une seconde possibilité consisterait à prendre appui sur l'article 13 CE (ex article 6A du traité CE), que le traité d'Amsterdam a inséré dans le traité CE afin d'investir le Conseil d'une compétence de prendre des mesures de lutte contre les discriminations fondées sur un certain nombre de motifs. Pourvu que son intervention respecte les exigences de subsidiarité et de proportionnalité auxquelles l'exercice d'une compétence non exclusive demeure toujours subordonnée, le Conseil peut faire une interprétation large de ce que réclame la lutte contre les discriminations : c'est dans la jouissance

(102) Règlement (CE) n° 976/1999 du Conseil, du 29 avril 1999, fixant les exigences pour la mise en œuvre des actions communautaires, autres que celles de coopération au développement, qui, dans le cadre de la politique de coopération communautaire, contribuent à l'objectif général du développement et de la consolidation de la démocratie et de l'état de droit ainsi qu'à celui du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les pays tiers (J.O.C.E. n° L 120 du 8.5.1999). Ce règlement est adopté simultanément à un Règlement (CE) n° 975/1999 du Conseil, du 29 avril 1999, fixant les exigences pour la mise en œuvre des actions de coopération au développement qui contribuent à l'objectif général du développement et de la consolidation de la démocratie et de l'état de droit ainsi qu'à celui du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le règlement n° 975/1999 a pour base juridique l'article 130 W du traité CE (devenu art. 179 CE), ce dernier article faisant référence aux objectifs de la politique de la Communauté dans le domaine de la coopération au développement, parmi lesquels l'article 130 U du traité CE (devenu art. 177 CE) fait figurer, ainsi qu'on l'a vu, « l'objectif général de développement et de consolidation de la démocratie et de l'état de droit », et celui du « respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

de l'ensemble de leurs droits fondamentaux en effet, et notamment de ceux que la Charte énonce, que les catégories visées peuvent voir améliorées leur protection contre la discrimination, par des mesures adoptées sur la base de cette disposition.

Quelle que soit la base juridique choisie, la Communauté doit continuer à exercer les compétences qu'elle détient dans le domaine des droits de l'homme. Une mise en œuvre décentralisée de ceux-ci, dont la définition et le niveau de protection resteraient à peu près totalement entre les mains des Etats membres à condition que ceux-ci ne descendent pas en-deça du seuil minimum que constitue la Convention européenne des droits de l'homme, inscrit les Etats dans un jeu compétitif, alors que les effets d'un tel jeu ne sont pas toujours souhaitables. En particulier lorsque la protection des droits fondamentaux de l'individu requiert d'imposer des obligations à d'autres personnes privées – l'on songe en particulier à l'employeur, dans le domaine des droits sociaux fondamentaux du travailleur –, il peut être tentant pour un Etat de diminuer le niveau de protection des droits de l'individu, afin d'attirer à lui des investisseurs créateurs d'emplois sur son territoire. Du niveau, national ou supranational, auquel les droits de l'homme sont définis, peut dépendre le sens dans lequel ils évoluent. Dans un espace économiquement intégré, la définition d'un niveau de protection au plan supranational peut se justifier par le risque qu'en l'absence d'une telle intervention, les droits fondamentaux ne soient accordés par les Etats agissant séparément que dans la stricte mesure où cela ne nuit pas à l'attractivité qu'ils peuvent représenter pour des investissements. C'est pour ce motif qu'une politique des droits de l'homme réfléchie à l'échelle de l'Union européenne doit se poser la question, non pas seulement de savoir comment les respecter – ne pas y porter atteinte –, mais encore de savoir comment contribuer à une amélioration progressive de leur régime, afin d'en assurer l'effectivité.

V. – LE SUIVI DE LA CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE

Dans son rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne (2000) (2000/2231(INI)), le Parlement européen a demandé la mise sur pied d'un réseau d'experts faisant autorité en matière de droits fondamentaux afin que ceux-ci puissent évaluer la mise en œuvre de chacun des droits énoncés dans la Charte. La mise sur pied de ce mécanisme pourrait avoir des conséquences profondes sur la nature de cet instrument neuf qu'est la Charte des

droits fondamentaux de l'Union européenne, pourvu que l'occasion soit saisie. La Charte sera invoquée en justice de manière de plus en plus fréquente : elle l'est déjà, et l'on sait qu'elle a été rédigée afin de pouvoir s'y prêter. La Charte sert de référence au législateur communautaire : d'ores et déjà, elle est utilisée à titre préventif et non seulement curatif. Mais les droits fondamentaux ne doivent pas être envisagés exclusivement, comme un juge doit par nécessité le faire, sur le mode binaire : ils ne sont pas soit respectés, soit violés ; ils sont aussi l'objet d'une mise en œuvre progressive, et sont plus ou moins complètement réalisés.

Ce réseau devra, c'est une évidence, assister la Commission et le Parlement européen en fournissant à ces institutions des informations sur la mise en œuvre des droits que la Charte rassemble. A ces institutions il reviendra ensuite, si elles le jugent opportun, de prendre les initiatives que peut appeler le développement de situations préoccupantes : mise en route d'une procédure de manquement à l'encontre de l'Etat qui a violé la Charte dans la mise en œuvre qu'il fait du droit communautaire ; initiative législative, lorsqu'elle apparaît indispensable et respecte les limites des compétences attribuées aux institutions de l'Union ; dans les cas les plus graves même, recours à l'article 7 TUE.

Mais ce réseau d'experts devra aussi transposer, dans le domaine des droits fondamentaux, les méthodes innovantes qui caractérisent certains aspects de la gouvernance européenne dans les domaines des politiques économiques et sociales : *benchmarking*, diffusion des bonnes pratiques, recours à la méthode ouverte de coordination en donnant aux dispositifs adoptés dans chaque Etat membre pour la mise en œuvre des droits énoncés dans la Charte une visibilité pour tous les autres Etats et, le cas échéant, en fournissant des directives aux Etats membres à la lumière des enseignements qui peuvent être tirés des expériences nationales. Le recours aux indicateurs constitués de ce point de vue un outil méthodologique probablement indispensable, complémentaire à l'analyse purement juridique des réglementations et pratiques nationales. Les indicateurs servent en effet, dans ce cadre, cinq objectifs principaux (103).

1°) D'abord, si c'est bien l'Etat membre de l'Union qui doit respecter les droits fondamentaux, l'Etat n'a pas toujours une maîtrise complète des situations dont il doit répondre ; et là où il est tenu

(103) Voy. aussi Th. JABINE et R. CLAUDE, *Human Rights and Statistics. Getting the Record Straight*, Philadelphia, Pennsylvania Univ. Press, 1992 ; PNUD, *Droits de l'homme et développement humain. Rapport mondial sur le développement humain 2000*, Bruxelles-Paris, De Boeck et Larcier, 2000, chap. 5.

d'opérer certaines transformations, il ne peut les effectuer d'un seul coup. En tant qu'ils facilitent la compréhension de l'évolution de certaines situations (le taux d'emploi, l'accessibilité de certains niveaux d'enseignement, l'accès aux soins de santé...), les indicateurs constituant des instruments de mesure permettant de distinguer, dans l'appréciation de ces évolutions, ce qui relève de l'*incapacité* de l'Etat d'opérer certaines évolutions (par exemple en raison des contraintes budgétaires qui pèsent sur lui), de ce qui relève de sa *mauvaise volonté* (104). Le risque de surutilisation des statistiques survient si l'on se sert des indicateurs portant sur une question déterminée pour mettre en accusation la politique suivie par un Etat, sans tenir compte du contexte dans lequel cette politique est conduite et des autres objectifs que poursuit la politique gouvernementale.

2°) Les indicateurs permettent de surveiller le respect de l'exigence de non-discrimination, notamment au bénéfice des personnes les plus vulnérables de la société (femmes, minorités, enfants, personnes à faibles revenus en particulier). Pour autant que les indicateurs permettent d'évaluer les situations des segments fragilisés de la population et de comparer l'évolution de leur situation avec celle des autres segments, ce qui suppose que les statistiques générales soient décomposées en fonction de différentes catégories, ils permettent de mettre à jour si telle évolution accroît leur fragilité ou, au contraire, contribue à la cohésion sociale par l'égalisation progressive des situations. Les indicateurs permettent ainsi de mesurer l'impact de telle politique publique, et le cas échéant, de mettre à jour la discrimination à laquelle elle aboutit, y compris notamment si elle est indirecte, c'est-à-dire ne peut être décelée qu'en examinant les effets différenciés qu'elle produit sur différents groupes de la population (105). C'est d'ailleurs pourquoi les organes de surveillance des traités internationaux demandent aux Etats que les rapports de ceux-ci sur la mise en œuvre de leurs engagements internationaux comprennent des données ventilées par sexe ou selon d'autres catégories. Le Comité des droits de l'homme leur demande ainsi d'indiquer les mesures qu'ils ont prises pour garantir que les filles sont traitées à égalité avec les garçons dans les domaines de l'éducation, l'alimentation et les soins de santé, et fournir au Comité des données ventilées par sexe à cet égard, ou bien qu'ils fournissent

(104) K. TOMASEVSKI, « Indicators », in A. EIDE, C. KRAUSE, A. ROSAS (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*, Martinus Nijhoff Publ., Dordrecht/Boston, London, Kluwer, 1995, p. 389.

(105) PNUD, *Droits de l'homme et développement humain. Rapport mondial sur le développement humain 2000*, précité, p. 96.

sent « des données statistiques sur le pourcentage de femmes occupant des fonctions électives, notamment parlementaires, ainsi que sur le nombre de femmes occupant des postes de rang élevé dans la fonction publique et l'appareil judiciaire » (106). De même, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels définit-il comme étant un des objectifs de la procédure de contrôle sur rapports l'obligation que cette procédure impose à l'Etat de veiller « de façon régulière la réalité de la situation en ce qui concerne chacun des droits en question, et puisse ainsi déterminer dans quelle mesure ces divers droits peuvent – ou ne peuvent pas – être exercés par tous les individus vivant sur son territoire ou relevant de son autorité. L'expérience acquise à ce jour par le Comité démontre que des statistiques ou des évaluations d'ensemble ne sauraient suffire à atteindre cet objectif, et qu'il importe que chaque Etat partie accorde une attention particulière aux régions ou secteurs défavorisés et aux groupes ou sous-groupes de population qui paraissent être particulièrement vulnérables ou désavantagés. Le premier pas vers la concrétisation des droits économiques, sociaux et culturels consiste donc à prendre conscience de la situation réelle et à porter un diagnostic sur cette situation » (107).

3°) Le recours aux indicateurs permet non seulement d'opérer certaines comparaisons internationales, mais aussi de comparer l'évolution que connaît une situation, au sein d'un même Etat, à différents moments. Il favorise ainsi un examen contextualisé du respect par l'Etat de ses obligations internationales : là où, en raison des différences de niveaux socio-économiques qui séparent différents Etats, l'imposition d'une norme commune ne serait ni réaliste ni souhaitable, il est plus approprié de vérifier l'évolution que connaît telle situation au sein d'un Etat, afin de porter un jugement sur l'adéquation de ses politiques publiques. Cela suppose cependant que ces indicateurs soient conçus afin de se prêter à des comparaisons intertemporelles au sein d'un même Etat, c'est-à-dire que les mesures demeurent valides sur la durée.

4°) Le recours aux indicateurs fait obstacle à ce que les Etats prétendent respecter l'obligation qu'ils ont contractée de garantir certains droits aux individus se trouvant sous leur juridiction uniquement par l'adoption de mesures de nature juridique. L'outil des indicateurs permet de vérifier l'efficacité de ces mesures normatives, c'est-à-dire la capacité de ces mesures à améliorer effectivement la

(106) Observations générales n° 28 sur l'égalité des droits entre hommes et femmes (article 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques).

(107) Observation générale n° 1, Rapports des Etats parties (1989), para. 3.

situation des droits individuels. Il faut donc considérer le recours aux indicateurs comme un instrument complémentaire à l'analyse du régime juridique en vigueur dans l'Etat dont le respect des obligations internationales se trouve examiné : si l'Etat qui peut faire valoir de bons indicateurs n'est pas dispensé de se doter d'un cadre juridique satisfaisant, à l'inverse, l'Etat dont les réglementations correspondent à ses obligations internationales n'est pas dispensé de démontrer que ces réglementations produisent effectivement les résultats qui en sont attendus. Ainsi le Comité des droits de l'homme demande-t-il aux Etats parties au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, dont l'article 7 protège contre la torture et les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, que leurs rapports contiennent « des renseignements précis sur les voies de recours disponibles pour les victimes de mauvais traitements, les procédures à suivre par les plaignants ainsi que des données statistiques sur le nombre de plaintes et le sort qui leur a été réservé » (108).

5°) Les données recueillies à travers les indicateurs peuvent nourrir le débat public. D'une part, aussi bien au niveau de la définition des indicateurs qu'au niveau de la collecte des données permettant d'ériger les indicateurs en outils d'une politique des droits de l'homme, la participation des acteurs concernés doit être encouragée (109). Elle est de nature non seulement à entraîner une prise de conscience de la population quant à ses droits, mais également à assurer un meilleur contrôle de l'utilisation des indicateurs et de leur fiabilité, dès lors que les indicateurs ne seront plus exclusivement entre les mains des autorités publiques. D'autre part, la visibilité de certaines situations peut encourager un large débat sur les progrès qui restent à faire pour une pleine réalisation des droits de l'homme, et sur la nature des obstacles à surmonter (110).

La transposition au domaine des droits fondamentaux de la méthode ouverte de coordination ouverte dans les domaines économique et social n'implique pas une pure et simple assimilation. Il est d'ailleurs évident que l'utilisation qui peut être faite des indicateurs,

(108) Observation générale n° 20 remplaçant l'observation générale n° 7 concernant l'interdiction de la torture et des traitements cruels (article 7) (1992), para. 14.

(109) Voy. la Déclaration sur le droit au développement adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 41/128 du 4 décembre 1986, article 8, § 2 : « Les Etats doivent encourager dans tous les domaines la participation populaire, qui est un facteur important du développement et de la pleine réalisation de tous les droits de l'homme ».

(110) Voy. l'exemple de l'Atlas du développement humain au Brésil, cité par PNUD, *Droits de l'homme et développement humain. Rapport mondial sur le développement humain 2000*, précité, p. 96.

notamment, ne saurait avoir précisément le même sens dans le domaine des droits fondamentaux – à l'exception peut-être de certains droits sociaux – que dans celui de la politique économique ou sociale. Mais réfléchir ainsi le rôle du réseau d'experts encourage à voir dans la Charte bien davantage qu'un socle de droits constitutionnels dont le respect s'impose dans le droit de l'Union européenne : elle doit devenir la référence d'un apprentissage mutuel, par un processus d'essais et erreurs, et auxquels doivent être associés non seulement les Etats membres et les institutions de l'Union mais aussi les acteurs de la société civile.

CONCLUSION

Cette étude a voulu explorer des pistes que les discussions actuelles sur l'insertion de la Charte des droits fondamentaux dans les traités n'envisagent pas habituellement. La Charte doit-elle dorénavant constituer l'instrument de référence exclusif pour l'action de l'Union dans le domaine des droits fondamentaux, ou bien faut-il reconnaître la spécificité de l'utilisation qui est faite de ces droits, par exemple, dans la procédure de contrôle politique sur le respect des droits de l'homme dans le cadre de l'article 7 du traité sur l'Union européenne, dans le développement par la Cour de justice des Communautés européennes des principes généraux du droit de l'Union, ou dans la politique de coopération au développement de la Communauté européenne ? L'insertion de la Charte des droits fondamentaux dans le Traité fondamental sur l'Union européenne signifie-t-elle qu'elle aura rang de droit primaire, *sans plus*, quitte même – par l'effet de l'article 52, § 2 de la Charte – à entretenir un rapport de quasi-subordination aux dispositions des traités dans lesquelles les droits de la Charte trouvent leur fondement ? Ne faut-il pas plutôt envisager de reconnaître à la Charte une valeur supra-constitutionnelle, en créant une compétence dans le chef de la Cour de justice des Communautés européennes à l'effet de contrôler la conformité des dispositions des traités aux droits dont elle reconnaît le caractère fondamental ? L'insertion de la Charte dans les traités doit-elle demeurer sans conséquence sur la répartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres, ou bien faut-il au contraire admettre de façon explicite ce qui est déjà implicitement reconnu – que les droits fondamentaux constituent un « objet » de la Communauté (ou, demain, de l'Union), et qu'ainsi certains pouvoirs implicites doivent pouvoir être reconnus aux institutions de l'Union lorsque leur exercice paraît nécessaire pour en assurer la réalisation

tion, pourvu que se dégage en faveur d'une telle intervention une unanimité au sein du Conseil des Ministres? Enfin, faut-il considérer que l'insertion de la Charte dans les traités se ramène - une fois encore - à codifier l'existant, puisque le juge communautaire accepte déjà de motiver ses décisions à l'appui de la Charte, ou bien faut-il saisir l'occasion de cette insertion pour entamer une méthode ouverte de coordination dans le domaine des droits fondamentaux, et encourager par là les Etats membres à progresser en vue de leur réalisation progressive?

Ces questions partent de l'hypothèse que l'insertion de la Charte dans les traités, comme telle, n'est déjà plus un enjeu véritable : ce qui compte à présent, ce sont les conséquences qu'on voudra en déduire. Quant aux réponses que cette étude y a apportées, leur direction converge. Il s'agit de ne plus prendre les droits fondamentaux uniquement comme des limites à l'action des institutions de l'Union ou à celle des Etats membres agissant dans le domaine d'application du droit de l'Union - limites imposées de l'extérieur en quelque chose, comme autant de bornes mises à l'exercice des compétences attribuées ou déléguées -. Il s'agit de l'inverse : il s'agit de prendre les droits fondamentaux comme le guide même de l'action de l'Union européenne, et comme devant orienter à présent la construction de l'Union dans son ensemble. C'est à cette condition que les droits de l'homme cesseront d'être ce qu'ils ont toujours été, depuis plus de trente ans qu'ils sont apparus au sein de l'ordre juridique communautaire : des annexes ou des dépendances, dont l'ajout n'a jamais conduit à réviser les plans du bâtiment principal.